

WYROK

z dnia 18 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 czerwca 2015 r. przez Odwołującego – Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Międzygminna sp. z o.o. z siedzibą w Świerklańcu, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego w Katowicach,

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu zmianę postanowienia pkt 5.1 ppkt 3) specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz pkt III.2.3) ppkt 1.3 ogłoszenia o zamówieniu przez nadanie tiret pierwszemu następującego brzmienia:
„[...]autobusy o długości do 12 m i pojemności co najmniej 91 miejsc (tabor typu BN), nie starsze niż (rok produkcji) z 2011 r. i spełniające normę czystości spalin co najmniej EURO 5[...]”,
a także modyfikację stosownych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu przez zmianę wymogu spełniania przez autobusy normy emisji spalin z EURO 6 na EURO 5 oraz zmianę najstarszego dopuszczalnego roku produkcji autobusów z 2014 na 2011,
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego w Katowicach i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Międzygminna sp. z o.o. z siedzibą w Świerklańcu tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego – Komunikacyjnego Związku Komunalnego Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego w Katowicach na rzecz Odwołującego –

Przedsiębiorstwa Komunikacji Miejskiej Międzygminna sp. z o.o. z siedzibą w Świerklańcu kwotę 18.600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. 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 Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego w Katowicach (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Wykonywanie usług autobusowego transportu publicznego na liniach komunikacji miejskiej nr 608, 708” (numer sprawy: ZP/PO/23/PZ/26/15), zwane dalej: „Postępowaniem”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu (dalej: „Ogłoszenie”) zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 maja 2015 r. pod numerem 2015/S 099-180285. Tego samego dnia na stronie internetowej Zamawiającego została opublikowana specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”).

W dniu 2 czerwca 2015 r. treść Ogłoszenia oraz postanowienia SIWZ zostały zaskarżone odwołaniem wniesionym przez wykonawcę „Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Międzygminna sp. z o.o. z siedzibą w Świerklańcu (dalej: „Odwołujący”).

Zdaniem Odwołującego w toku Postępowania naruszono następujące przepisy:

1. art. 22 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem technicznym, tj. dysponowania pojazdami spełniającym określone normy spalin, w sposób nadmierny, niezwiązany z przedmiotem zamówienia i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także utrudniający uczciwą konkurencję – pkt 5.2 ppkt 3) SIWZ oraz pkt III.2.3) ppkt 1.3 Ogłoszenia,
2. art. 91 ust. 2 i 2a Pzp przez faktyczne ograniczenie kryteriów oceny ofert do kryterium ceny oraz niezastosowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert odnoszących się do przedmiotu zamówienia,
3. art. 353¹ K.c. w zw. z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp przez wprowadzenie postanowień §11 ust. 4 oraz ust. 5 lit. a), g), i) załącznika nr 4 do SIWZ (dalej: „Wzór Umowy”), które naruszają zasady współzycia społecznego i nie gwarantują równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji,
4. art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także inne przepisy wskazane lub wynikające z uzasadnienia niniejszego odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji Ogłoszenia oraz SIWZ polegającej na:

1. zmianie postanowienia pkt 5.1 ppkt 3) SIWZ oraz pkt III.2.3) ppkt 1.3 Ogłoszenia przez nadanie pierwszemu tiret następującego brzmienia: „[...]autobusy o długości do 12 m / pojemności co najmniej 91 miejsc (tabor typu BN), nie starsze niż (rok produkcji) z 2011 roku i spełniające normę czystości spalin co najmniej EURO 5.[...]”, a także modyfikację stosownych postanowień SIWZ oraz Ogłoszenia przez zmianę wymogu spełniania przez autobusy normy emisji spalin z EURO 6 na EURO 5 oraz zmianę najstarszego dopuszczalnego roku produkcji autobusów z 2014 na 2011,
 2. wprowadzeniu pozacenowych kryteriów oceny ofert o łącznej wadze 15%, dotyczących zastosowania w autobusach przedstawianych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu, rozwiązań dotyczących niepełnosprawnych w następującym zakresie:
 - 2.1. ilości miejsc bezpośrednio dostępnych z poziomu „niskiej podłogi” (waga kryterium 7%),
 - 2.2. wyposażenia w tzw. „przyklęk” autobusu stosowany na przystankach w celu ułatwienia wsiadania osobom z dysfunkcjami narządów ruchu i osobom starszym (waga kryterium 2%),
 - 2.3. wyposażenia autobusu w zewnętrzny głośnik informujący osoby niewidome i niedowidzące na przystankach (waga kryterium 2%),
 - 2.4. rozmieszczenia przycisków informujących kierowcę o zamiarze wsiadania do autobusu lub wysiadania z niego przez osoby niepełnosprawne, niedowidzące i starsze (waga kryterium 2%),
 - 2.5. trwałego oznakowania obrzeży wejść do autobusów i krawędzi wewnętrznych materiałami w kolorach istotnych do ich zauważania przez osoby niedowidzące (waga kryterium 2%),
- a także zmniejszenie wagi kryterium ceny do 80 %;
3. wykreślenie postanowień zawartych w § 11 ust. 4 oraz ust. 5 lit. a), g), i) Wzoru Umowy.

Odwołujący stwierdził, że ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają mu ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do zniesienia postawionych przez

Zamawiającego nadmiernie rygorystycznych i nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia ograniczeń kręgu potencjalnych wykonawców, w tym Odwołującego, którzy będą mogli złożyć ofertę z realną szansą na uzyskanie zamówienia. Odwołujący podał ponadto, że objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego polegającej na uniemożliwieniu mu złożenia oferty, ubiegania się o zamówienie i jego uzyskania. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczne z Pzp czynności Zamawiającego w sposób negatywny oddziałują na możliwości udziału Odwołującego w Postępowaniu.

I. Zarzut dotyczący nadmiernego, nieproporcjonalnego oraz naruszającego zasadę uczciwej konkurencji warunku udziału w Postępowaniu

Odwołujący wyjaśnił, że formułując warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający winien kierować się celem, jakim są usługi mają służyć, a opis sposobu oceny spełniania tych warunków nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Każde wymaganie powinno znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego związanych z realizacją przedmiotu zamówienia i do niego proporcjonalnych.

Zdaniem Odwołującego sformułowany przez Zamawiającego opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu, dotyczący dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, w zakresie w jakim Zamawiający wymaga aby wykonawca dysponował trzema autobusami nie starszymi niż z 2014 r. spełniającymi normę czystości spalin co najmniej EURO 6 obowiązującą od 2014 r. jest nadmierny i nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nadto nie znajduje on uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego. Co więcej, jest to postanowienie, które narusza zasady uczciwej konkurencji i uniemożliwia udział w Postępowaniu wykonawcom, którzy byliby w stanie zrealizować zamówienie.

Odwołujący wyjaśnił, że autobusy jakie wykonawcy mają przedstawić w wykazie na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu oraz przeznaczyć do realizacji przedmiotu zamówienia posiadają znaczną wartość. W związku z tym, zakupy autobusów potrzebnych dla realizacji nowych zleceń dokonywane są sukcesywnie, w miarę potrzeb. Dla wykonawców nieopłacalny jest bowiem zakup nowych autobusów, które następnie nie będą od razu przeznaczone do eksploatacji, lecz składowane na potrzeby przyszłych, potencjalnych zamówień. Tymczasem Zamawiający wymaga dysponowania najnowszymi autobusami, wyprodukowanymi w poprzednim roku, jakimi nie dysponuje większość wykonawców. Od momentu ich wprowadzenia na rynek upłynął bowiem krótki okres czasu

i autobusy tego typu nie były dotychczas wymagane przez zamawiających w postępowaniach o udzielanie zamówień publicznych.

W ocenie Odwołującego Zamawiający uniemożliwił zakup tego typu urządzeń na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia. Wymaga on dysponowania autobusami wyprodukowanymi w 2014 r. i spełniającymi normę emisji spalin EURO 6 już do upływu terminu składania ofert, a więc w nieco ponad miesiąc od momentu publikacji Ogłoszenia oraz SIWZ. Realizacja zamówienia ma się rozpocząć 1 sierpnia 2015 r., tj. w nieco ponad 2 miesiące od momentu publikacji Ogłoszenia. Zamówienie i cykl produkcji autobusu trwają z reguły co najmniej 5-6 miesięcy. Nie jest więc możliwe wyprodukowanie autobusu przeznaczonego do realizacji przedmiotu zamówienia od momentu publikacji Ogłoszenia, ani do upływu terminu składania ofert, ani do dnia rozpoczęcia realizacji zamówienia.

Odwołujący podkreślił ponadto, że wymagana przez Zamawiającego dla autobusów przedstawianych dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu norma emisji spalin EURO 6, w porównaniu do wcześniej obowiązującej normy EURO 5, posiada jedynie nieznacznie zmodyfikowany parametr dotyczący emisji tlenków azotu (NOx), którego dopuszczalna wartość emisji w porównaniu z normą EURO 5 została zmniejszona z poziomu 0,18 g/km do wysokości 0,08 g/km. Pozostałe parametry, tj. dopuszczalna emisja tlenku węgla (CO), węglowodorów (HC) oraz substancji stałych (PM) zarówno w przypadku normy EURO 5, jak i EURO 6 pozostają na tym samym poziomie. Wymóg posiadania normy EURO 6, zamiast normy EURO 5, nie wpływa więc w znaczący sposób na zmniejszenie zanieczyszczenia środowiska, a znacząco ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że także wymaganie, aby autobusy były wyprodukowane w 2014 r. nie zwiększy poziomu komfortu pasażerów, lecz prowadzi jedynie do zmniejszenia kręgu wykonawców, którzy mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia. Zamawiający skupił się w opisie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem technicznym w postaci posiadania autobusów na spełnianiu norm dotyczących emisji spalin oraz roku produkcji autobusów. Nie uwzględnił natomiast w opisie autobusów przedstawionych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu, wymagań dotyczących przystosowania autobusów do faktycznych oczekiwań pasażerów. Zamawiający nie zawarł wymogów dotyczących tak istotnych dla pasażerów kwestii jak:

1. ilości dostępnych siedzeń bezpośrednio z niskiej podłogi (w zależności od rodzaju autobusu mają ich one 5, 7 lub 14; dla pasażerów mających problemy ruchowe istotne jest aby nie musieli wspinać się na siedzenia zabudowane na podestach,

- nadkolach, galeryjkach itp., lecz by jak największa ilość siedzeń była dostępna z poziomu podłogi),
2. możliwości przechyłu autobusu (możliwość ta jest istotna dla poruszających się na wózkach oraz osób, mających problemy z poruszaniem się o własnych siłach),
 3. funkcjonalności rozmieszczenia przycisków dla pasażerów,
 4. właściwego oznakowania przycisków dla pasażerów, ich podświetlenia, wykonania z odpowiednich materiałów (świecących w ciemności),
 5. widocznego oznakowania poręczy, ostrych krawędzi, wejść itp. kolorami ostrzegawczymi,
 6. zastosowania materiałów antypoślizgowych na podłogach.

Rażąco wygórowane wymagania Zamawiającego w zakresie roku produkcji oraz normy emisji spalin autobusów przedstawionych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem technicznym prowadzą do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji poprzez uniemożliwienie ubiegania się o nie wykonawcom którzy są w stanie zrealizować przedmiot zamówienia, w tym Odwołującemu, posiadającemu doświadczenie w realizacji przedmiotowo i zakresowo podobnych usług w stosunku do przedmiotu zamówienia.

II. Zarzut dotyczący pozacenowego kryterium oceny ofert

Zdaniem Odwołującego Zamawiający określając kryteria oceny ofert obowiązujące w ramach Postępowania, wbrew dyspozycji art. 91 ust. 2a Pzp, jako jedyne kryterium oceny ofert *de facto* wprowadził kryterium cenowe, nie określając pozacenowych kryteriów oceny ofert, których ustanowienie, zgodnie z treścią przywołanego przepisu, jest jego obowiązkiem. Co prawda Zamawiający wprowadził, oprócz ceny, dodatkowe kryterium oceny ofert, tj. warunki płatności, jednakże waga tego kryterium (jedynie 5%) oraz sposób jego skonstruowania (przyznanie maksymalnej ilości punktów za rozliczenie należności w ciągu 10 dni od daty otrzymania faktury, w związku z czym jest wysoce prawdopodobne, że wszyscy wykonawcy zaoferują taki sposób rozliczenia umożliwiając uzyskanie maksymalnej ilości punktów) wskazuje, że faktycznie jedynym kryterium oceny ofert jest cena. W konsekwencji zasadne jest wprowadzenie do SIWZ dodatkowych kryteriów oceny ofert, które w sposób rzeczywisty spełniałyby rolę pozacenowych realizację kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wyjaśnił, że pozacenowymi kryteriami oceny ofert, zgodnie z treścią art. 91 ust. 2 Pzp, mogą być w szczególności: jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji. Ze względu na jego specyfikę zasadne jest postawienie kryteriów oceny

ofert w zakresie stopnia przystosowania pojazdów przeznaczonych dla realizacji zamówienia do obsługi osób niepełnosprawnych.

Odwołujący podał, że według informacji Biura Pełnomocnika Rządu ds. Osób Niepełnosprawnych ponad 12% społeczeństwa stanowią osoby niepełnosprawne. W skali centralnej aglomeracji Województwa Śląskiego, gdzie występują skutki wieloletniego oddziaływania przemysłu ciężkiego i górnictwa na stan zdrowia społeczeństwa jest to prawdopodobnie jeszcze większy odsetek, czyli ok. 0,5 mln ludzi. Województwo Śląskie przyjęło: „Program wyrównywania szans osób niepełnosprawnych oraz przeciwdziałania ich wykluczeniu społecznemu na lata 2011-2016”, gdzie jako jedno z zagrożeń dla procesów integracji społecznej i zawodowej osób niepełnosprawnych w regionie wymieniona została „Powszechność występowania barier architektonicznych i transportowych.” (s. 23), a jako jedno z zadań w ramach celu operacyjnego nr V: „Tworzenie warunków do zachowania samodzielności i niezależności osób niepełnosprawnych poprzez rozwój kompleksowego systemu rehabilitacji.” zostało określona: „poprawa dostępu osób niepełnosprawnych do publicznych środków transportu” (str. 35).

Zamawiający poza ogólnymi postanowieniami w pkt 5.1 ppkt 3) SIWZ nie wprowadził wymogów dotyczących przystosowania autobusów, przedstawianych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w Postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem technicznym, do korzystania z nich przez osoby niepełnosprawne. W związku z tym, w ocenie Odwołującego, konieczna jest modyfikacja kryteriów oceny ofert w sposób zapewniający premiowanie wykonawców, którzy zaoferują realizację przedmiotu zamówienia za pomocą autobusów, które będą w jak największym stopniu sprzyjały transportowi osób niepełnosprawnych, tj. przez wprowadzenie następujących kryteriów oceny ofert:

1. ilość miejsc bezpośrednio dostępnych z poziomu „niskiej podłogi” (waga kryterium 7%),
2. wyposażenie w tzw. „przyklęk” autobusu stosowany na przystankach w celu ułatwienia wsiadania osobom z dysfunkcjami narządów ruchu i osobom starszym (waga kryterium 2%),
3. wyposażenia autobusu w zewnętrzny głośnik informujący osoby niewidome i niedowidzące na przystankach (waga kryterium 2%),
4. rozmieszczenie przycisków informujących kierowcę o zamiarze wsiadania do autobusu lub wysiadania z niego przez osoby niepełnosprawne, niedowidzące i starsze (waga kryterium 2%),
5. trwałe oznakowanie obrzeży wejść do autobusów i krawędzi wewnętrznych materiałami w kolorach istotnych do ich zauważania przez osoby niedowidzące (waga kryterium 2%).

W związku z tym konieczne jest również zmniejszenie wagi kryterium ceny do 80 %.

III. Zarzuty dotyczące Wzoru Umowy

Zgodnie z art. 139 ust. 1 Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy K.c., jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne należy zatem rozpatrywać, o ile przepisy Pzp nie stanowią inaczej, w świetle art. 353¹ K.c., zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego, czyli m.in. nie może być sprzeczny z dyspozycją art. 5 K.c. Treść postanowień umownych jest również istotna ze względu na interes wykonawcy związany z uzyskaniem i prawidłową realizacją zamówienia. Dlatego w orzecznictwie przyznaje się wykonawcy prawo do wnoszenia odwołania również na niezgodne z przepisami prawa postanowienia umowy.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający w załączonych do SIWZ istotnych dla stron postanowieniach umowy zawarł szereg postanowień, które naruszają przepis art. 353¹ K.c. w zw. z art. 7 w zw. z art. 14 w zw. z art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp, a dotyczą prawa Zamawiającego do „rozwiązania umowy”. Zamawiający wprowadził kilka przesłanek rozwiązania umowy z winy wykonawcy. Znajdują się wśród nich:

1. „Każda ze Stron może rozwiązać umowę w trybie natychmiastowym, w przypadku rażącego naruszenia postanowień umowy.” (§ 11 ust. 4 Wzoru Umowy),
2. „Do szczególnych przypadków, w których Zamawiający zastrzega sobie prawo do natychmiastowego rozwiązania umowy należą:
 - rażące naruszenie przez Wykonawcę przepisów ustawy – Prawo o ruchu drogowym, a w szczególności spowodowanie zagrożenia bezpieczeństwa ruchu drogowego oraz życia lub zdrowia przewożonych pasażerów,
 - inne niż zapisane w niniejszej umowie, a które wystąpiły z winy Wykonawcy,
 - rażącego naruszenia warunków umowy użyczenia przez Wykonawcę lub któregośkolwiek z wykonawców wspólnie realizujących zamówienie.” (§ 11 ust. 5 lit. a), g) i) załącznika nr 4 do SIWZ Wzór umowy)

Powyższe postanowienia stawiają Zamawiającego w nadmiernie uprzywilejowanej sytuacji. Umożliwiają mu bowiem rozwiązanie umowy w sytuacjach, które nie zostały w sposób precyzyjnie określony we wzorze umowy. Kwestionowane postanowienia pozostawiają po stronie Zamawiającego dużą uznaniowość dzięki, której to od jego woli będzie zależało jakie naruszenie umowy uzna za „rażące” i kiedy odstąpi od umowy. Będzie się to również wiązało z naliczeniem kary umownej w wysokości 20% planowanej miesięcznej należności

obciążającej wykonawcę. Pociągnie więc za sobą negatywne skutki finansowe dla wykonawcy w postaci konieczności poniesienia kary umownej, jak również utraty zamówienia.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie uwzględnił zarzut związany z postanowieniem § 11 ust. 5 lit. g Wzoru Umowy i zobowiązał się do jego usunięcia, zaś w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. w powołaniu na następującą argumentację.

Odnosząc się do zarzutu związanego z warunkiem udziału w Postępowaniu w postaci potencjału technicznego stwierdził, że jako jego gospodarz uprawniony jest do kształtowania postanowień SIWZ w sposób uwzględniający jego potrzeby, co oznacza, że zamówienie nie musi być w równym stopniu dostępne każdemu wykonawcy na rynku.

Zamawiający podkreślił, że w przypadku usług w zakresie publicznego transportu drogowego, polegających na wykonywaniu transportu publicznego na liniach komunikacji miejskiej, powszechnym jest stosowanie warunków udziału w postępowaniu, które precyzyjnie określają autobusy, jakimi wykonawcy mają dysponować. Stwierdził, że zasadą jest, że im dłuższy termin wykonania zamówienia, tym „młodszym” taborem wykonawca powinien dysponować. Dodał, że przedmiotowe zamówienie będzie realizowane przez okres 96 miesięcy (8 lat), a rozpoczęcie realizacji usługi nastąpi 1 sierpnia 2015 r., w związku z czym zasygnalizował, że jako profesjonalista i organizator komunikacji zbiorowej na ok. 300 liniach autobusowych w ok. 30 gminach aglomeracji katowickiej wie, że średni czas amortyzacji autobusu (w zależności od jego dziennego przebiegu) wynosi od 5 do 7 lat. W konsekwencji, dzięki wymaganiu dysponowania autobusami wyprodukowanymi nie wcześniej niż w 2014 r., przy tak określonym terminie wykonania zamówienia oraz przy takiej ilości tzw. wozokilometrów (przewidywana całkowita praca eksploatacyjna w okresie realizacji zamówienia wynosi 1.985.000 wzkm), zdaniem Zamawiającego, osiągnię on najbardziej oczekiwany efekt ekonomiczny. Potwierdzeniem powyższego mogą być, zdaniem Zamawiającego, informacje publikowane przez Izbę Gospodarczą Komunikacji Miejskiej w Warszawie, z których wynika, że organizacja przewozów osób przez podmioty wykonujące usługi przewozu dla Zamawiającego kształtują się pod względem ceny zapłaconej przewoźnikowi za 1 wozokilometr na poziomie jednym z najniższych w skali kraju.

Zamawiający stwierdził, że argumentacja Odwołującego być może miałaby sens, gdyby przedmiotowe zamówienie było realizowane przez okres 1 roku (maksymalnie 5 lat). Tymczasem dopuszczenie do realizacji usługi stanowiącej przedmiot zamówienia autobusów wyprodukowanych w 2011 r., jak chce tego Odwołujący, spowodowałoby że po pięciu latach realizacji zamówienia, usługa wykonywana byłaby taborem 9 letnim. Oznacza to, że w ostatnim roku (2023 r.) realizacji zamówienia, zgodnie z żądaniem Odwołującego,

usługa byłaby świadczona autobusami 12 letnimi. Z uwagi więc na okres obowiązywania umowy (8 lat) całkowicie uzasadnione w ocenie Zamawiającego jest wymaganie, aby wykonawca dysponował pojazdami wyprodukowanymi w 2014 r.

Zamawiający podał, że zarzut Odwołującego jest tym bardziej niezrozumiały, że w lutym 2015 r. Odwołujący złożył ofertę w prowadzonym przez niego przetargu nieograniczonym na obsługę linii 140, 607, 634, 637. Do oferty Odwołujący dołączył dokument, z którego wynika, że mógł dysponować (na podstawie zobowiązania innych podmiotów) 9 autobusami fabrycznie nowymi, tj. wyprodukowanymi w 2015 r. (dokument ten Zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie). Stwierdził, że Odwołujący niewątpliwie jest w stanie zapewnić sobie dysponowanie taborem w odpowiednim wieku. Wobec tego twierdzenie, iż warunek udziału jest „rażąco wygórowany” nie znajduje uzasadnienia. Należy także podkreślić, iż wykonawca nie jest zobowiązany nabyć (na podstawie umowy sprzedaży) pojazdów, którymi będzie realizował usługę, gdyż możliwe jest wejście w posiadanie autobusów np. na podstawie umowy leasingu, czy użyczenia. Wykonawca może także, zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp, polegać na potencjale technicznym podmiotów trzecich, przedstawiając w tym celu zobowiązanie do ich udostępnienia (pkt 6.5. SIWZ). Odwołujący ma więc wiele możliwości, aby spełnić warunek udziału w postępowaniu postawiony przez Zamawiającego

Odnosnie wymagania dysponowania autobusami spełniającymi normę spalania spalin Euro 6 Zamawiający zauważył, że jest ono jedynie konsekwencją tego, iż wymagane jest dysponowanie autobusami nie starszymi niż z 2014 r. Zgodnie z art. 10 rozporządzenia (WE) nr 715/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 czerwca 2007 r. w sprawie homologacji typu pojazdów silnikowych w odniesieniu do emisji zanieczyszczeń pochodzących z lekkich pojazdów pasażerskich i użytkowych (Euro 5 i Euro 6) oraz w sprawie dostępu do informacji dotyczących naprawy i utrzymania pojazdów (Dz. U. UE L Nr 171, str. 1), od 2014 r. przy homologacji pojazdów obowiązuje norma Euro 6. Podkreślił przy tym, że normy Euro 5 i Euro 6 znacząco się różnią (i to nie tylko w zakresie parametrów emisji tlenków azotu). Przede wszystkim w normie Euro 6 ograniczono emisję tlenków azotu o 80 % w stosunku do normy Euro 5 i oraz odpowiednio ograniczono emisję cząstek stałych o 66 %.

W zakresie zarzutu dotyczącego pozacenowego kryterium oceny ofert Odwołujący podał, że jak wynika z pkt 13.1. SIWZ, złożone oferty będą oceniane na podstawie dwóch kryteriów: ceny o wadze 95% oraz warunków płatności o wadze 5%. Powołał się na wynikającą z orzecznictwa SN i Izby oraz z motywu 93 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych dopuszczalność posłużenia się takim kryterium i stwierdził, że jego waga mieści się w dopuszczalnych granicach, nie nadając mu decydującego znaczenia. Zaznaczył, że przypuszczenie

Odwołującego, iż wszyscy wykonawcy zadeklarują termin umożliwiający uzyskanie maksymalnej ilości punktów nie może stanowić argumentu, iż kryterium to ma charakter pozorny.

Niezależnie od powyższego Zamawiający stwierdził, że kryteria pozacenowe, które zaproponował Odwołujący są, w jego ocenie, nieprawidłowe, gdyż udogodnienia dla pasażerów niepełnosprawnych zostały uwzględnione przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, bądź w warunkach udziału w Postępowaniu i mają charakter obowiązkowy.

Zamawiający podał, że zgodnie z pkt 5.1. pkt 3 SIWZ wykonawca powinien dysponować autobusami wyposażonymi w pochylnię (rampę najazdową) lub podnośnik na wózki dla osób niepełnosprawnych spełniające wymagania Załącznika VII Dyrektywy UE nr 2001/85/WE. Wymóg ten został powtórzony w § 7 ust. 1.3. lit. h Wzoru Umowy. Tego typu środki umożliwiają osobom z dysfunkcjami narządów ruchu, osobom starszym, poruszającym się na wózkach, komfortowe wejście do pojazdu, i stanowią alternatywę do autobusów wyposażonych w tzw. „przyklęk”.

Ponadto zgodnie z pkt 5.1. pkt 3 SIWZ, wykonawca powinien dysponować autobusami wyposażonymi w urządzenia do dynamicznej informacji pasażerskiej tj. m.in. co najmniej jeden głośnik zamontowany na zewnątrz pojazdu. Wymóg ten został powtórzony w § 7 ust. 1.3. lit. f tiret drugie Wzoru Umowy. W ten sposób osoby niewidome i niedowidzące będą informowane o przyjazdach i odjazdach pojazdu.

Dalej, zgodnie z § 7 ust. 1.3. lit. e Wzoru Umowy wykonawca powinien wyposażyc autobusy w urządzenia zapewniające pasażerom możliwość sygnalizowania zamiaru wyjścia z autobusu umieszczone w miejscu zapewniającym łatwy dostęp dla wszystkich pasażerów, a tym samym także osoby niepełnosprawne, niedowidzące, starsze będą miały możliwość sygnalizowania zamiaru wysiadania z autobusu.

Zamawiający zadbał także i o to, aby wejścia do autobusów i ich wnętrza były oznakowane w sposób ułatwiający ich zauważenie przez osoby niedowidzące. Z § 7 ust. 1.3. lit. g i j Wzoru Umowy wynika, iż autobus należy wyposażyc w oświetlenie wnętrza autobusu zapewniające oświetlenie całej przestrzeni pasażerskiej, wszystkich stopni, dostępu do każdego wyjścia, wewnętrznego oznakowania, wszystkich miejsc, w których znajdują się jakiegokolwiek przeszkody dla pasażerów oraz możliwość odczytu kodu kasującego, cennika opłat, a także wszelkich informacji umieszczonych wewnątrz autobusu. Poręcze i uchwyty powinny być dostępne i zapewniające bezpieczeństwo jazdy wszystkim pasażerom korzystającym z miejsc stojących i niepełnosprawnym. Ponadto, zgodnie z § 7 ust. 1.5. lit. a Wzoru Umowy wykonawca zobowiązany jest do utrzymywania czystości na zewnątrz

i wewnątrz autobusów, a w szczególności wszystkie elementy metalowe wewnątrz autobusu powinny być trwale pokryte lakierem lub inną przeznaczoną do tego celu substancją. Wszelkie elementy konstrukcyjne wnętrza autobusu powinny być zamocowane w sposób trwały i bezpieczny, nie narażający pasażerów na jakąkolwiek szkodę. Wszelkie poważniejsze zabrudzenia, zardzewiałe lub odstające elementy konstrukcyjne i inne usterki powinny być niezwłocznie usuwane.

Odnosnie zaś postulatu Odwołującego, aby jednym z kryteriów oceny ofert była ilość miejsc bezpośrednio dostępnych z poziomu „niskiej podłogi”, to w ocenie Zamawiającego tego typu parametr nie ma istotnego znaczenia dla pasażerów, gdyż zawsze kilka miejsc jest dostępnych w ten sposób i mogą z nich korzystać osoby o ograniczonej sprawności ruchowej. Natomiast im więcej jest miejsc tego typu, to zazwyczaj mniej jest przestrzeni na wózki inwalidzkie czy dziecięce. Zdaniem Zamawiającego, ilość tej przestrzeni ma większe znaczenia dla pasażerów korzystających z tego typu wózków (swobodne manewrowanie wózkiem) niż ilość miejsc dostępnych z poziomu „niskiej podłogi”.

W nawiązaniu do zarzutów dotyczących Wzoru Umowy Zamawiający stwierdził, że nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, iż § 11 ust. 4 narusza równość stron umowy. Zgodnie z tym postanowieniem, każda ze stron może rozwiązać umowę w trybie natychmiastowym w przypadku rażącego naruszenia umowy. Zarówno więc Zamawiający, jak i wykonawca mają prawo natychmiastowego rozwiązania umowy w przypadku rażącego jej naruszenia. Natomiast § 11 ust. 5 Wzoru Umowy 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 (np. § 11 ust. 5 lit. a – naruszają życie lub zdrowie pasażerów, zakłócają funkcjonowanie komunikacji miejskiej, § 11 ust. 5 lit. i – rażące naruszenie warunków umowy użyczenia urządzeń elektronicznych przez wykonawcę). Katalog ten stanowi więc konkretyzację przypadków, w których prawo natychmiastowego rozwiązania umowy przysługuje Zamawiającemu.

Zamawiający podkreślił, że zasada swobody umów na gruncie prawa zamówień publicznych doznaje pewnych ograniczeń. Swoboda kontraktowania sprowadza się na gruncie zamówień publicznych do swobody wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia na warunkach określonych przez zamawiającego, zaś równość stron stosunku zobowiązaniowego nie polega na równym rozkładzie praw i obowiązków, ale na wzajemnej ekwiwalentności świadczeń. Jeśli zatem zamawiający zamierza obarczyć ryzykiem wyłącznie wykonawcę, to wykonawca ma prawo nie zgodzić się na to i nie złożyć oferty w postępowaniu, zaś jeśli zdecyduje się na udział w nim, to ma prawo zapewnić sobie ekwiwalentność świadczenia zamawiającego przez żądanie wynagrodzenia z tytułu nałożonego na niego

ryzyka. Zasada równości stron w stosunkach cywilnoprawnych doznaje w przypadku zamówień publicznych ograniczenia wynikającego ze sformalizowanego sposobu udzielania zamówień publicznych. Z założenia zamawiający stoi na mocniejszej pozycji, gdyż dokonuje on samodzielnie określenia warunków realizacji zamówienia, kierując się przy tym zasadą celowego i racjonalnego wydatkowania środków publicznych. Sformalizowana procedura udzielania zamówień publicznych wymusza nierówną pozycję stron, gdzie zamawiający jako gospodarz postępowania posiada dużą swobodę kształtowania przyszłego stosunku zobowiązaniowego.

Zamawiający zauważył, że zarówno § 11 ust. 4, jak i ust. 5 Wzoru Umowy był już przedmiotem oceny Izby w sprawach o sygn. akt KIO/UZP 1220/09 oraz KIO/UZP 1221/09. Nie nakazano wówczas Zamawiającemu wykreślenia postanowień o brzmieniu jak §11 ust. 4, jak i ust. 5 lit. a i g Wzoru Umowy; a jedynie zobowiązano go do zmniejszenia wysokości kary umownej z 50 % do 20 % planowanej miesięcznej należności.

Ze wskazanych powyżej przyczyn zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp również został uznany przez Zamawiającego za chybiony.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił wykonawca PKS Południe sp. z o.o. z siedzibą w Świerklańcu (dalej: „Wykonawca PKS”) wnosząc o oddalenie odwołania.

Na rozprawie strony podtrzymały argumentację zaprezentowaną powyżej.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. wyciągu z uchwały nr CXIX/12/2013 Zgromadzenia Komunikacyjnego Związku Komunalnego GOP w Katowicach z dnia 25 kwietnia 2013 r. w sprawie przyjęcia zrównoważonego planu rozwoju publicznego transportu zbiorowego Komunikacyjnego Związku Komunalnego GOP w Katowicach (dowód nr 1), na okoliczność minimalnych, dopuszczalnych wymagań względem taboru autobusowego obowiązujących u Zamawiającego,
2. pisma Odwołującego z dnia 12 stycznia 2015 r. (dowód nr 2), na okoliczność sygnalizowania Zamawiającemu zasadności obniżenia wymagań dotyczących taboru w planowanych postępowaniach o udzielanie zamówień publicznych,
3. wystąpienia pokontrolnego Najwyższej Izby Kontroli – Delegatura w Katowicach, znak sprawy LKA – 4114-003-01/2014/I/14/010 pn.: „Wybrane zagadnienia funkcjonowania Komunikacyjnego Związku Komunalnego Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego w Katowicach” (dowód nr 3),

- na okoliczność stwierdzonych u Zamawiającego nieprawidłowości w udzielaniu zamówień publicznych obejmujących usługi transportu publicznego i ich rodzaju,
4. dokumentu pn.: „Analiza wymagań taborowych w przetargach organizowanych przez KZK GOP” (dowód nr 4),
na okoliczność treści formułowanych przez Zamawiającego warunków w zakresie potencjału technicznego w postępowaniach na świadczenie usług transportu publicznego w latach 2013-2015,
 5. dokumentu pn.: „Porównanie wielkości emisji szkodliwych substancji (CO, HC, NOx, PM) przez silniki spełniające poszczególne normy emisji spalin” (dowód nr 5),
na okoliczność różnic pomiędzy wymaganiami norm czystości spalin Euro 5 i Euro 6,
 6. dokumentu pn.: „Wojewódzki program wyrównywania szans osób niepełnosprawnych oraz przeciwdziałania ich wykluczeniu społecznemu na lata 2011-2016” (dowód nr 6),
na okoliczność zasadności sformułowania pozacenowego kryterium oceny ofert odnoszącego się do potrzeb osób niepełnosprawnych

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. oświadczenia prezesa zarządu ABP Bus & Coach sp. z o.o. sp. k. z dnia 15 czerwca 2015 r. (dowód nr 7),
2. oświadczenia dyrektora wykonawczego SOR Poland sp. z o.o. z dnia 11 czerwca 2015 r. (dowód nr 8),
3. oświadczenia prezesa zarządu MAZ AUTO POLAND sp. z o.o. z dnia 14 maja 2015 r. (dowód nr 9),
na okoliczność możliwości dostawy autobusów spełniających wymagania SIWZ przed terminem rozpoczęcia świadczenia usług stanowiących przedmiot zamówienia,
4. SIWZ z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę *loco* PKM sp. z o.o. w Świerkłańcu 43 fabrycznie nowych autobusów miejskich niskopodłogowych jednej marki przeprowadzonego przez odwołującego w 2010 r. (dowód nr 10),
na okoliczność dążenia Odwołującego do dopasowania postanowień SIWZ do posiadanego taboru autobusowego.
5. zrzutu ekranu jednego ze slajdów z prezentacji pn.: „Nowoczesne autobusy. Obniżanie wielkości zanieczyszczeń i hałasu na przestrzeni lat”, przygotowanej przez pracowników naukowych Politechniki Śląskiej (dowód nr 11),
na okoliczność treści normy Euro 5.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska ww. zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba postanowiła nie dopuścić Wykonawcy PKS do postępowania odwoławczego w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego. Stwierdziła, że ww. nie tyle wskazał swój interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, ile argumentował dlaczego i w jaki sposób uwzględnienie odwołania naruszy interes organizatora Postępowania. Przepis art. 185 ust. 2 Pzp wymaga, dla uznania skuteczności zgłoszonego przystąpienia, po pierwsze – wskazania strony postępowania odwoławczego, do której przystąpienie jest zgłoszone, po drugie zaś – wskazania interesu w rozstrzygnięciu postępowania odwoławczego na korzyść strony, do której przystąpienie zostało zgłoszone. Realizacja drugiej z wymienionych przesłanek wymaga odwołania się do korzyści, jaką z oczekiwanego rozstrzygnięcia odwołania osiągnie podmiot, który przystępuje do strony postępowania odwoławczego. Została ona wyartykułowana przez pełnomocnika Wykonawcy PKS dopiero na posiedzeniu niejawnym, podczas którego oświadczył, że oddalenie odwołania umożliwi mu udział w Postępowaniu z mniejszą liczbą konkurentów. Argument ów nie znalazł się jednak w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, wobec czego nie mógł zostać wzięty pod uwagę przy rozstrzygnięciu o skuteczności przystąpienia.

1. Zarzut dotyczący nadmiernego, nieproporcjonalnego oraz naruszającego zasadę uczciwej konkurencji warunku udziału w Postępowaniu

Zgodnie z postanowieniem pkt 5.1 ppkt 3) SIWZ oraz pkt III.2.3) ppkt 1.3 Ogłoszenia wykonawcy – w celu potwierdzenia, że dysponują odpowiednim potencjałem technicznym – mieli wykazać okoliczność dysponowania trzema autobusami niskopodłogowymi wyprodukowanymi nie później niż w 2014 r. i spełniającymi wymagania normy czystości spalin Euro 6.

Zarzut potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym. Zdaniem Izby Zamawiający nie przedstawił żadnych powodów uzasadniających rygorystyczne sformułowanie zakwestionowanego warunku udziału w Postępowaniu.

Izba nie uwzględniła argumentacji Zamawiającego odwołującej się do posiadanego doświadczenia, na podstawie którego określił on średni czas amortyzacji taboru, bowiem nie zostały one poparte żadnymi dowodami.

Z kolei powoływanie się na okoliczność, że uwzględnienie żądania Odwołującego, mając na względzie planowany czas trwania umowy, spowodowałoby, że pod koniec jej realizacji wykonawca będzie posługiwał się 12-letnim taborem, skoro z treści dowodu nr 1 wynika, że maksymalny dopuszczalny wiek taboru wynosi 15 lat.

Izba uwzględniła argumentację Odwołującego i uznała za wiarygodne przedstawione przez niego zestawienie (dowód nr 4) stwierdzając, że – wbrew zapatrywaniom Zamawiającego – brak jest w działaniach Zamawiającego jakiegokolwiek prawidłowości w ustalaniu treści warunku dotyczącego potencjału technicznego. W dwóch przetargach z 2015 r. obejmujących świadczenie usług przewozowych przez okres 96 miesięcy (poz. 62 i 71 zestawienia) Zamawiający wymagał wykazania dysponowania autobusami starszymi niż z 2014 r. (odpowiednio – z 2008 r. i 2007 r.) i spełniającymi wymogi obowiązującej wówczas normy czystości spalin (Euro 4).

Skład orzekający stwierdził ponadto, że przedstawione przez Zamawiającego dowody w postaci oświadczeń producentów/dystrybutorów pojazdów stwierdzające, że istnieje możliwość wyprodukowania pojazdów spełniających wymogi SIWZ przed terminem rozpoczęcia świadczenia usług będących przedmiotem zamówienia (dowody nr 7-9) dowodzą jedynie tego, że jeden z uczestników rynku, będący konkurentem Odwołującego, ma taką możliwość. Przede wszystkim jednak nie stanowią one dowodu na okoliczność, że zakwestionowane wymagania Zamawiającego znajdują oparcie w jego uzasadnionych potrzebach. Podobnie Izba oceniła załączony do odpowiedzi na odwołanie wykaz taboru – należy mieć bowiem na względzie, że postanowienia SIWZ podlegają przede wszystkim badaniu pod kątem istnienia po stronie Zamawiającego określonych potrzeb determinujących zakwestionowane postanowienia SIWZ, a nie możliwości wykonawców zaadaptowania się do nich.

Izba uznała, że spór o wymaganie w zakresie normy czystości spalin ma charakter wtórny w stosunku do wymogu związanego z rokiem produkcji taboru. Skoro bowiem, co nie zostało zaprzeczone, rok produkcji determinuje określoną normę, to odwoływanie się do niej – jak na to wskazywał Zamawiający – jest konsekwencją przyjętego wymagania w zakresie wieku taboru. W takiej sytuacji – wbrew zapatrywaniom Odwołującego – Zamawiający nie musiał odwoływać się do odrębnych, właściwych jedynie temu wymaganiu przyczyn jego wprowadzenia. Uznając jednak, że Zamawiający nie udowodnił, jakoby wymóg podstawowy (wiek pojazdów) był obiektywnie uzasadniony konieczną stała się również zmiana tego wymagania. W tych okolicznościach skład orzekający uznał ponadto, że dowody odwołujące się do dopuszczalnych poziomów emisji substancji szkodliwych przyjętych dla norm Euro 5 i Euro 6 (dowód nr 5 i 11) były nieprzydatne do rozstrzygnięcia o zarzucie odwołania.

Pozostałe dowody przedstawione przez Odwołującego na potwierdzenie omawianego zarzutu Izba również uznała za nieprzydatne.

Nie miała znaczenia okoliczność występowania u Zamawiającego nieprawidłowości w udzielaniu zamówień publicznych na usługi transportu publicznego, stwierdzonych w toku kontroli innych postępowań przetargowych, na potwierdzenie której Odwołujący przedstawił dowód nr 3. Z jego treści nie wynika, jakoby stwierdzone uchybienia pokrywały się z zarzutami odwołania.

Z kolei dowód nr 2 potwierdzać może jedynie przyczyny braku możliwości spełniania przez Odwołującego przewidywanych wymagań Zamawiającego w planowanych postępowaniach na usługi transportu publicznego, tym niemniej nie stanowił wykazania okoliczności braku zasadności postawienia przez Zamawiającego zakwestionowanych odwołaniem wymogów.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 1 sentencji orzeczenia.

II. Zarzut dotyczący pozacenowego kryterium oceny ofert

Zgodnie z postanowieniem pkt 13.1 SIWZ Zamawiający ustalił dwa kryteria oceny ofert – cenę i warunki płatności, nadając im odpowiednio wagę 95% i 5%.

W świetle pkt 13.3 SIWZ punkty w kryterium warunków płatności przyznawane miały być na podstawie zaproponowanych w ofercie terminów zapłaty, o których mowa w § 3 ust. 12 Wzoru Umowy, zgodnie z poniższym kluczem:

1. rozliczenie całości należności za miesiąc w ciągu 10 dni od daty otrzymania faktury – 5 punktów,
2. rozliczenie całości należności za miesiąc w ciągu 5 dni od daty otrzymania faktury – 0 punktów.

Zamawiający przewidział również, że jeżeli Wykonawca nie zaoferuje terminu na rozliczenie całości należności lub zaproponuje termin inny niż 10 lub 5 dni, to jego oferta zostanie odrzucona.

Zarzut nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Izba stwierdziła, że zarzut oparty został na założeniu, że ze względu na wagę tego kryterium i sposób jego skonstruowania wysoce prawdopodobne jest wskazanie przez wszystkich wykonawców terminu, który spowoduje przyznanie ich ofertom maksymalnej liczby punktów w tym kryterium. Sformułowane przypuszczenie nie mogło jednak stanowić podstawy uwzględnienia przedmiotowego zarzutu. Trzeba mieć bowiem na względzie, że z tych samych powodów (waga i konstrukcja kryterium) możliwa jest także sytuacja, w której wykonawca – chcąc otrzymać część płatności za wykonaną usługę w terminie krótszym niż termin

maksymalny – zrezygnuje z możliwych do zdobycia punktów w tym kryterium, wyrównując tą stratę odpowiednim obniżeniem ceny.

Argumentacja Odwołującego, że tylko w pierwszym miesiącu realizacji usługi termin wskazany w ofercie będzie miał znaczenie, ponieważ w kolejnych miesiącach rozliczenia będą dokonywane w ściśle określonych przez Zamawiającego terminach nie została uwzględniona, jako że była spóźniona. Obowiązkiem Odwołującego było przytoczenie wszystkich okoliczności faktycznych już w odwołaniu, te bowiem składają się na treść zarzutu. Odwoływanie się do niewskazanych w treści wniesionego środka ochrony prawnej okoliczności faktycznych jest nieuprawnionym uzupełnianiem zarzutu w toku postępowania odwoławczego.

Nie bez znaczenia jest również okoliczność, że uwzględnienie postulatów Odwołującego mogłoby, co do zasady, wywołać skutek identyczny, co opisany w odwołaniu, tj. uzyskanie przez oferty wykonawców takiej samej liczby punktów (uwaga ta nie dotyczy wyłącznie jednego ze sformułowanych podkryteriów, które zostanie omówione w dalszej części uzasadnienia). Zamawiający trafnie wskazywał, że udogodnienia, z których Odwołujący chciał uczynić podkryteria w kryterium pozacenowym zostały ujęte bądź to w warunku udziału w Postępowaniu, bądź to we wzorze umowy lub w każdej z tych części SIWZ (pochylnia/rampa stanowiąca alternatywę dla przykłąku, co najmniej jeden głośnik umieszczony na zewnątrz pojazdu, przyciski sygnalizujące zamiar opuszczenia pojazdu umieszczone w miejscach łatwo dostępnych dla wszystkich pasażerów, oświetlenie elementów wyposażenia wnętrza pojazdów stanowiące, w ocenie Izby, alternatywę dla trwałego oznakowania w kolorach istotnych dla ich zauważenia przez osoby niedowidzące). Skoro zatem wspomniane właściwości stanowią warunki *sine qua non* należytej realizacji umowy, a nawet udziału w Postępowaniu, to nie ma konieczności przyznawania ofertom wykonawców punktów w toku ich oceny. Izba zwróciła uwagę, że Odwołujący nie odniósł się w toku rozprawy do okoliczności sygnalizowanych przez Zamawiającego, nie przedstawił też argumentów przemawiających za uwzględnieniem sformułowanych żądań, pomimo uwzględnienia jego postulatów w innych częściach SIWZ.

Jeżeli zamiarem Odwołującego było wyłącznie zasygnalizowanie uchybienia i niejako przerzucenie na Izbę ciężaru poszukiwania odpowiedniego pozacenowego kryterium oceny ofert o wadze i konstrukcji, która wykluczałaby jego pozorność, to trzeba mieć na uwadze, że w przypadku odwołania dotyczącego postanowień SIWZ ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem formułowanych żądań co do ich nowej treści. To odwołujący – formułując swoje żądania – wskazuje jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom i jednocześnie powoduje, że nowa treść wprowadzona do SIWZ zapewni zgodność treści jej postanowień z przepisami Pzp.

W pewnych przypadkach Izba, uwzględniając zarzuty odwołania, których zakresem jest związana (art. 192 ust. 7 Pzp) i jednocześnie nie będąc związana żądaniem odwołania, może orzec inaczej niż wnoszący odwołujący. Tego typu sytuacje występują jednakże co do zasady na etapie oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty, tym niemniej kształt zapadających rozstrzygnięć, przeważnie wprost wynika z przepisów obowiązującego prawa (które nakazują np. wezwanie do uzupełnienia, poprawienia, odrzucenia oferty, wykluczenie wykonawcy, etc.). Natomiast w przypadku brzmienia postanowień SIWZ dalsza kreacja ich treści, poza żądaniem wskazanym w odwołaniu, winna doznawać ograniczeń, gdyż inaczej prowadziłoby to do sytuacji, że odwołanie byłoby tylko wspomnianym sygnalizowaniem zarzutów i żądań, które następnie byłyby dopracowywane, konkretyzowane lub wręcz kreowane na dalszym etapie postępowania odwoławczego.

Co zaś dotyczy podkryterium związanego z liczbą miejsc dostępnych z poziomu niskiej podłogi Izba uwzględniła argumentację Zamawiającego, zgodnie z którą większe znaczenie ma dla niego ilość miejsc dostępnych dla wózków inwalidzkim, czy dla dzieci. Skład orzekający uznał ponadto, że wprowadzenie tego podkryterium stanowiło wyraz dążenia Odwołującego do dostosowania oczekiwań Zamawiającego do posiadanego przez niego taboru, na którą to okoliczność Zamawiający przedstawił dowód nr 10.

Przedstawiony przez Odwołującego dowód nr 6 Izba uznała za irrelevantny z uwagi na fakt, że potrzeby osób niepełnosprawnych zostały – jak wspomniano – uwzględnione w postanowieniach SIWZ.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w pkt 2 sentencji orzeczenia.

III. Zarzuty dotyczące Wzoru Umowy

W § 11 ust. 4 Wzoru Umowy przewidziano, że każda ze stron może rozwiązać umowę w trybie natychmiastowym, w przypadku rażącego naruszenia postanowień umowy. Z kolei w świetle § 11 ust. 5 lit. a oraz i Wzoru Umowy do szczególnych przypadków, w których Zamawiający zastrzega sobie prawo do natychmiastowego rozwiązania umowy należą: rażące naruszenie przez Wykonawcę przepisów ustawy – Prawo o ruchu drogowym, a w szczególności spowodowanie zagrożenia bezpieczeństwa ruchu drogowego oraz życia lub zdrowia przewożonych pasażerów oraz rażące naruszenia warunków umowy użyczenia przez Wykonawcę lub któregośkolwiek z wykonawców wspólnie realizujących zamówienie

Zarzuty odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

Można wprawdzie zgodzić się z Odwołującym, że w określonych przypadkach Izba jest uprawniona do ingerencji w treść projektu umowy, tym niemniej pamiętać należy, że wspomniana ingerencja oparta musi być na określonym wzorcu kontroli. Odwołujący wskazał

na naruszenie szeregu przepisów, z których żaden nie mógł stanowić, w ocenie Izby, adekwatnego wzorca kontroli w tej sprawie.

Jakkolwiek przepis art. 353¹ K.c. może stanowić, zdaniem składu orzekającego, niesamodzielny wzorzec kontroli, tym niemniej powołanie się na niego wymaga dodatkowego wskazania bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa lub właściwości stosunku prawnego, czy zasad współżycia społecznego, które narusza przyjęty przez zamawiającego wzorzec umowy. Dodatkowo należy w tym miejscu zauważyć, że z przepisu art. 353¹ K.c. wynika również przyzwolenie na wprowadzenie nierówności stron stosunku obligacyjnego. Jest on zatem jednocześnie przeszkodą przy uwzględnieniu zarzutów skierowanych wobec wzorca umowy, jeżeli brak jest przepisów szczególnych, właściwości stosunku prawnego lub zasad współżycia społecznego odmiennie kształtujących materię kontraktową, która stała się przedmiotem tak sformułowanego zarzutu.

Za adekwatny w niniejszej sprawie wzorzec kontroli nie mogły być uznane przepisy art. 7 ust. 1 i art. 29 Pzp. Pierwszy z nich wyraża jedną z naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych, jednak odwoływanie się do niego wymaga konkretyzacji przez wskazanie przepisu szczegółowo regulującego czynności zamawiającego przedsiębrane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Drugi z przywołanych przepisów dotyczy materii związanej z opisem przedmiotu zamówienia i choć wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego bez wątplenia zawiera elementy opisu przedmiotu zamówienia (charakteryzuje świadczenie stanowiące przedmiot umowy), tym niemniej – zdaniem Izby – zakwestionowane postanowienia Wzoru Umowy takiego charakteru nie mają.

Finalnie, także powołanie się na przepis art. 14 i 139 ust. 1 Pzp nie mogło odnieść skutku, skoro zawierają one jedynie odesłanie do przepisów K.c. i nie wyrażają wprost zasad regulujących materię kontraktową.

Niezależnie od przedstawionego zapatrywania Izba zwróciła uwagę, że Odwołujący zarzucił Zamawiającemu wprowadzenie do Wzoru Umowy postanowień, które powodują jego nadmierne uprzywilejowanie. Twierdził przy tym że naruszają one bliżej niesprecyzowane zasady współżycia społecznego. Zdaniem Izby przewaga zamawiającego wynika wprost z natury stosunku obligacyjnego jaki powstaje w drodze zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak wspomniano, już z samego art. 353¹ K.c. wynika możliwość uprzywilejowania jednej ze stron umowy, o ile tak właśnie zostaną między nimi uzgodnione warunki kontraktu. Cecha ta doznaje wypuklenia w stosunkach umownych nawiązywanych w drodze udzielania zamówień publicznych, ponieważ umowy w sprawach zamówień publicznych mają charakter adhezyjny. To zamawiający ustalają ich warunki, będąc jednak – o czym należy pamiętać – pozbawieni możliwości swobodnego wyboru wykonawców,

z którymi kontrakty będą zawierane. Nie można tracić z pola widzenia również i tej okoliczności, że takie uprzywilejowanie zamawiających jest m.in. skutkiem doniosłej roli zamówień publicznych, wiążących się z wydatkowaniem środków publicznych i realizacją celów o takim charakterze.

Odwołujący twierdził, że przypadki rażącego naruszenia tej umowy (§ 11 ust. 4) lub umowy użyczenia, o której mowa w § 4 ust. 3 (§ 11 ust. 5 lit. i), jak również rażącego naruszenia przepisów ustawy Prawo o ruchu drogowym (§ 11 ust. 5 lit. a) są opisane nazbyt ogólnikowo, w szczególności nie zostało zdefiniowane pojęcie rażącego stopnia naruszenia określonych zobowiązań lub przepisów, w konsekwencji czego domagał się wykreślenia tych postanowień ze Wzoru Umowy. Izba stwierdziła jednak, że pozbawianie Zamawiającego (a także samego wykonawcy – *vide* § 11 ust. 4) prawa do rozwiązania umowy przykładowo w tych przypadkach stanowiłoby pozbawienie Zamawiającego instrumentu, który nie tylko chroni go przed nierzetelnym wykonawcą, ale również stanowi jeden z instrumentów zapewniających należyte wykonywanie umowy.

Z kolei definiowanie pojęcia „rażące” byłoby w istocie trudne do zrealizowania. Pamiętać trzeba, że funkcjonuje ono powszechnie – bez bliższego sprecyzowania – w stosunkach umownych (posługują się nim przykładowo ubezpieczyciele formułując ogólne warunki ubezpieczenia), posługuje się nim również sam ustawodawca w szeregu aktów normatywnych (art. 90 ust. 1 Pzp – rażąco niska cena, art. 14 § 2 K.c. – rażące pokrzywdzenie, art. 202 K.c. – czynność rażąco sprzeczna z zasadami prawidłowego zarządu, art. 9 ust. 2, art. 11 ust. 2, art. 17 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych – rażące niedbalstwo). Z kolei próby stworzenia jak najszerszego katalogu przypadków rażących naruszeń zakończyłyby się nadmiernym rozbudowaniem treści Wzoru Umowy i nadaniem mu kazuistycznego charakteru, przy czym i tak wątpliwe byłoby stworzenie zamkniętego katalogu takich naruszeń. Gwarancją, że pojęcie to nie będzie interpretowane rozszerzająco, czy nadużywane przez Zamawiającego, jest możliwość poddania sporu pod rozstrzygnięcie sądu powszechnego, o ile w ogóle dojdzie do rozwiązania umowy z powołaniem na rażące naruszenie określonych zobowiązań, czy przepisów prawa.

W nawiązaniu do powyższego Izba stwierdziła dodatkowo, że nie sposób rozpatrywać § 11 ust. 4 Wzoru Umowy w kategoriach nadmiernego uprzywilejowania Zamawiającego, skoro uprawnienie do rozwiązania umowy przysługuje każdej ze stron.

Zarzut dotyczący postanowienia § 11 ust. 5 lit. g Wzoru Umowy nie podlegał rozpoznaniu wobec jego uwzględnienia w odpowiedzi na odwołanie.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w pkt 2 sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 3 sentencji orzeczenia) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.41.238).

Przewodniczący: