

WYROK
z dnia 24 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Lubomira Matczuk-Mazuś
Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 23 marca 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 marca 2015 r. przez wykonawcę: **ARRIVA RP Sp. z o.o., ul. Wspólna 47/49, 00-684 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Województwo Warmińsko-Mazurskie reprezentowane przez Zarząd Województwa, ul. Emilii Plater 1, 10-562 Olsztyn,**

przy udziale wykonawcy: **Przewozy Regionalne Sp. z o.o., ul. Wileńska 14a, 03-414 Warszawa,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez:**
 - a) udostępnienie w SIWZ danych dotyczących potoków podróży za 2014 r. wynikających z raportów i sprawozdań przekazywanych przez wykonawcę Przewozy Regionalne Sp. z o.o. dotychczas realizującego usługi przewozów pasażerskich,**
 - b) przedłużenie terminu składania ofert i ustalenie tego terminu na dzień nie wcześniej niż na 7 dni od dnia dokonania zmiany SIWZ, o której mowa w pkt a),**
 - c) dokonanie zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu w takim zakresie, w jakim zmiana SIWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu,**

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Województwo Warmińsko-Mazurskie reprezentowane przez Zarząd Województwa, ul. Emilii Plater 1, 10-562 Olsztyn, i:**

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **ARRIVA RP Sp. z o.o., ul. Wspólna 47/49, 00-684 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza kwotę **18 600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: **Województwo Warmińsko-Mazurskie reprezentowane przez Zarząd Województwa, ul. Emilii Plater 1, 10-562 Olsztyn** na rzecz wykonawcy: **ARRIVA RP Sp. z o.o., ul. Wspólna 47/49, 00-684 Warszawa** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Województwo Warmińsko-Mazurskie z siedzibą w Olsztynie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Wykonywanie publicznego transportu zbiorowego w zakresie wojewódzkich i międzywojewódzkich kolejowych przewozów pasażerskich w ramach świadczenia usług publicznych od 01.01.2016 r. do 31.12.2020”. Ogłoszenie o zamówieniu nr 2015/S 041-070161 zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 lutego 2015 r. W tym samym dniu na stronie internetowej Zamawiającego została opublikowana Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Wszczęcie postępowania zostało poprzedzone publikacją Wstępnego ogłoszenia informacyjnego o zamówieniu w dniu 27 lutego 2014 r. pod nr 2014/S 041-068247.

Wykonawca Arriva RP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, zarzucając Zamawiającemu:

1. opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny oraz utrudniający uczciwą konkurencję, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, poprzez nieudostępnienie wszystkich materiałów, informacji i dokumentów niezbędnych do wyceny i przygotowania prawidłowej oferty, a które są dostępne dotychczasowemu operatorowi, co narusza art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp,
2. określenie nierealnego terminu składania ofert, nieuwzględniającego czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, a jednocześnie faworyzującego dotychczasowego operatora, co narusza art. 7 ust. 1 w zw. z art. 5 ust. 1 Pzp, art. 38 ust. 6 Pzp oraz zasady swobodnego przepływu towarów, prawa przedsiębiorczości, swobody świadczenia usług, niedyskryminacji i równego traktowania, przejrzystości, proporcjonalności i wzajemnego uznawania,
3. określenie zakazu składania ofert częściowych, pomimo iż przedmiot zamówienia jest podzielny, a skumulowanie w jednym postępowaniu przedmiotu zamówienia jest sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co narusza art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 2 w zw. z art. 83 ust. 2 Pzp oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 14 Pzp,
4. opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie terminu rozpoczęcia świadczenia usług transportu kolejowego, stanowiącego przedmiot zamówienia, w sposób niezgodny z ustawą Pzp oraz zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, który, biorąc pod uwagę wszystkie wymagane przepisami prawa i opisem przedmiotu zamówienia czynności przygotowawcze do świadczenia tych usług, faworyzuje

- dotychczasowego operatora, co narusza art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp,
5. opisanie przedmiotu zamówienia oraz kryterium oceny ofert w zakresie taboru, poprzez wymóg zapewnienia zmodernizowanego taboru trójczłonowego bez możliwości zapewnienia taboru nowego lub używanego (jednocześnie spełniającego szczegółowe wymagania SIWZ) ani taboru o innej ilości członów (dostosowanych do potoku podróźnych) oraz przyznanie w tym zakresie punktów w sposób nieuzasadniony oraz naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wskazujący na uprzywilejowanie dotychczasowego operatora, co narusza art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 90 ust. 1-3 w zw. z art. 5 ust. 1 Pzp,
 6. opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie wymogu korzystania na liniach zelektryfikowanych jedynie z taboru o napędzie elektrycznym, w sposób nieuzasadniony oraz naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wskazujący na uprzywilejowanie dotychczasowego operatora, co narusza art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 1 i 2 Pzp,
 7. opisanie przedmiotu zamówienia oraz warunków świadczenia usług i kryteriów oceny ofert w sposób, który z przyczyn nieuzasadnionych obiektywnymi czynnikami zamyka konkurencję, czyniąc możliwym złożenie prawidłowej, konkurencyjnej oferty jedynie przez dotychczasowego operatora, co narusza art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, a także art. 5 ust. 3 Rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień SIWZ oraz odpowiednio ogłoszenia o zamówieniu w sposób przywracający konkurencję oraz umożliwiający przygotowanie i złożenie prawidłowej oferty, tj.:

- a) udostępnienie wykonawcom materiałów, informacji i dokumentów niezbędnych do wyceny i przygotowania oferty, wyszczególnionych w pkt B ppkt 19 odwołania,
- b) modyfikacji pkt XIV.1.1) i 2) SIWZ oraz odpowiednio sekcji IV.3.4 ogłoszenia poprzez wydłużenie terminu składania ofert oraz terminu otwarcia ofert co najmniej o 14 dni, licząc od dnia udostępnienia wszystkich wymienionych w pkt B ppkt 19 odwołania materiałów, informacji i dokumentów,
- c) modyfikacji pkt III.9 SIWZ oraz odpowiednio sekcji II.1.8 ogłoszenia poprzez dopuszczenie składania ofert częściowych, co najmniej na następujące części: część spalinowa obejmująca linie niezelektryfikowane oraz część elektryczna obejmująca linie zelektryfikowane, ewentualnie geograficzny podział linii na pakiety nie większe

- niż 1,1 mln pociągokilometrów rocznie każdy,
- d) modyfikacji pkt IV SIWZ pkt 3 Formularza ofertowego, par. 1 ust. 5 projektu umowy oraz odpowiednio sekcji II.3 ogłoszenia, poprzez zmianę terminu rozpoczęcia świadczenia usług transportu kolejowego stanowiącego przedmiot zamówienia na:
 - 01 stycznia 2017 r. jednak nie wcześniej niż 18 miesięcy od daty zawarcia umowy, Ewentualnie- w przypadku modyfikacji SIWZ i ogłoszenia zgodnie z żądaniem z lit. c) i f) odwołania: - na 01 stycznia 2016 r. jednak nie wcześniej niż 7 miesięcy od daty zawarcia umowy,
 - e) modyfikacji pkt III.3, pkt XIII.5 SIWZ pkt 4 Formularza ofertowego i par. 1 ust. 8 projektu umowy celem umożliwienia dostaw taboru nowego lub używanego oraz o innej niż trzy ilości członów dostosowanej do potoku podróży, który spełnia wymagania SIWZ zawarte w pkt III.3 lit. a)-f) SIWZ, a nie jedynie taboru zmodernizowanego trójczłonowego,
 - f) modyfikacji pkt III.1 SIWZ oraz odpowiednio II.1.5 ogłoszenia, poprzez umożliwienie korzystania na liniach zelektryfikowanych także z taboru o napędzie spalinowym,
 - g) zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

Odwołujący podniósł, iż przedmiot zamówienia stanowią bardzo wrażliwe i doniosłe społecznie usługi w interesie ogólnym, polegające na świadczeniu usług kolejowych przewozów pasażerskich. Zamawiający jako organizator tych usług ma obowiązek planowania rozwoju publicznego transportu kolejowego, organizowanie oraz zarządzanie tym transportem. W tym zakresie na organizatorze spoczywa obowiązek wyłonienia takiego operatora przewozów, który zagwarantuje w największym stopniu zapewnienie odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa, punktualności, braku awaryjności czy odpowiedniego komfortu pasażerom. Taki operator może być wybrany jedynie w duchu konkurencji na podstawie obiektywnych i merytorycznych przesłanek.

Jednocześnie, aby móc złożyć odpowiednią ofertę oraz przygotować się w należyty sposób do rozpoczęcia świadczenia usług, przewoźnik (wykonawca) musi wykonać szereg czasochłonnych analiz oraz czynności. Niezbędne są w tym celu szczegółowe informacje. Cena ofertowa w tego typu usługach nie przyjmuje formy typowego wynagrodzenia lecz dofinansowania polegającego na rekompensacie utraconych przychodów i poniesionych kosztów (kwestie te szczegółowo reguluje art. 50 i nast. ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym oraz Rozporządzenie 1370/2007, por. także par. 3 projektu umowy).

Zamawiający, prowadząc postępowanie przetargowe w trybie Pzp, ma obowiązek stosowania się do zasad - art. 7 czy art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. Ponadto, zgodnie z art. 5 ust. 3 Rozporządzenia 1370/2007 przetarg w zakresie usług publicznego transportu zbiorowego

powinien być otwarty dla wszystkich podmiotów, sprawiedliwy oraz zgodny z zasadami przejrzystości i niedyskryminacji.

W przedmiotowym postępowaniu szczegółowa analiza postanowień ogłoszenia oraz SIWZ, poczynszy od ekstremalnie krótkiego terminu składania ofert, przez kryteria oceny ofert, termin realizacji usługi po opis przedmiotu zamówienia, prowadzi do wniosku, iż ich treść została określona w sposób sprzeczny z prawem oraz zasadą uczciwej konkurencji. Treść tych dokumentów stawia w uprzywilejowanej pozycji dotychczasowego operatora świadczącego usługi transportu kolejowego w Województwie Warmińsko-Mazurskim. Z przyczyn nieuzasadnionych jakimikolwiek obiektywnymi okolicznościami, Odwołujący nie ma możliwości złożenia prawidłowej i konkurencyjnej oferty, chociaż dysponuje potencjałem grupy kapitałowej Deutsche Bahn, niekwestionowanego lidera w zakresie usług objętych przedmiotem zamówienia. Jak wynika z brzmienia art 29 ust. 2 Pzp oraz utrwalonego orzecznictwa, dla uwzględnienia zarzutu naruszenia tego przepisu, wystarczające jest uprawdopodobnienie utrudniania uczciwej konkurencji.

Brak informacji niezbędnych do przygotowania oferty

W komunikacie Komisji Europejskiej wskazuje się, że „aby uczynić procedurę przetargową bardziej przejrzystą, właściwe organy powinny udostępnić potencjalnym oferentom wszystkie stosowne dane techniczne i finansowe, w tym informacje dotyczące alokacji kosztów i przychodów, jeżeli są one dostępne, aby ułatwić im przygotowanie ofert”. Orzecznictwo KIO potwierdza, że w świetle art. 29 ust. 1 Pzp, zamawiający ma obowiązek opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, aby wykonawca na etapie wyceny oferty posiadał wiedzę o wszystkich wymaganiach i okolicznościach mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a przekazany wykonawcom opis określać musi zakres świadczenia wykonawcy w sposób umożliwiający rzetelną jego wycenę.

W dokumentacji przetargowej Zamawiający nie udostępnił informacji i dokumentów niezbędnych do przygotowania rzetelnej i konkurencyjnej oferty, o co Odwołujący wnosił w ramach wniosków o wyjaśnienie i modyfikację SIWZ w zakresie:

1. informacji o przychodach,
2. informacji o taborze oraz jego parametrach, udzielonych gwarancjach przez producentów, historycznej dokumentacji utrzymaniowej oraz pełnej dokumentacji systemu utrzymania („DSU”),
3. informacji istotnych dla ubezpieczenia taboru,
4. informacji o kosztach infrastruktury,
5. informacji odnośnie zużycia paliwa i energii trakcyjnej,
6. potoków pasażerskich celem zaplanowania obiegu taboru i zasobów ludzkich.

Brak informacji o przychodach

Przychody stanowią jeden z głównych elementów cenotwórczych oferty. Rekompensata stanowi element specyficznego wynagrodzenia przewoźnika i jest różnicą pomiędzy kosztami a przychodami. Brak danych w tym zakresie przetrzuca ryzyka związane z nieprawidłowym oszacowaniem usług na wykonawców nie świadczących dotąd usług na tym terenie. Obecny przewoźnik posiada natomiast wszystkie niezbędne informacje o przychodach Zamawiającego, co powoduje, że jest on w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozostałych podmiotów zainteresowanych realizacją przedmiotowego zamówienia.

Brak informacji o taborze oraz jego parametrach i utrzymaniu, brak informacji istotnych dla ubezpieczenia pojazdów (taboru)

W § 4 ust. 11-18 projektu umowy na wykonawcę został nałożony obowiązek ponoszenia kosztów utrzymania pojazdów kolejowych, co jest istotnym czynnikiem cenotwórczym. Zamawiający nie podał informacji m.in. o czasochłonności poszczególnych czynności naprawczych, interwałach przeglądowych czy też awaryjności pojazdów i czasie ich wyłączenia z ruchu. Brak ww. danych uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie kosztów utrzymania taboru, podczas gdy obecny przewoźnik posiada pełny dostęp do informacji o kosztach historycznych, przeprowadzonych modernizacjach czy też innych naprawach taboru. Ponadto, udzielenie informacji odnośnie taboru oraz jego paramentów jest istotne z punktu widzenia ubezpieczenia pojazdów (§ ust. 1 wzoru umowy).

Brak informacji o kosztach infrastruktury PLK

Koszty dostępu do infrastruktury, tj. opłata za przejechanie każdego kilometra, stanowią istotny czynnik cenotwórczy i są uzależnione od kilku czynników, m.in. od wagi oraz typu taboru, danych technicznych taboru, składu zaplanowanego na daną, klasyfikacji linii oraz jej ceny w przeliczeniu na kilometr. W związku z tym, przewoźnik na etapie kalkulacji oferty musi posiadać niezbędne informacje o typie pojazdu oraz potokach podróży na poszczególnych liniach, aby odpowiednio zaplanować rozkład jazdy i zestawienia składów, które będą obsługiwały dane połączenie, aby przyjąć poprawne założenia dotyczące kosztów infrastruktury.

Brak ww. informacji powoduje, że obecny przewoźnik - posiadający dostęp do wszystkich niezbędnych informacji w tym zakresie - stawiany jest w uprzywilejowanej sytuacji w stosunku do Odwołującego.

Brak informacji odnośnie zużycia paliwa i energii trakcyjnej

Zamawiający nie udostępnił niezbędnych informacji będących podstawą wyliczenia kosztów zużycia paliwa i energii trakcyjnej. Dokładne wyliczenie kosztów wymaga:

- podania przez Zamawiającego parametrów dot. zużycia paliwa przez należące do niego pojazdy (brak danych);

- informacji o specyfikacji technicznej taboru, np. czy pojazdy elektryczne są wyposażone w liczniki energii, w jakiego rodzaju podzespoły wyposażony jest tabor - co bezpośrednio wpływa na wysokość zużycia paliwa i energii.

Na podstawie ww. danych można oszacować spalanie pojazdów spalinowych i wielkość zużycia energii trakcyjnej dla pojazdów elektrycznych - co przekłada się na kalkulację ceny.

Brak danych o potokach podróży

Zamawiający nie podał w SIWZ informacji o potokach podróży, które pozwoliłyby zainteresowanym podmiotom na rzetelną ocenę ilości pracowników liniowych (maszyniści i konduktorzy).

Nierealny termin składania ofert

Pierwotnie Zamawiający ustalił termin składania ofert na dzień 10 marca 2015 r., tj. 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia. Następnie, termin ten został przesunięty do 23 marca 2015 r. tj. na 23 dni od publikacji ogłoszenia. Termin ten został określony bez uwzględnienia czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty.

Termin składania ofert powinien uwzględnić czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty. Zamawiający jest zobowiązany do uwzględnienia przedmiotu i rodzaju zamówienia, poziomu jego skomplikowania, czynności, które należy wykonać składając ofertę, oraz niezbędnych do jej prawidłowej wyceny (w tym czynniki cenotwórcze). Ponadto, ustalony termin nie może stawiać w lepszej pozycji któregośkolwiek z wykonawców, co stanowiłoby naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp.

Jakkolwiek przy usługach niepriorytetowych powyżej progów unijnych, nie stosuje się przepisów Pzp w zakresie ustawowych terminów składania ofert, to również w tych zamówieniach obowiązuje generalna zasada uwzględniania przy ustalaniu terminu składania ofert czasu potrzebnego na przygotowanie i złożenie oferty. Potwierdza to:

- treść art. 5a ust. 3 pkt 1 Pzp w zakresie w jakim nakazuje uwzględnienie czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty przy określaniu terminu składania ofert. Skoro zasada ta obowiązuje w szczególnym (złagodzonej trybie udzielania zamówień niepriorytetowych o niskiej wartości), to tym bardziej w postępowaniu dla usług o wartości przewyższającej progi unijne - wnioskuje się *a minori ad maius*;
- naczelną zasadą z art. 7 ust. 1 Pzp;
- komunikat Komisji Europejskiej, w którym podkreślono, że w celu zapewnienia potencjalnym oferentom sprawiedliwych i równych szans należy przewidzieć odpowiedni i racjonalny okres czasu między wszczęciem procedury przetargowej i terminem składania ofert, a także między wszczęciem procedury przetargowej i terminem, w którym rozpocząć się ma świadczenie usług transportowych.

W ocenie Odwołującego, minimalny czas niezbędny do przygotowania oferty to 14 dni od przekazania przez Zamawiającego wymaganych informacji.

Zaniechanie podzielenia zamówienia na części

W świetle art. 83 ust. 2 Pzp, zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny. Podział zamówienia na części spełnia w zamówieniach publicznych bardzo ważną funkcję, mianowicie zwiększa konkurencję, w tym na małe i średnie przedsiębiorstwa.

W orzecznictwie KIO prezentowany jest pogląd, że prawo przyznane zamawiającemu w świetle przepisu art. 83 ust. 2 Pzp nie jest prawem bezwzględny i podlega kontroli pod względem zgodności z zasadami udzielania zamówień, a w szczególności, czy niedopuszczenie do składania ofert częściowych, w sytuacji gdy przedmiot zamówienia jest podzielny, nie prowadzi do naruszenia zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp (Wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2014 r., sygn. akt: KIO 557/14; KIO 570/14; wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2013 r., sygn. akt: KIO 694/13, Lex). W nowej dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. podkreśla się, że zamówienia publiczne powinny być dostosowane do potrzeb MŚP.

Zdaniem Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu zaniechanie skorzystania z art. 83 ust. 2 Pzp stanowi *de facto* nadużycie w świetle art. 5 KC. Przedmiot niniejszego zamówienia jest podzielny. Złożenie ofert częściowych na konkretne trasy nie przyniosłoby żadnego uszczerbku Zamawiającemu, a wręcz prowadziłoby do zwiększenia konkurencyjności postępowania przez łatwiejszy dostęp dla innych przewoźników, a przez to - zmniejszenia wysokości dofinansowania, polepszenia jakości świadczenia usług oraz lepszego dostosowania oferty do wymagań klientów (pasażerów).

W obecnej sytuacji żaden profesjonalny przewoźnik nie jest w stanie konkurować z dotychczasowym operatorem świadczącym usługi transportu kolejowego na rzecz Zamawiającego, ponieważ ograniczenia wprowadzone przez Zamawiającego oraz przerzucenie całego ryzyka na Operatora sprawia, że musi on dysponować bardzo dużymi zasobami w bardzo krótkim czasie, co nie jest praktykowane na rynku. Podział tego typu zamówień na części jest praktyką powszechną, zwiększającą efektywność wydatków publicznych.

Nierealny termin rozpoczęcia świadczenia usług

Komisja Europejska podnosi w swoim Komunikacie, iż w celu zapewnienia potencjalnym oferentom sprawiedliwych i równych szans należy przewidzieć odpowiedni i racjonalny okres czasu między wszczęciem procedury przetargowej i terminem, w którym rozpocząć się ma świadczenie usług transportowych.

Rozpoczęcie świadczenia usług pasażerskiego transportu kolejowego wiąże się z podjęciem szeregu formalnych czynności przygotowawczych, w tym m.in. zamówienia produkcji nowego taboru koniecznego do świadczenia usług, homologacji taboru w przypadku konieczności sprowadzenia go spoza terenu RP, rekrutacji i szkolenia

personelu, przygotowania dokumentacji technicznej taboru, której wcześniejsze zatwierdzenie przez Urząd Transportu Kolejowego („UTK”) jest wymagane prawem, przygotowanie punktów obsługi taboru, ich ewentualna modernizacja i wyposażenie i inne - tzw. „okres mobilizacji”.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający określił termin rozpoczęcia świadczenia usług na dzień 1 stycznia 2016 r., nie biorąc pod uwagę specyfiki i rozmiarów zamówienia oraz przewidywanego czasu trwania postępowania. Brak podziału na części, 5-letni okres obowiązywania umowy, specyficzne obowiązki przygotowawcze przewoźnika oraz niespotykane rygorystyczne wymagania Zamawiającego co do taboru, konieczność zapewnienia taboru prawie w całości po stronie Wykonawcy, ograniczenie wykorzystania taboru spalinowego na liniach elektrycznych, ryzyko w całości po stronie wykonawcy powodują, iż istnieje realne ryzyko niedotrzymania tego terminu z przyczyn całkowicie niezależnych od operatora.

Odwołujący wskazał na czasochłonność przykładowych obowiązków przewoźnika wynikających z przedmiotu zamówienia:

- a) przygotowanie specyfikacji nowego taboru, negocjacje z dostawcami, zamówienie i produkcja - minimum 18 miesięcy (w praktyce rynkowej w zakresie kilkunastu pojazdów nawet do 30 miesięcy),
- b) rekrutacja personelu, przeszkolenie na konkretne trasy - ok. 6 miesięcy, a w przypadku konieczności wyszkolenia nowych maszynistów - minimum 18 - 20 miesięcy,
- c) przygotowanie i zatwierdzenie dokumentacji technicznej dla taboru udostępnianego przez Zamawiającego, dokumentacja zatwierdzana przez UTK - ok. 2-3 miesiące przygotowanie, min. ok 2-3 miesiące zatwierdzenie przez UTK,
- d) zgłoszenie i akceptacja przez UTK zwiększenia działalności - ok. 6 miesięcy.

W konsekwencji dotychczasowy przewoźnik jest w uprzywilejowanej pozycji, ponieważ ma dostępny tabor, który był przez niego użytkowany do tej pory wraz z punktami utrzymania pojazdów oraz gotową dokumentacją techniczną dotyczącą utrzymania, posiada sieć sprzedaży, pracowników przeszkolonych na obsługiwane linie I tabor.

Dostawa zmodernizowanego taboru trójczłonowego jako kryterium oceny ofert (5%).

Zamawiający wskazał w SIWZ, że wykonawca zobowiązuje się zapewnić w ciągu pierwszych 3 lat obowiązywania umowy co najmniej 1 zmodernizowany trójczłonowy tabor z napędem elektrycznym do świadczenia usług na liniach zelektryfikowanych, spełniający określone przez Zamawiającego wymagania techniczne. Dostawa zmodernizowanego taboru trójczłonowego stanowi kryterium oceny ofert (5%) zgodnie z pkt XVII SIWZ.

Zamawiający, w sposób całkowicie nieuzasadniony nie przewidział możliwości dostawy taboru nowego lub używanego, który spełnia wymagania SIWZ. Ograniczenie do wyłącznie zmodernizowanego taboru jest nieuzasadnione i faworyzuje obecnego Operatora,

który posiada bardzo dużą ilość taboru elektrycznego (45 szt. pojazdów EN57 - trójczłonowych), który można zmodernizować, aby spełniał wymagania. Nowy operator musiałby kupić stary pojazd i go modernizować, a wielokrotnie jest to po prostu nieopłacalne, ponieważ bardziej uzasadniony jest zakup nowego pojazdu, będącego bardziej efektywnym, opartym o nowe rozwiązania, bezpiecznym.

Ponadto, nieuzasadnione jest niedopuszczenie taboru dwu- czy cztero-członowego bez informacji o potokach pasażerów, tym bardziej, że Zamawiający sam zamawia w ostatnim postępowaniu na zakup taboru pojazd dwuczłonowy.

W związku z tym zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 90 ust. 1-3 w zw. z art. 5 ust. 1 Pzp a także wniosek o zmianę SIWZ i ogłoszenia w tym zakresie są uzasadnione.

Nieuprawniony zakaz korzystania z taboru o napędzie spalinowym

Zamawiający wskazał w SIWZ, że przewozy będą wykonywane na liniach zelektryfikowanych taborem o napędzie elektrycznym za wyjątkiem relacji Olsztyn-Ełk przez Korsze i niezelektryfikowanych taborem o napędzie spalinowym (pkt 111.1 SIWZ). Zamawiający nie dopuścił posługiwania się taborem spalinowym na liniach zelektryfikowanych, udostępniając jedynie 2 pojazdy elektryczne, podczas gdy stosunek pracy pojazdami elektrycznymi do pracy na liniach spalinowych jest prawie 2/1. Operator musi zatem wyposażyć się w około 17 pojazdów elektrycznych. Dostępność takich pojazdów na rynku jest bardzo niska - brak pojazdów dostępnych do najmu czy zakupu, zatem należy je zakupić z czasem oczekiwania kilkunastu miesięcy. Jednocześnie nie istnieje dostateczne uzasadnienie techniczne tak drastycznego ograniczenia konkurencji. Nadmienić trzeba, iż pojazdy spalinowe mogą jeździć po liniach zelektryfikowanych i jest to powszechna praktyka na rynku, do niedawna stosowaną także przez Zamawiającego. W związku z tym zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 1 i 2 Pzp jest uzasadniony.

W dniu 13 marca 2015 r. wykonawca Przewozy Regionalne Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania. Przystępujący podniósł zarzut braku legitymacji Odwołującego do wniesienia odwołania, który jak sam przyznał - nie posiada wystarczających zasobów do spełnienia wymogów Zamawiającego. Odwołujący nie wykazał również, że przewoźnicy prowadzący działalność gospodarczą w Polsce nie posiadają możliwości złożenia oferty w tym postępowaniu, w tym m.in. Koleje Mazowieckie oraz PKP Intercity. Zdaniem Przystępującego, odwołanie zmierza do pozyskania przez Odwołującego informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Spółki Przewozy Regionalne i wykorzystanie ich w walce konkurencyjnej. Ponadto, w odniesieniu do informacji o taborze, Odwołujący użytkuje te same pojazdy, co do których żąda informacji od Zamawiającego

(pojazdy SA-133 i SA-106), a zatem posiada wszystkie informacje. W odniesieniu do pojazdów 21WE i 37WE – dokumentacja techniczna jest objęta prawami autorskimi producenta, więc Zamawiający nie ma prawa ich udostępnienia podmiotom trzecim. Zdaniem Przystępującego, żądanie przedłużenia terminu składania ofert ma na celu jedynie przedłużenie postępowania przetargowego. Termin składania ofert w żaden sposób nie faworyzuje Przystępującego. Zamawiający w dniu 27 lutego 2014 r. ogłosił Wstępne ogłoszenie informacyjne o przetargu, a więc wykonawcy mogli przygotować się w ciągu roku do postępowania. W ocenie Przystępującego, zasadny jest zakaz składania ofert częściowych w tym postępowaniu, gdyż układ geograficzny linii w województwie powoduje, że ważne relacje są częściowo spalinowe, a częściowo elektryczne. Podział tych linii na dwóch przewoźników sprawiłby problemy w sprawnej obsłudze. Ponadto, podział zamówienia na części jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego. Zdaniem Przystępującego, zamówienie może być zrealizowane w terminie określonym przez Zamawiającego. Na rynku znajdują się przewoźnicy, którzy bez problemu mogą wyasygnować odpowiednią ilość taboru i personelu do obsługi połączeń objętych zamówieniem w terminie określonym przez Zamawiającego, a nawet w znacznie krótszym (Koleje Mazowieckie, PKP Intercity, Szybka Kolej Miejska w Trójmieście). W tej sytuacji nie jest uzasadnione dostosowywanie warunków przetargu do jednego przewoźnika, tj. Odwołującego, który nie posiada odpowiedniego potencjału.

Niezrozumiały jest zarzut dotyczący zapewnienia zmodernizowanego taboru trójczłonowego bez możliwości zastąpienia go taborem nowym lub używanym, spełniającym wymagania SIWZ. Przystępujący podkreślił, że nie posiada takiego taboru, a zatem wymaganie to nie preferuje go jako wykonawcy tego zamówienia.

Zdaniem Przystępującego, uzasadnione jest wymaganie Zamawiającego dotyczące zakazu korzystania z taboru spalinowego na liniach zelektryfikowanych, ze względu na charakter tego regionu, jako ekologicznego i turystycznego – pojazdy elektryczne nie wytwarzają spalin, są cichsze i nie potrzebują stacji paliw.

Zarzut opisanego przedmiotu zamówienia i warunków świadczenia usług oraz ustalenia kryteriów oceny ofert w sposób zamykający konkurencję nie został poparty przez Odwołującego konkretnymi okolicznościami faktycznymi, z którymi Odwołujący wiąże skutek w postaci naruszenia przepisów prawa. Zarzut ten należy więc uznać za bezzasadny.

Pismem z dnia 18 marca 2015 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie. Wyjaśnił, że w dniu 16 marca 2015 r. w wyniku zgłoszonych przez wykonawców pytań dokonał zmiany treści SIWZ, formularza ofertowego i projektu umowy i opublikował na własnej stronie internetowej zmiany SIWZ i załącznika – formularza ofertowego. Zamawiający wyjaśnił, że ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa Spółki

Przewozy Regionalne nie może podać wykonawcom informacji o przychodach, potokach podróży, natomiast nie posiada informacji o kosztach infrastruktury, które są jednakże ogólnodostępne dla przedsiębiorców trudniących się taką działalnością. Zamawiający nie posiada też informacji odnośnie zużycia paliwa i energii trakcyjnej.

Zamawiający wskazał dalej, że w dniu 27 lutego 2014 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Wstępne ogłoszenie informacyjne nr 2014/S 041-068247, zgodnie z art. 7 ust. 2 rozporządzenia(WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70. Przez okres prawie roku Odwołujący mógł zgromadzić potrzebne mu informacje, aby złożyć ofertę w tym postępowaniu.

Zamawiający podniósł, że termin składania ofert wynika głównie z terminu składania wniosków o przydzielenie tras pociągów, zgodnie z § 14 ust. 1 Regulaminu przydzielania tras pociągów i korzystania z przydzielonych tras pociągów przez licencjonowanych przewoźników kolejowych w ramach rozkładu jazdy pociągów 2015/2016, wydanego przez PKP PLK S.A. i dostępnego na stronie internetowej. Termin ten określono od dnia 30 marca do dnia 13 kwietnia 2015 r.

Brak możliwości składania ofert częściowych Zamawiający uzasadnił tym, że podział tego zamówienia części nie leży w interesie publicznym, gdyż wiązałby się z karkołomnym podziałem linii i z dodatkowymi kosztami związanymi z rozliczaniem wielu operatorów, co powodowałoby także trudności organizacyjne przy wykonywaniu usługi oraz w szczególności utrudnienia dla pasażerów.

Zdaniem Zamawiającego, termin rozpoczęcia realizacji usług, określony w tym postępowaniu jest realny. Odwołujący nie posiada stosownego potencjału, aby świadczyć te usługi, gdyż nie podjął odpowiednich przygotowań do udziału w postępowaniu w oparciu o wstępne ogłoszenie informacyjne, opublikowane rok wcześniej.

W zakresie zarzutu dotyczącego wymogu zapewnienia taboru zmodernizowanego trójczłonowego, Zamawiający wyjaśnił, że uwzględnił żądanie Odwołującego i umożliwił wprowadzenie taboru nowego lub zmodernizowanego o określonej liczbie miejsc, w tym miejsc siedzących.

Odnośnie wymogu korzystania na liniach zelektryfikowanych z taboru o napędzie elektrycznym, Zamawiający wskazał, że zarzut ten świadczy o braku potencjału Odwołującego do realizacji zamówienia. Podkreślił, że ze względów ekologicznych, jak i z uwagi na poczynione nakłady na elektryfikację linii wymaganie to jest w pełni uzasadnione.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący jest zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu, jako przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą w branży kolejowych przewozów pasażerskich. Przedmiot zamówienia mieści się w zakresie prowadzonej przez Odwołującego działalności gospodarczej. Wniesione odwołanie zmierza do zapewnienia szerszej dostępności do zamówienia wykonawcom, w tym Odwołującemu. W przypadku potwierdzenia się zasadności zarzutów odwołania, dostęp do zamówienia uzyskaliby wykonawcy o mniejszym potencjale i zasobach, niż konieczne do realizacji całego przedmiotu zamówienia.

Wykonawca, Przewozy Regionalne Sp. z o.o. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystępujący wykazał interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego, jako wykonawca, który realizuje obecnie zamówienie na przewozy pasażerskie na rzecz Zamawiającego i jest zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu.

Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Izba nie rozpoznawała zarzutów podniesionych przez Odwołującego na rozprawie, dotyczących Wstępnego ogłoszenia informacyjnego z dnia 27 lutego 2014 r., jako zgłoszonych po upływie ustawowego terminu.

Izba uznała za zasadny w części zarzut dotyczący opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny oraz utrudniający uczciwą konkurencję, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, poprzez nieudostępnienie wszystkich materiałów, informacji i dokumentów niezbędnych do wyceny i przygotowania prawidłowej oferty, a które są dostępne dotychczasowemu operatorowi, co narusza art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Izba w pełni podziela stanowisko, że zamawiający są obowiązani udostępniać wykonawcom w dokumentacji przetargowej wszelkie informacje niezbędne do prawidłowego przygotowania i kalkulacji oferty, a poszanowanie zasad określonych w art. 7 i 29 Pzp, oznacza konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań,

które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę, bądź też takich, które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie oferty lub też powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych. Odwołujący nie wskazał w niniejszym postępowaniu w SIWZ takich postanowień, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę, bądź też które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert. Powyższe okoliczności nie zostały wykazane przez Odwołującego. Biorąc pod uwagę zarzuty odwołania, a w szczególności przywołane przez Odwołującego w ramach zarzutów okoliczności faktyczne, wymagało rozważenia, czy w przedmiotowym postępowaniu wystąpiła sytuacja, w której jeden z zainteresowanych wykonawców (dotychczasowy Operator) byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych wykonawców.

Odnosząc się do szczegółowych zarzutów w zakresie braku informacji, Izba ustaliła i zważyła, jak poniżej:

Zarzut braku informacji o przychodach

Odwołujący nie sprecyzował w odwołaniu, o jakie przychody chodzi w tym zarzucie. Przychody dotychczasowego wykonawcy są z pewnością informacją chronioną, jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Posiadają one wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy i nie są to informacje udostępniane powszechnie na rynku przewoźników kolejowych. Z jednej strony Odwołujący wskazywał, że przychody stanowią jeden z głównych elementów cenotwórczych oferty – a zatem odnoszą się do wykonawcy, a z drugiej - w uzasadnieniu tego zarzutu wskazywał, że chodzi o przychody Zamawiającego - Odwołujący stwierdził w odwołaniu, że „Obecny przewoźnik posiada wszystkie niezbędne informacje o przychodach Zamawiającego”. Odwołujący nie wyjaśnił też, czy posługuje się definicją przychodów, która została podana w § 3 ust. 8 wzoru umowy. W postanowieniu tym wskazano, że zdefiniowane przychody są przychodami Operatora. We wzorze umowy ani w pozostałej części SIWZ nie zostało jednak użyte pojęcie „rekompensaty”, którym posłużył się Odwołujący w treści tego zarzutu. Wobec braku sprecyzowania przez Odwołującego treści zarzutu i nie wyjaśnienia zakresu pożądaných informacji co do „przychodów” Izba uznała zarzut ten za nieuzasadniony.

Zarzut braku informacji o taborze oraz jego parametrach, udzielonych gwarancjach przez producentów, historycznej dokumentacji utrzymaniowej oraz pełnej dokumentacji systemu utrzymania („DSU”)

Zamawiający uwzględnił powyższy zarzut i w ramach wyjaśnień treści SIWZ z dnia 16 marca 2015 r. udostępnił wykonawcom do wglądu - dokumentację DSU (Dokumentacja Systemu Utrzymania) po złożeniu wniosku do Zamawiającego. Zamawiający wyjaśnił, co zostało potwierdzone także przez Przystępującego – obecnego Operatora, że w związku

z prawami autorskimi producenta do ww. dokumentacji technicznej, nie posiada on prawa do kopiowania tej dokumentacji, a tym samym zamieszczenia jej na stronie internetowej. Zjawiskiem powszechnym jest na rynku to, że dokumentacja techniczna zwykle nie może być dowolnie kopiowana i rozpowszechniana. Odwołujący nie przedstawił przy tym dowodu na okoliczności przeciwnie, tj. że dokumentacja ta może być powielana przez Zamawiającego i przekazana w kopii podmiotom trzecim.

Strony postępowania przyznały, że dokumentacja DSU dla jednego pojazdu liczy ok 200 -300 stron. Nie jest to w ocenie Izby ilość stron uniemożliwiająca analizę informacji w niej zawartych w miejscu udostępnienia tej dokumentacji. Przystępujący podnosił, że faktycznie informacje konieczne do sporządzenia oferty są zawarte na kilku stronach, czemu Odwołujący nie zaprzeczył. Pomimo posiadania takiej możliwości, do tej pory Odwołujący nie zapoznał się z tą dokumentacją. W związku z powyższym Odwołujący nie był w stanie wykazać, że powyższa dokumentacja nie obejmuje wszystkich niezbędnych informacji technicznych odnośnie pojazdów udostępnianych przez Zamawiającego, potrzebnych do skalkulowania kosztów utrzymania pojazdów kolejowych, a tym samym kosztów oferty, związanych z eksploatacją ww. pojazdów.

Nie sposób zaprzeczyć, że obecny przewoźnik posiada wiedzę o kosztach ponoszonych na tabor w ubiegłych latach, o przeprowadzonych modernizacjach lub naprawach taboru. Są to jednak informacje pozyskane przez Przystępującego w ramach realizacji danych usług. Nie sposób czynić wykonawcy zarzutu z tego, że wykonując zamówienie nabył określoną wiedzę. Żadnego wykonawcy nie można pozbawić takiej wiedzy, nabytej w wyniku własnej pracy. Zgodzić się należy z twierdzeniem, że z pewnością powyższa wiedza daje temu wykonawcy lepszą pozycję na rynku, lecz dopóki wiedza i doświadczenie są nabyte w sposób zgodny z prawem, uczciwy, dopóty nie można mu postawić zarzutu z faktu, że znajduje się w lepszej konkurencyjnej pozycji względem innych wykonawców, którzy takich usług nie realizowali.

Zarzut braku informacji istotnych dla ubezpieczenia taboru

Odwołujący w uzasadnieniu powyższego zarzutu podał, że „udzielenie informacji odnośnie taboru oraz jego paramentów jest istotne z punktu widzenia ubezpieczenia pojazdów”. Zarzut ten nie został jednak sprecyzowany ani uzasadniony przez Odwołującego konkretnymi okolicznościami faktycznymi w stopniu pozwalającym na jego rozpoznanie. Izba oddaliła zatem zarzut, jako nieuzasadniony.

Zarzut braku informacji o kosztach infrastruktury

Z pewnością koszty dostępu do infrastruktury, tj. opłata za przejechanie każdego kilometra, stanowią istotny czynnik cenotwórczy. Pozyskanie tych informacji leży jednak

po stronie wykonawcy. Izba ustaliła w oparciu o wyjaśnienia stron, że informacje o kosztach i opłatach za korzystanie z infrastruktury są dostępne na rynku. Posiada je podmiot zarządzający infrastrukturą – PKP PLK S.A. Odwołujący nie zaprzeczył twierdzeniom Zamawiającego, iż takich informacji Zamawiający nie posiada, a co za tym idzie - nie może ich udostępnić. Odwołujący nie zwracał się do ww. podmiotu w celu pozyskania potrzebnych mu informacji, co do kosztów infrastruktury. Odwołujący nie wykazał również, że podmiot zarządzający infrastrukturą nie zgodził się na udostępnienie powyższych informacji.

Zarzut braku informacji odnośnie zużycia paliwa i energii trakcyjnej

Informacja o średnim zużyciu paliwa i energii przez pojazdy kolejowe jest dostępna na rynku. Jak wyjaśniono w toku rozprawy, Odwołujący użytkuje pojazdy kolejowe świadcząc podobne usługi na rynku, a wobec tego posiada wiedzę na temat zużycia paliwa i energii przez te pojazdy. Konkretnie wartości dotyczące zużycia paliwa i energii przez Operatora, wykonującego dotychczas przedmiotowe usługi dla Zamawiającego, podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. W ocenie Izby, przewoźnik posiadający doświadczenie na rynku powinien być w stanie skalkulować omawiane koszty na podstawie swoich dotychczasowych doświadczeń i udostępnionej przez Zamawiającego dokumentacji technicznej.

Zarzut braku informacji o potokach pasażerskich umożliwiającej zaplanowanie obiegu taboru i zasobów ludzkich

Izba uznała za zasadny powyższy zarzut i nakazała Zamawiającemu przekazanie w ramach SIWZ informacji o potokach pasażerskich za 2014 r. W ocenie Izby, informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Są to dane charakterystyczne dla danego regionu, które na podstawie zawartych z Zamawiającym umów dotychczasowy wykonawca (przewoźnik) miał obowiązek przekazywać Zamawiającemu w składanych raportach i sprawozdaniach. Dane te były już wcześniej upubliczniane przez Zamawiającego w ramach Planu zrównoważonego rozwoju publicznego transportu zbiorowego dla Województwa Warmińsko-Mazurskiego z 2013 r. W ocenie Izby, powyższe dane za 2014 r. Zamawiający jest więc zobowiązany udostępnić wykonawcom ubiegającym się o zamówienie. Są to dane gromadzone w ramach realizowanych usług, które de facto stanowią część przedmiotu zamówienia, skoro wykonawca w umowie o zamówienie Nr Z.P.1.39/62/2014 z dnia 1 lipca 2014 r. został w § 2 ust. 14 pkt 11 ww. umowy zobowiązany do zbierania i przekazywania tych danych Zamawiającemu w raporcie półrocznym i rocznym sprawozdaniu. Sam Przystępujący przyznał, że umowy zawarte z Zamawiającym z ostatnich lat zawierają takie same postanowienia.

Na podstawie danych o potokach podróży wykonawca może wstępnie ocenić i zaplanować rozkład jazdy na poszczególnych liniach, a tym samym zapotrzebowanie na

tabor, a następnie będzie mógł oszacować związane z tym koszty dostępu do infrastruktury. Zarzut opisanego w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ nierealnego terminu składania ofert, nieuwzględniającego czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, a jednocześnie faworyzującego dotychczasowego operatora, co narusza art. 7 ust. 1 w zw. z art. 5 ust. 1 Pzp art. 38 ust. 6 Pzp oraz zasadę swobodnego przepływu towarów, prawa przedsiębiorczości, swobody świadczenia usług, niedyskryminacji i równego traktowania, przejrzystości, proporcjonalności i wzajemnego uznawania

Termin składania ofert w każdym postępowaniu powinien uwzględnić czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty. Zamawiający jest zobowiązany do uwzględnienia przedmiotu i rodzaju zamówienia, poziomu jego skomplikowania, wszystkich czynności, które należy wykonać, aby złożyć prawidłową ofertę. W przypadku, gdy zamawiający wprowadza do treści SIWZ nowe informacje, termin składania ofert powinien ulec odpowiedniemu przedłużeniu, umożliwiającemu uwzględnienie w ofercie nowych okoliczności.

Izba uznała, że w związku z nakazaniem Zamawiającemu udostępnienia w SIWZ informacji dotyczących potoków podróży za 2014 r. Zamawiający jest zobowiązany do przedłużenia terminu składania ofert o czas nie krótszy niż 7 dni od dnia zamieszczenia tych informacji w ramach zmiany SIWZ. Wskazany przez Odwołującego w odwołaniu minimalny czas niezbędny do przygotowania oferty - 14 dni od przekazania przez Zamawiającego wymaganych informacji - nie jest uzasadniony w tych okolicznościach ze względu na fakt, że Izba uwzględniła żądania Odwołującego co do zmiany SIWZ wyłącznie w części.

Zarzut określenia w treści ogłoszenia i SIWZ zakazu składania ofert częściowych, pomimo iż przedmiot zamówienia jest podzielny, a skumulowanie w jednym postępowaniu przedmiotu zamówienia jest sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co narusza art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 2 w zw. z art. 83 ust. 2 Pzp oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 14 Pzp,

Odwołujący sam przyznał w odwołaniu, że Zamawiający jest odpowiedzialny za prawidłową realizację zamówienia w sposób najbardziej efektywny dla niego i dla mieszkańców. Zamawiający jest niewątpliwie dysponentem prawa do podziału zamówienia na części, jeśli uzna to za uzasadnione, co wynika z treści przepisu art. 83 ust. 2 Pzp, który stwarza możliwość podziału zamówienia na części a nie obowiązek po stronie zamawiającego. Wykonawcom nie przysługuje tym samym roszczenie w tym zakresie wobec zamawiającego. Jednocześnie Izba zważyła, że Odwołujący nie przedstawił w uzasadnieniu tego zarzutu jakichkolwiek korzyści płynących dla świadczeniobiorców (pasażerów), które przewyższałyby trudności, wskazywane przez Zamawiającego, a wynikające z wielości operatorów działających na tych samych liniach kolejowych. Odwołujący nie przedstawił korzyści dla odbiorców usług ani z punktu widzenia podziału geograficznego zamówienia, ani

też z punktu widzenia podziału zamówienia na usługi świadczone taborem spalinowym lub elektrycznym. Z treści zarzutu wynika jedynie dążenie do uzyskania możliwości świadczenia usług w sposób odpowiadający Odwołującemu. Interes jednego wykonawcy nie może stanowić wyłącznej podstawy do dokonania podziału zamówienia na części. Odwołujący nie wykazał bowiem, że w warunkach tego postępowania brak dopuszczenia składania ofert częściowych może powodować ograniczenie konkurencji. Odwołujący nie wykazał w szczególności, że istnieją na rynku przewoźnicy kwalifikujący się jako MŚP, którzy będą mogli złożyć oferty wówczas, gdy zamówienie zostanie podzielone na części albo że są na rynku przewoźnicy działający w wyspecjalizowanych sektorach, którzy w przypadku podziału zamówienia według rodzaju napędu pojazdów (spalinowy lub elektryczny) uzyskają w ten sposób dostęp do zamówienia, a jednocześnie, że nie spowoduje to niekorzystnych skutków dla odbiorców usług.

Izba zważyła, że twierdzenie Odwołującego, iż w obecnej sytuacji żaden profesjonalny przewoźnik nie jest w stanie konkurować z dotychczasowym operatorem świadczącym usługi transportu kolejowego na rzecz Zamawiającego, w zakresie dysponowania odpowiednimi zasobami, nie zostało przez Odwołującego poparte dowodami. Sam fakt, że zamówienia realizowane przez innych zamawiających są dzielone na części nie dowodzi zasadności podziału tego zamówienia, realizowanego w konkretnych warunkach (obszar, istniejące połączenia, rodzaj infrastruktury itp.).

Zarzut opisanego przedmiotu zamówienia w ogłoszeniu i SIWZ w zakresie terminu rozpoczęcia świadczenia usług transportu kolejowego stanowiącego przedmiot zamówienia w sposób niezgodny z ustawą Pzp oraz zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, który biorąc pod uwagę wszystkie wymagane przepisami prawa i opisem przedmiotu zamówienia czynności przygotowawcze do świadczenia tych usług, faworyzuje dotychczasowego operatora, co narusza art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp,

Izba uznała zarzut za niezasadny. Faktem jest, że charakter przedmiotu zamówienia wymaga, aby termin rozpoczęcia świadczenia usług transportowych uwzględniał okres niezbędny do przygotowania się wykonawcy do realizacji zamówienia. Im lepiej wykonawca będzie przygotowany do wykonywania usług, tym mniejsze problemy wynikną na etapie realizacji. Rozpoczęcie świadczenia usług pasażerskiego transportu kolejowego wiąże się niewątpliwie z podjęciem istotnych czynności przygotowawczych, w tym m.in. pozyskania odpowiedniego taboru, koniecznego do świadczenia usług, homologacji taboru w przypadku konieczności sprowadzania go z innych krajów, zapewnienia odpowiedniego personelu do obsługi, przygotowania dokumentacji technicznej taboru, zatwierdzonej przez Urząd Transportu Kolejowego, przygotowania punktów obsługi taboru. Nie można jednak zgodzić się z Odwołującym, że wszystkie te czynności muszą być wykonywane w całości i od

początku dopiero po podpisaniu umowy z Zamawiającym. Wykonawca może bowiem podjąć pewne przygotowania logistyczne już wcześniej, co nie musi wiązać się z wielomilionowymi nakładami. Jak wyjaśnił Zamawiający, tabor zapewniony przez wykonawcę do realizacji usług nie musi być tabor nowym wyprodukowanym na potrzeby tego zamówienia, a może być to tabor zmodernizowany, nie musi on też stanowić własności wykonawcy. Na marginesie tylko Izba wskazuje, że w tym zakresie treść SIWZ nie jest wystarczająco jednoznaczna, co powinno skłonić Zamawiającego do przedstawienia wykonawcom odpowiednich wyjaśnień.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił termin rozpoczęcia świadczenia usług na dzień 1 stycznia 2016 r. W ocenie Izby, jest to termin, który umożliwia przygotowanie się przez wykonawcę do świadczenia usług, będących przedmiotem zamówienia, uwzględniając przy tym okoliczność, że na rok wcześniej Zamawiający opublikował Wstępne ogłoszenie informacyjne o przedmiotowym zamówieniu, pozwalające wykonawcom zainteresowanym uzyskaniem zamówienia, poczynić wcześniej pewne przygotowania. Wskazana przez Odwołującego czasochłonność obowiązków przewoźnika, koniecznych do realizacji zamówienia nie uwzględnia faktu, że tabor do świadczenia usług nie musi być nowo wyprodukowany, bowiem zamawiający dopuścił tabor zmodernizowany. Rekrutacja personelu nie musi obejmować wyszkolenia od początku całkiem nowych maszynistów, zwłaszcza w przypadku przewoźnika działającego już na rynku. Jak wskazał Odwołujący, przygotowanie i zatwierdzenie dokumentacji technicznej przez nowego operatora dla taboru udostępnianego przez Zamawiającego oraz zatwierdzenie dokumentacji przez UTK – wymaga ok. 2-3 miesięcy (każda z tych czynności), natomiast zgłoszenie (przygotowanie całej dokumentacji) i akceptacja przez UTK zwiększenia działalności – ok. 6 miesięcy. Są to zatem terminy możliwe do dotrzymania, przy zachowaniu terminu rozpoczęcia świadczenia usług, określonego przez Zamawiającego.

W odniesieniu do tego zarzutu Odwołujący wywodził, że w innych krajach Unii Europejskiej zamówienia na ten sam przedmiot są realizowane z uwzględnieniem okresu ok. 2 lat od dnia podpisania umowy. Odwołujący przedstawił na poparcie swoich twierdzeń przykładowe ogłoszenia o zamówieniach, które jednak nie mogą stanowić dowodu w tej sprawie, gdyż w znacznej części są sporządzone w językach obcych, co uniemożliwia ocenę, w jakim stopniu te zamówienia są porównywalne z przedmiotowym zamówieniem, pod względem wielkości, charakteru, stopnia skomplikowania oraz innych uwarunkowań realizacji, itp. Odwołujący nie przedstawił tłumaczenia tych dokumentów na język polski.

Zarzut opisania przedmiotu zamówienia oraz kryterium oceny ofert w zakresie taboru, poprzez wymóg zapewnienia zmodernizowanego taboru trójczłonowego bez możliwości zapewnienia taboru nowego lub używanego (jednocześnie spełniającego szczegółowe

wymagania SIWZ) ani taboru o innej ilości członów (dostosowanych do potoku podróży) oraz przyznanie w tym zakresie punktów w sposób nieuzasadniony oraz naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wskazujący na uprzywilejowanie dotychczasowego operatora, co narusza art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 90 ust. 1-3 w zw. z art. 5 ust. 1 Pzp

Jak wynika ze zmian wprowadzonych do SIWZ w wyniku wyjaśnień Zamawiającego z dnia 16 marca 2015 r., Zamawiający uwzględnił zarzut w części dotyczącej możliwości zapewnienia w ciągu pierwszych 3 lat obowiązywania umowy alternatywnie co najmniej 1 nowego trójczłonowego taboru z napędem elektrycznym do świadczenia usług na liniach zelektryfikowanych, spełniającego między innymi nw. wymagania:

- a) wbudowana dwustopniowa przekładnia trakcyjna,
- b) po jednej parze drzwi odskokowo-przesuwnych na stronę każdego członu (wagonu) pojazdu,
- c) dostosowanie pojazdu dla osób niepełnosprawnych,
- d) klimatyzacja działająca podczas jazdy oraz postoju,
- e) jedna kabina wc dostosowana dla osób niepełnosprawnych w systemie zamkniętym wg normy TSI,
- f) świadectwo sprawności technicznej pojazdu kolejowego.

Wobec powyższego zarzut należy uznać w tym zakresie za zasadny. W pozostałym zakresie zarzut nie jest uzasadniony. Izba zważyła w tym miejscu, że sam Odwołujący wyjaśnił na rozprawie, że w przypadku podobnych zamówień tabor jest każdorazowo przygotowywany do konkretnych potrzeb zamawiającego, a zatem należy wnioskować, że nie jest dostępny na rynku tabor używany i jednocześnie spełniający indywidualne wymagania w danym postępowaniu, gdyż są to zawsze rozwiązania niestandardowe. Tabor spełniający wymagania może zostać zatem albo wyprodukowany jako nowy, albo jeśli jest to tabor używany, to musi on być zmodernizowany do potrzeb zamawiającego. Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na fakt, że pojazdy używane spełniające wymagania Zamawiającego są dostępne bez modernizacji. W tych okolicznościach żądanie dopuszczenia zapewnienia przez wykonawcę taboru używanego i jednocześnie spełniającego konkretne wymagania techniczne Zamawiającego w tym postępowaniu jest bezprzedmiotowe.

Izba stwierdziła również, że nieuzasadniony jest zarzut dotyczący wymagania taboru trójczłonowego. Odwołujący w odniesieniu do tego zarzutu nie przedstawił argumentacji, wskazującej, że wymaganie powyższe wymaganie z jakichkolwiek względów nie jest uzasadnione. Podkreślić należy, że to na Odwołującym spoczywa ciężar dowodzenia w zakresie zasadności postawionych w odwołaniu zarzutów.

Zarzut opisania przedmiotu zamówienia w zakresie wymogu korzystania na liniach zelektryfikowanych jedynie z taboru o napędzie elektrycznym, w sposób nieuzasadniony oraz naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wskazujący na uprzywilejowanie dotychczasowego operatora, co narusza art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 1 i 2 Pzp.

Zamawiający wskazał w SIWZ, że przewozy będą wykonywane na liniach zelektryfikowanych taboroem o napędzie elektrycznym, za wyjątkiem relacji Olsztyn-Ełk przez Korsze i niezelektryfikowanych taboroem o napędzie spalinowym (pkt 111.1 SIWZ).

Wymaganie powyższe, w ocenie Izby, jest racjonalne i całkowicie uzasadnione. Skoro bowiem na danym terenie jest dostępna infrastruktura dla taboru elektrycznego, to nie ma racjonalnego uzasadnienia wykorzystanie z tej infrastruktury do pojazdów spalinowych, emitujących zanieczyszczenie oraz hałas do środowiska, zwłaszcza, że mamy do czynienia z regionem turystycznym, dla którego niewątpliwie istotne znaczenie ma ochrona środowiska. Jednocześnie Odwołujący, twierdząc, że dostępność pojazdów elektrycznych na rynku jest bardzo niska - brak pojazdów dostępnych do najmu lub zakupu, nie przedstawił stosownych dowodów na poparcie powyższych twierdzeń. Izba zważyła również, że sam fakt, iż pojazdy spalinowe mogą jeździć po liniach zelektryfikowanych, nie dowodzi uzasadnienia do przyjęcia takiej praktyki w warunkach tego postępowania, tj. wówczas, gdy nie jest to bezwzględnie konieczne.

Zarzut opisania przedmiotu zamówienia oraz warunków świadczenia usług i kryteriów oceny ofert w sposób, który z przyczyn nieuzasadnionych obiektywnymi czynnikami zamyka konkurencję, czyniąc możliwym złożenie prawidłowej, konkurencyjnej oferty jedynie przez dotychczasowego operatora, co narusza art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, a także art. 5 ust. 3 Rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70, jest w ocenie Izby zarzutem podsumowującym wcześniejsze szczegółowe zarzuty odwołania. W tym miejscu Odwołujący nie wskazał bowiem żadnych nowych okoliczności faktycznych, które potwierdzałyby samodzielność tego zarzutu. Reasumując natomiast szczegółowe zarzuty odwołania, Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp w zakresie, w którym Zamawiający dokonał zmian treści SIWZ w dniu 16 marca 2015 r., tj. co do udostępnienia dokumentacji DSU, dopuszczenia możliwości zapewnienia przez wykonawców pojazdów nowych, a także co do zarzutu dotyczącego braku udostępnienia informacji o potokach pasażerskich za 2014 r.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....