

Sygn. akt: KIO/UZP 1221/09

WYROK
z dnia 13 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Marek Koleśnikow**

Członkowie: **Dagmara Gałczewska-Romek**
 Magdalena Grabarczyk

Protokolant: **Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~/rozprawie w dniu 8 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Pomorską Komunikację Samochodową Sp. z o.o., 84-200 Wejherowo, ul. Transportowa 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego, 40-053 Katowice, ul. Barbary 21a** protestu z dnia 17 lipca 2009 r.

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

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu zmienić specyfikację istotnych warunków zamówienia przez:

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

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

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

i nakazuje:

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

Uzasadnienie

Zamawiający Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego z siedzibą w Katowicach wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Wykonywanie usług autobusowego transportu publicznego na 48 linii komunikacji miejskiej we wschodniej części aglomeracji katowickiej”.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545 i Nr 91, poz. 742), zwanej dalej w skrócie Pzp.

03.07.2009 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2009/S 125-182082.

17.07.2009 r. wykonawca Pomorska Komunikacja Samochodowa Sp. z o.o. z Wejherowa wniósł protest na postanowienia specyfikacji w zakresie pkt 3.1; pkt 3.2; pkt 5.1.a; pkt 5.1.c; pkt 5.3; pkt 5.5; pkt 6.4; pkt 6.9 specyfikacji w zakresie umowy stanowiącej załącznik nr 4 do specyfikacji.

Zdaniem protestującego zamawiający naruszył art. 22 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, art. 25 Pzp, 29 ust. 2 Pzp przez określenie bezpodstawnie nadmiernie rozbudowanego przedmiotu zamówienia, a tym samym wprowadzenie warunków udziału w postępowaniu, które są niezasadne i które zmierzają do ograniczenia uczciwej konkurencji.

Protestujący wniósł o:

- 1) zmianę treści pkt 3.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 2) podzielenie przedmiotu zamówienia i rozdzielenie każdej z linii komunikacji miejskiej nr 18, 26, 27, 34, 35, 49, 55, 84, 88, 90, 100, 106, 116, 150, 160, 175, 182, 188, 220, 221, 235, 260, 299, 604, 605, 618, 622, 635, 644, 690, 723, 801, 803, 805, 806, 807, 808, 811, 815, 817, 825, 831, 835, 902, 903, 935, 984, C-6 do odrębnego postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego;
- 3) zmianę treści pkt 3.2 specyfikacji przez wskazanie, że wymienione w przedmiotowym punkcie usług są usługami dodatkowymi, które mogą ale nie muszą być świadczone przez wykonawcę;
- 4) zmianę treści pkt 5.1.a specyfikacji przez wykreślenie warunku wykazania przeprowadzania w poprzednio realizowanych umowach kontroli biletów pasażerów wsiadających do autobusu przednimi drzwiami;

- 5) oraz przez wykreślenie warunku wykazania stosowania w realizacji poprzednich umów systemu dynamicznej informacji pasażerów o przystankach;
- 6) zmianę treści pkt 5.1.c specyfikacji przez ograniczenie liczby autobusów jakimi winni dysponować oferenci stosownie do podzielonego przedmiotu zamówienia;
- 7) zmianę treści pkt 5.3 specyfikacji przez sprecyzowanie, że złożone przez wykonawców tzw. referencje nie muszą zawierać adnotacji, że wykonawca stosował system kontroli biletów pasażerów wsiadających do autobusów przednimi drzwiami oraz system dynamicznej informacji pasażerów o przystankach;
- 8) zmianę treści pkt 6.4 specyfikacji przez sprecyzowanie, że złożony przez wykonawców załącznik nr 2 nie musi zawierać informacji o stosowaniu przez wykonawcę systemu kontroli biletów pasażerów wsiadających do autobusów przednimi drzwiami oraz informacji o stosowaniu przez wykonawcę dynamicznego systemu informacji pasażerów o przystankach
- 9) zmianę treści § 2 ust. 2 wzoru umowy stanowiącej załącznik do specyfikacji przez wprowadzenie postanowienia „Brak oświadczenia Zamawiającego w okresie do 48 godzin od dostarczenia przez Wykonawcę Zamawiającemu wniosku o zgodę na dopuszczenie do wykonywania usługi autobusami równoważącymi będzie skutkować uznaniem wyrażenia zgody przez Zamawiającego na wykonywanie umowy zgłoszonym we wniosku autobusem w okresie we wniosku wskazanym.”;
- 10) wykreślenie § 1 ust. 7 wzoru umowy stanowiącej załącznik do specyfikacji;
- 11) wykreślenie § 8 ust. 4 wzoru umowy stanowiącej załącznik do specyfikacji;
- 12) zmianę § 9 ust. 3 wzoru umowy stanowiącej załącznik do specyfikacji przez dodanie „Odwołanie wszczyna procedurę weryfikacji ustaleń z kontroli w oparciu o wszelkie dostępne dowody zgromadzone w sprawie.”;
- 13) zmianę § 9 ust. 4 wzoru umowy stanowiącej załącznik do specyfikacji przez dodanie „Kary umowne nie mogą być ani naliczane ani potrącane przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania. Do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia odwołania naliczane kary umowne stanowi jedynie propozycję Zamawiającego”;
- 14) zmianę § 11 ust. 3 i ust. 4 wzoru umowy stanowiącej załącznik do specyfikacji przez wykreślenie;
- 15) zawieszenie postępowania do czasu rozpatrzenia protestu.

Argumentacja protestującego:

Specyfikacja została przygotowana w sposób naruszający zasadę art. 7 ust. 1 Pzp równego traktowania wykonawców i prowadzenie postępowania w sposób wykluczający zachowanie uczciwej konkurencji, w sposób eliminujący z przetargu małych i średnich przedsiębiorców.

Określenie przez zamawiającego przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu, powinno odbywać się z uwzględnieniem dyspozycji art. 29 ust. 2 Pzp stanowiącego, że określenie przedmiotu zamówienia nie może utrudniać uczciwej konkurencji. Natomiast ustalenie warunków udziału w postępowaniu – powiązanych z przedmiotem zamówienia – powinno wypełniać dyspozycję art. 22 ust. 2 Pzp oraz powiązanego z powyższym przepisem art. 25 Pzp przy uwzględnieniu normy przepisu art. 7 Pzp. Tym samym określenie warunków udziału w postępowaniu powinno mieć na celu jedynie ustalenie faktycznej zdolności danego wykonawcy do wykonania zamówienia, nie może natomiast prowadzić do nieuzasadnionej dyskryminacji wykonawców. Każde odstępianie od wyżej wymienionej zasad przez formułowanie warunków nadmiernych (nieadekwatnych do przedmiotu zamówienia należy uznać za działanie niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów, a zwłaszcza art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 Pzp (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 lipca 2005 r., UZP/ZO/0-1593/05, LEX nr 174612).

Zgodnie z art. 7 Pzp, warunki przetargu nie mogą dyskryminować żadnego z potencjalnych wykonawców, w przeciwnym wypadku zostaje naruszona zasada uczciwej konkurencji. W wyroku z dnia 1 października 2008 r. (KIO/UZP 984/08) KIO wskazała, że dyskryminacja, a tym samym naruszenie zasady równego traktowania oferentów, może mieć miejsce jeżeli zamawiający określi warunki udziału w postępowaniu tak rygorystycznie, że ograniczy krąg podmiotów mogących uczestniczyć w postępowaniu. Protestujący przytoczył wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2008 r. (KIO/UZP 270/08). W wyroku podkreślono, że opis przedmiotu zamówienia nie może prowadzić do tego, że jedynie jeden podmiot jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia, a konkurencja jest iluzoryczna.

Zamawiający określając przedmiot zamówienia na obsługę 48 linii autobusowych naruszył dyspozycję art. 29 ust. 2 Pzp, która zakazuje dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby naruszyć uczciwą konkurencję. Mając na uwadze brzmienie art. 29 ust. 2 Pzp protestujący uznał, że wystarczającym warunkiem uznania, że opis przedmiotu zamówienia narusza przedmiotowy przepis jest prawdopodobieństwo naruszenia uczciwej konkurencji do naruszenia uczciwej konkurencji nie musi ostatecznie dojść.

Wobec powyższego protestujący wskazał, że przeprowadzenie przetargu na obsługę aż 48 linii autobusowych w sposób jaskrawy stwarza prawdopodobieństwo naruszenia uczciwej konkurencji przez ograniczenie możliwości uczestnictwa w postępowaniu małych i średnich przedsiębiorców. Mając na uwadze zakres terytorialny objęty przetargiem (wschodnia część aglomeracji katowickiej) protestującemu znany jest jedynie jeden podmiot posiadający potencjał techniczny pozwalający spełnić warunki udziału w postępowaniu. Podmiotem tym jest PKM Sosnowiec Sp. z o.o. Jednocześnie, zdaniem protestującego, brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia – poza ograniczeniem uczciwej konkurencji – do

przeprowadzania jednego postępowania przetargowego, które obejmuje aż 48 linii autobusowych. Protestujący wskazał, że w poprzednich postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego przedmiot zamówienia nie był tak obszerny jak obecnie. Poszczególne linie autobusowe były powiązane w grupy według kryterium, jakim było powiązanie obszarowe poszczególnych linii autobusowych. Stan faktyczny będący podstawą przeprowadzania poprzednich jak i obecnego postępowania przetargowego jest taki sam, nie uległ zmianie, tym samym brak podstaw do zmiany praktyki zamawiającego co do obszerności przedmiotu zamówienia.

Nie nastąpiła żadna zmiana stanu faktycznego w zakresie dotyczącym optymalizacji świadczenia usług komunikacji pozamiejskiej na terenie aglomeracji katowickiej (górnosląskiej) także w części wschodniej (Sosnowiec). Brak zatem uzasadnienia do łączenia linii obsługiwanych, na podstawie umowy zawartej w wykonaniu rozstrzygnięcia przetargu, w ramach udzielenia zamówienia publicznego z innymi liniami i tworzenie przedmiotu zamówienia publicznego, który przez swój zakres eliminuje konkurencję, w tym podmioty, które należycie wykonują usługi przewozowe na wydzielonych liniach komunikacji miejskiej. Zważyć należy, że nie jest zgodne z interesem publicznym i jest sprzeczne z zasadą racjonalnego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych takie określenie przedmiotu zamówienia, które eliminuje konkurencję.

Faktyczne wyłączenie konkurencji może skutkować wyższą ceną oferowaną przez wykonawcę, który ma wiedzę o swej wyjątkowo uprzywilejowanej pozycji.

Nie jest tajemnicą, że autobusy posiadane przez spółki gminne często są kupowane przy finansowaniu ceny ze środków stanowiących dotację lub inne formy wsparcia. Niezmiernie trudno jest zatem konkurować podmiotom z kapitałem prywatnym z podmiotami, które uzyskują wsparcie gmin. Ważyć należy zatem szczególnie starannie fakt, że krytykowany zakres zamówienia publicznego jest przedmiotem zainteresowania spółki gminnej Sosnowca PKM Sosnowiec Sp. z o.o., która w ocenie protestującego jest jedynym podmiotem, który może spełnić warunki specyfikacji i który obecnie obsługuje linie komunikacji autobusowej objętych przetargiem.

Dopuszczenie do przeprowadzenia przetargu w zakresie planowanym skutkować może upadłością dzisiaj aktywnych podmiotów prowadzących działalność w zakresie objętym ogłoszonym przetargiem.

Zamawiający, mając na uwadze dyspozycję art. 22 ust. 2 Pzp nie może żądać od wykonawców np. wykazania potencjału technicznego większego, niż jest to niezbędne do wykonania zamówienia. Natomiast zamawiający stawia całkowicie niezasadne – biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia – wymogi m.in.:

1. Wykazania wykonywania w okresie trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania usług w zakresie przewozów regularnych (obejmującym między innymi system kontrolę

biletów pasażerów wsiadających do autobusu przednimi drzwiami: system dynamicznego informowania pasażerów o przystankach oraz automatyczny system pomiaru pasażerów – pkt 5.1.0 specyfikacji).

Protestujący podniósł, że na obszarze GOP stosowanie przez dotychczasowych przewoźników kontroli biletów pasażerów wsiadających przednimi drzwiami było uzależnione od wyboru przewoźnika. Natomiast nie był to wymóg konieczny, ustanowiony w umowie, tym samym nigdy nie wpływał na ocenę jakości usług świadczonych przez przewoźników. Wprowadzanie obecnie wymogu wykazania w okresie 3 lat świadczenia usług przewozowych z kontrolą biletów pasażerskich przy wsiadaniu przez przednie drzwi jest postanowieniem, które ogranicza uczciwą konkurencję, gdyż przewoźnicy, którzy nie stosowali takiej opcji świadczenia usług nie będą w stanie przedstawić referencji potwierdzających spełnienie tego warunku.

Ponadto wyłącznie jeden przewoźnik dobrowolnie wprowadził świadczenie usług przewozowych z opcją przeprowadzania kontroli biletów przy wsiadaniu przez przednie drzwi. Przewoźnikiem tym jest wykonawca PKM Sosnowiec Sp. z o.o. Wobec powyższego, pozostawienie brzmienia pkt 5.1.0 specyfikacji bez korekty doprowadzi *de facto* do drastycznego ograniczenia konkurencji, gdyż jedynie wykonawca PKM Sosnowiec Sp. z o.o. będzie w stanie spełnić ten warunek. Wprowadzenie systemu kontroli biletów, dynamicznego systemu informowania pasażerów o przystankach i systemu pomiaru liczby pasażerów nie stanowi istotnej zmiany w sposobie świadczenia usług przewozowych i nie jest związane z żadnymi utrudnieniami. System kontroli biletów może być wprowadzony przez każdego przewoźnika w każdym czasie bez konieczności przeprowadzania czynności przygotowawczych. Zatem brak podstawy do stawiania warunku ubiegania się o zamówienie publiczne od wykazania okoliczności nie mających znaczenia przy ocenie doświadczenia koniecznego do należytego wykonania zamówienia.

2. Posiadanie przez wykonawców 170 autobusów, w tym 44 nisko podłogowych nie starszych niż z 2002 r. wyposażonych w silniki spełniające normę czystości spalin EURO 3 (tabor B) oraz 41 autobusów nisko podłogowych nie starszych niż z 2003 r., których silniki spełniają kryterium czystości spalin EURO 3 (tabor C), jako warunek zgodności oferty ze specyfikacją. Żądanie jest niezasadne w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie uzasadnił dlaczego akurat 44 autobusów taboru B winno być nie starszych niż z 2003 r., a nie może to być np.: 10 lub 15 autobusów. Zamawiający nie przedstawił jasnych i weryfikowalnych kryteriów ustalenia liczby 44 autobusów (taboru B) i 41 autobusów (taboru C). Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, iż działanie zamawiającego jest sprzeczne z art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 Pzp, niezasadne i nie zasługuje na akceptację.

3. Co najmniej 33 autobusów taboru B oraz 41 autobusów taboru C powinno być wyposażone w urządzenia do dynamicznej informacji pasażerskiej służącej do zapowiadania

przystanków zlokalizowanych na trasie danej linii oraz w urządzenie do pomiaru i gromadzenia uzyskanych automatycznie informacji o liczbie przewożonych pasażerów. Stawianie takiego żądania nie jest w żaden sposób uzasadnione. Zamawiający nie wskazuje, wedle jakich kryteriów ustalił liczbę autobusów taboru B i C, które winny być wyposażone w urządzenie do dynamicznej informacji pasażerskiej oraz w jakim to pozostaje związku z realną możliwością wykonania przez wykonawców przedmiotu zamówienia. Aktualna treść pkt 5.1.c specyfikacji naruszenia art. 22 ust. 2 i art. 25 Pzp.

4. Autobusy posiadane przez wykonawców winny mieć co najmniej troje drzwi pasażerskich – protestujący nie dostrzega żadnego związku między sprawnością obsługi linii komunikacji miejskiej a liczbą drzwi w autobusach. Mając na uwadze sprawność przeprowadzania kontroli biletowej, znacznie sprawniej taką kontrolę można przeprowadzić, gdy autobusy wyposażone są w dwoje drzwi pasażerskich. Według wiedzy protestującego warunki specyfikacji odpowiadają charakterystyce taboru posiadanego przez wykonawcę PKM Sosnowiec w zakresie liczby miejsc w autobusach i nie jest przypadkiem, że autobusy o pojemności 140 miejsc są taborom wymagany w przetargach. Wobec powyższego protestujący nie dostrzegł żadnego merytorycznego uzasadnienia do stawiania omawianego wymagania, tym samym należy go uznać za sprzeczny z art. 22 ust. 2, art. 7 Pzp i zmierzający do ograniczenia uczciwej konkurencji;

5. Wykonawcami mogą być jedynie podmioty, które wykonywały lub wykonują w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – usługi w zakresie przewozów regularnych o łącznej wartości nie mniejszej niż 15 000 000 zł, w tym każda z wykonanych usług o wartości nie mniejszej niż 3 000 000 zł. Odnosząc się do przedstawionego powyżej żądania należy stwierdzić, że jest ono nieuzasadnione, stanowi naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2, art. 25 Pzp, gdyż zmierza do niedopuszczenia do udziału w postępowaniu małych i średnich podmiotów. Wprowadzenie do specyfikacji tego typu wymogu winno być poprzedzone przeprowadzonym przez zamawiającego badaniem rynku w zakresie ustalenia podmiotów spełniających warunek tego typu, celem sprawdzenia czy wprowadzenie takiego żądania nie doprowadzi do ograniczenia uczciwej konkurencji. Zamawiający przy ustalaniu warunków udziału w postępowaniu winien mieć na uwadze nakładany na zamawiającego przez art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 Pzp obiektywizm warunków udziału w postępowaniu oraz to ażeby przez wprowadzone wymogi nie ograniczyć uczciwej konkurencji. Omawiany warunek stanowi przejaw naruszenia przez zamawiającego wymogu dbałości o zapewnienie uczciwej konkurencji.

Zamawiający redagując przedmiot zamówienia oraz warunki udziału w postępowaniu powinien mieć na uwadze nadrzędną zasadę postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego – wyrażoną m.in. w art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2, art. 29 ust. 2 Pzp –

zasadę uczciwej konkurencji. Przedstawione powyżej warunki udziału w postępowaniu nie mają jakiegokolwiek uzasadnienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia i ewidentnie naruszają zasadę uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 2 Pzp i nie mogą się ostać.

Naruszenie zasad uczciwej konkurencji przez zamawiającego przejawia się przez określanie przedmiotu zamówienia w niejednorodny sposób, to jest naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 Pzp. Zamawiający nie kieruje się bowiem żadnymi racjonalnymi przesłankami, gdy raz prowadzi odrębne postępowania do każdej linii komunikacji autobusowej, a w innych przypadkach grupuje linie w pakiety ograniczając udział w przetargu małych i średnich przedsiębiorców. W ten sposób możliwy jest udział w postępowaniu jedynie takich dużych przedsiębiorców jak Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sosnowiec Sp. z o.o. Poszczególne elementy składające się na przedmiot zamówienia określony przez zamawiającego, to jest linie autobusowe komunikacji miejskiej nie są ze sobą powiązane, co pozwalałoby na twierdzenie o racjonalnych względach gospodarczych kierujących zamawiającym. Należałoby rozważyć grupowanie linii autobusowych objętych rozpoznawanym postępowaniem w mniejsze grupy linii biorąc pod uwagę intensywność przepływu pasażerów, czy miejscowości łączonych liniami, a nie wykonawcy. Należy podkreślić, iż wszystkie przeznaczone do tego przetargu linie łączą swoim działaniem kilkanaście miast i nie ma merytorycznej podstawy, aby tak przeprowadzać postępowanie. Na uwagę zasługuje fakt, że wykonawca PKM Sosnowiec Sp. z o.o. wypowiedział w trakcie trwania kilka umów na świadczenie usług komunikacyjnych i wszystkie one zostały scalone w jeden „pakiet”. W przypadku innych wykonawców, którzy wypowiedzieli wieloletnie umowy, linie były z automatu poddawane przetargowi po jednej linii, bądź jednym kierunkiem. To, że odbywa się to w taki sposób, narusza zasady uczciwej konkurencji i podejmowane uchwały zarządu zamawiającego, przy współudziale właścicieli pkm-ów, jest nie tylko jaskrawą dyskryminacją, ale łamaniem prawa. Mając na uwadze powyższe z całą pewnością przedmiot zamówienia nie jest zatem określony przez zamawiającego za pomocą obiektywnych cech technicznych i jakościowych z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji. Postępowanie zamawiającego dowodzi przeciwnego tzn. można przypisać mu znamiona działań zmierzających do preferowania jedynie dużych przewoźników, tym samym uniemożliwiając przystąpienie do przetargu małym i średnim przedsiębiorcom. Mając na względzie okoliczność, że dużymi przewoźnikami są spółki gminne i że są one dotowane z budżetów miast, przez podnoszenie kapitału zakładowego, są one zainteresowane nie tylko świadczeniem usług na terenie własnej gminy. W tym przypadku, jedynym podmiotem, który jest w stanie pozyskać to zamówienie publiczne i jednocześnie jedynym zdolnym do spełnienia wszystkich warunków przetargu, jest wykonawca PKM Sosnowiec Sp. z o.o. skutecznie ograniczając dostęp do usług wszystkim pozostałym podmiotom, samemu

zważywszy na wielkość, korzystając z dotacji unijnych. Należy w tym momencie podnieść, iż udzielenie jednego zamówienia obejmującego obsługę aż 48 linii autobusowych nie jest uzasadnione zarówno organizacyjnie jak i gospodarczo.

W tym przypadku przetarg został tak ustalony, aby nikt nie był w stanie go zrealizować, gdyż, jak wiadomo z doniesień prasowych, umowy o dofinansowanie unijne do zakupu taboru autobusowego zabezpieczone były klauzulą „niezmiennej pracy przewozowej”, a więc nie mogły być skutecznie wypowiedziane, a specyficzne wyposażenie dotowanych autobusów znalazło się w specyfikacji. Zamawiający wiedząc o tym nie tylko, że przyjął wypowiedzenie, to różnymi dziwnymi postanowieniami uczynił przetarg fikcją, gdyż żaden podmiot w kraju i zagranicą nie jest w stanie sprostać obwarowaniom.

Przedstawione powyżej działanie zamawiającego wprost narusza zasady przeprowadzania postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, a zwłaszcza art. 29 ust. 2 Pzp, a dotyczącą uczciwej konkurencji przy opisywaniu przedmiotu zamówienia. Ograniczenie konkurencji przez ustalenie warunków udziału w przetargu – m.in. posiadanie aż 170 autobusów – możliwych do spełnienia tylko przez nielicznych wykonawców, faktycznie tylko przez jednego z nich nie jest zgodne z interesem publicznym, w tym z zasadą racjonalnego wydatkowania środków publicznych. Ograniczenie konkurencji prowadzi bowiem do zwiększonych wydatków publicznych i niższej jakości wykonywanych usług.

§ 1 ust. 7 wzoru umowy stanowi klauzulę, która wypacza istotę zamówień publicznych. Umożliwienie zamawiającemu bez ograniczeń zwiększania lub zmniejszenia zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia po zawarciu umowy kończącej procedurę udzielenia zamówienia publicznego stanowi o zaprzeczeniu warunków postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Po przeprowadzeniu postępowania umowę należy wykonywać na wskazanych warunkach ustalonych w specyfikacji, a nie na warunkach, które według swego autonomicznego przekonania będzie zmieniał zamawiający. W tym względzie § 1 ust. 7 wzoru umowy wymaga wykreślenia.

Konieczność zmiany § 2 ust. 2 wzoru umowy wynika z potrzeby uniemożliwienia zamawiającemu niezasadnego pozostawania w zwłoce z wyrażeniem zgody na zmianę autobusów, gdy jest to uzasadnione. Brak uzasadnienia do dopuszczania do niezasadnego pozostawiania wniosku wykonawcy bez rozpoznania w okresie ponad 48 godzin i jednoczesnego obciążania wykonawcy karą za nienależyte wykonywanie umowy, przez niezgodność pomiędzy faktycznie używanym taborzem a zgłoszonym przy zawieraniu umowy. Stwierdzone ustaleniami kontrolerów zarzuty nie mogą stanowić jedyne dowodu na okoliczność oceny sposobu wykonywania umowy przez wykonawcę. Mając na względzie sposób przeprowadzania kontroli w tym błędy w ustaleniach faktycznych i fragmentaryczność oceny okoliczności koniecznych dla legalnego stosowania kar umownych w tym

zawinienia wykonawcy, konieczne jest dokonanie zmiany przedstawionego wzoru umowy. Zmianę uzasadnia art. 483 k.c. w zakresie stosowania kar umownych przez uwzględnienie konieczności weryfikowania zarzutów stwierdzonych przez kontrolerów w oparciu o wszelkie dostępne dowody w ramach postępowania wewnętrznego między stronami umowy. Konieczność weryfikacji przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej jest warunkiem zgodności umowy z przepisami prawa powszechnego w tym art. 353¹ Kc w zw. z art. 483 Kc i art. 471 Kc.

Nieważnym postanowieniem wzoru umowy jest § 8 ust. 4 wzoru umowy, który stanowi o związaniu wykonawcy ustaleniami z kontroli przeprowadzonej przez pracowników zamawiającego, często zaocznie względem wykonawcy i bez koniecznych wyjaśnień okoliczności związanych z zawinieniem. § 8 ust. 4 wzoru umowy stanowi uprzywilejowaniu zamawiającego. Zamawiający jako strona umowy przez § 8 ust. 4 wzoru umowy chciałby sytuować się jako podmiot, który jednostronnie decyduje o ocenie faktów związanych z wykonaniem umowy przez wykonawcę. Wskazana norma stanowi zaprzeczenie zasady równowagi stosunków cywilnoprawnych w zakresie praw i obowiązków. Zamawiający znacząco i bezpodstawnie zastrzega w umowie głównie prawa dla siebie a obowiązki dla wykonawcy. Konieczność zmiany treści w zakresie proponowanym jest uzasadniona koniecznością dostosowania treści umowy do zasad prawa cywilnego. Weryfikacja zasadności stawianych wykonawcy zarzutów musi być odniesiona do oceny przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej weryfikowanych w oparciu o wnioskowane dostępne materiały dowodowe.

Niedopuszczalne jest stosowanie kar umownych w sposób, który wypacza istotę i stanowienie o nieważności postanowień umownych na podstawie art. 58 Kc w związku z art. 483 Kc w związku z art. 471 Kc w związku z art. 353¹ Kc. Kary umowne nie powinny być naliczane i potrącane z wynagrodzenia wykonawcy bez koniecznej weryfikacji ich zastosowania. Weryfikacja stosowania kary umownej zawsze należy do sądu, natomiast w umowie należy ograniczyć dowolność zamawiającego w zakresie potrącania kar umownych z wynagrodzenia, bez względu na postępowanie odwoławcze.

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

względu na ich ocenę pod kątem szczególnego przypadku i jednocześnie może rozwiązać umowę na podstawie § 11 ust. 2 wzoru umowy w przypadkach szczególnych. Brak równowagi praw w omawianym zakresie preferuje silniejszego ekonomicznie. Zamawiający jest uprzywilejowany w zakresie dotyczącym trwania umowy.

§ 11 ust. 4 wzoru umowy uprawnia tylko zamawiającego do naliczenia kary umownej, choć dalsza treść przepisu odwołuje się do obciążenia karą umowną stroną umowy, która zawiniła. Przepis jest sprzeczny wewnętrznie i pozornie stanowi klauzulę równoważną, a faktycznie jest przepisem, na podstawie którego zamawiający może zastosować karę umowną, bo tylko zamawiający może ją naliczyć. Nie jest możliwe bowiem faktycznie aby wykonawca obligował skutecznie zamawiającego do naliczenia kary umownej należnej wykonawcy. Zgodnie z § 11 ust. 4 wzoru umowy wykonawca ma pozorne prawo do kary umownej, faktycznie takie prawo ma tylko zamawiający.

Protestujący posiada interes prawny w złożeniu protestu, gdyż jako mały przedsiębiorca nie jest w stanie spełnić warunku przedstawienia referencji potwierdzających należyte wykonanie usług przewozowych z jednoczesnym przeprowadzaniem kontroli biletów przez kierowców, gdyż przy braku takiego obowiązku wynikającego z umowy nie zdecydował się na rozszerzenie zakresu świadczenia usług przewozowych o przeprowadzanie kontroli oraz systemu dynamicznego informowania pasażerów o przystankach. Ponadto przeprowadzanie zamówienia obejmującego aż 48 linie autobusowe przekracza możliwości techniczne nie tylko protestującego, ale także większość podmiotów gospodarczych świadczących usługi przewozowe na obszarze GOP. Obsługa aż 48 linii autobusowych wymaga posiadania 170 autobusów. W tym stanie wniesienie protestu jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

20.07.2009 r. zamawiający powiadomił wykonawców o wniesieniu protestu.

28.07.2009 r. zamawiający oddalił protest w całości.

Argumentacja zamawiającego:

We wniesionym proteście protestujący zaskarża treść postanowień „Specyfikacji istotnych warunków zamówienia” i wniósł o zmianę jej treści. Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1, art. 25 oraz art. 29 ust. 2 Pzp przez określenie bezpodstawnie nadmiernie rozbudowanego przedmiotu zamówienia, a tym samym wprowadzanie warunków udziału w postępowaniu, które są niezasadne i które zmierzają do ograniczenia uczciwej konkurencji. Protestujący zażądał zatem zmiany postanowień:

- 1) pkt 3.1 specyfikacji przez podzielenie przedmiotu zamówienia i rozdzielenie każdej linii komunikacji miejskiej do odrębnego postępowania;

- 2) pkt 3.2 specyfikacji przez wskazanie, że wymienione w tym punkcie usługi są usługami dodatkowymi, które mogą, ale nie muszą być świadczone przez wykonawcę;
- 3) pkt 5.1.a specyfikacji przez wykreślenie warunku wykazywania przeprowadzania w poprzednio realizowanych umowach kontroli biletów pasażerów wsiadających do autobusu przednimi drzwiami oraz wykreślenie warunku wykazania stosowania w realizacji poprzednich umów systemu dynamicznej informacji pasażerów o przystankach;
- 4) pkt 5.1.c specyfikacji przez ograniczenie liczby autobusów jakimi winni dysponować wykonawcy stosownie do podzielonego przedmiotu zamówienia;
- 5) pkt 5.3 specyfikacji przez sprecyzowanie, że złożone przez wykonawców tzw. referencje nie muszą zawierać adnotacji, że wykonawca stosował system kontroli biletów pasażerów wsiadających do autobusów przednimi drzwiami oraz system dynamicznej informacji pasażerów o przystankach;
- 6) pkt 6.4 specyfikacji przez sprecyzowanie, że złożony przez wykonawców załącznik nr 2 nie musi zawierać informacji o stosowaniu przez wykonawcę systemu kontroli biletów pasażerów wsiadających do autobusów przednimi drzwiami oraz system dynamicznej informacji pasażerów o przystankach.

Ponadto protestujący żąda zmiany wielu postanowień wzoru umowy przez dostosowanie ich do wymagań protestującego,

Zamawiający wyjaśnia:

Ad pkt 3.1 i 3.2 specyfikacji

Do działalności statutowej Komunikacyjnego Związku Komunalnego Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego w Katowicach, utworzonego przez 25 gmin aglomeracji katowickiej, należy organizacja komunikacji zbiorowej, w tym również zawieranie umów z przewoźnikami na obsługę linii komunikacji miejskiej.

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

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

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

Pakiety obszarowe to zestawy linii obsługujących duże ośrodki miejskie, takie jak – w przypadku linii o numerach jak wyżej – miasto Sosnowiec, łącznie z przyległymi gminami, powiązanych ze sobą nie tylko obszarowo, ale również funkcjonalnie, przez wspólny obieg wozów, wspólne przystanki krańcowe i węzły przesiadkowe. Dzięki tym powiązaniom uzyskiwane jest lepsze wykorzystanie zasobów taborowych, a w rezultacie – obniżenie poziomu kosztów komunikacji. Pozwala to potencjalnemu wykonawcy usług na bardziej racjonalne gospodarowanie zasobami (racjonalizacja obiegu taboru, racjonalizacja czasu pracy kierowców, itp.), co w rezultacie oznacza spadek poziomu cen ofertowych. Dla zamawiającego oznacza to obniżenie kosztów komunikacji, tym samym oszczędność wydatkowanych środków publicznych. Przedmiotem zamówienia jest obsługa linii autobusowej komunikacji miejskiej o określonych numerach, zgrupowanych w pakiet usług przewozowych, która obejmuje 48 linii komunikacyjnych, a zamawiający redagując przedmiot zamówienia w żadnym razie nie naruszył przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Zamówienie obsługi komunikacyjnej danego obszaru przez odrębne zlecenie obsługi na pojedynczych liniach nie zapewniłoby funkcjonalnego powiązania zadań przewozowych, jak również spowodowałoby wyższy poziom cen ofertowych. Do uprawnienia zamawiającego należy określenie przedmiotu zamówienia, a jako dysponent środków publicznych zamawiający stoi na straży racjonalnego ich wydawania. Taki cel przyświecał zamawiającemu przy określaniu linii wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia na obsługę 48 linii.

W chwili obecnej zamawiający organizuje komunikację zbiorową na ok. 300 liniach autobusowych angażując do ich obsługi ok. 840 autobusów. Przedmiotowe postępowanie dotyczy tylko 48 linii, do obsługi których konieczne jest 170 autobusów. Stanowi to ok. 16% wszystkich linii autobusowych i ok. 20% ogółem wszystkich autobusów w ruchu świadczących usługi na rzecz zamawiającego. Zamawiający wskazuje również, że liczba autobusów do obsługi poszczególnych linii jest różna – od jednego autobusu obsługującego linię, np. linia nr 182, 220, 605 czy 984, do ośmiu autobusów na linii, np. linia nr 801/831. Ponadto występują linie autobusowe, które obsługiwane są tym samym taboroem, jak np. linia nr 88 powiązana taborowo z linią nr 100 i 935, linia 26 powiązana taborowo z linią nr 150, linia nr 604 powiązana taborowo z linią nr 644, linia nr 801 powiązana taborowo z linią nr 831.

Zdaniem zamawiającego ogłoszenie przetargu na obsługę 48 linii nie ogranicza udziału w tym postępowaniu wielu firm przewozowych i umożliwia zachowanie uczciwej konkurencji. Potwierdzeniem takich możliwości jest zawarte w specyfikacji postanowienie umożliwiające wykonawcom ubieganie się o udzielenie zamówienia wspólnie, a także wykonawcom spoza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (str. 13, 14 specyfikacji).

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

Zamawiający zgadza się, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, lecz jednocześnie art. 29 ust. 1 stanowi, iż: „Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.”.

Zamawiający określił przedmiot zamówienia nie tylko przez podanie, iż przedmiotem zamówienia jest wykonywanie usług autobusowego transportu publicznego na 48 liniach komunikacji miejskiej przebiegających w zachodniej części aglomeracji katowickiej nr: 18, 26, 27, 34, 35, 49, 55, 84, 88, 90, 100, 106, 116, 150, 160, 175, 182, 188, 220, 221, 235, 260, 299, 604, 605, 618, 622, 635, 644, 690, 723, 801, 803, 805, 806, 807, 808, 811, 815, 817, 825, 831, 835, 902, 903, 935, 984, C-6 ale również szczegółowo opisał (co może mieć znaczący wpływ na cenę oferty), iż wykonywana usługa objęta jest również:

- 1) systemem kontroli biletów pasażerów wsiadających do autobusu przednimi drzwiami, polegającym na wsiadaniu pasażerów do autobusu przednimi drzwiami z jednoczesnym okazaniem kierowcy biletu lub innego dokumentu uprawniającego do przejazdu bez biletu;
- 2) systemem dynamicznej informacji pasażerskiej polegającym na wizualnym i fonicznym zapowiadaniu w autobusie przystanków zlokalizowanych na trasie danej linii oraz przekazywaniu pasażerom informacji dodatkowych o usługach komunikacji publicznej;
- 3) systemem pomiaru, gromadzenia i regularnego przekazywania zamawiającemu uzyskanych automatycznie informacji o liczbie przewiezionych pasażerów w autobusach.

Zawarte w opisie przedmiotu zamówienia ww. systemy, nie są nowym zakresem czynności na ww. liniach wprowadzonym w rozpoznawanym przetargu jak sugeruje protestujący, lecz są kontynuacją czynności obecnie wykonywanych na obsługiwanych liniach.

Ad pkt 5.1.a specyfikacji

Bezpodstawne są zarzuty, iż zamawiający narusza art. 22 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, art. 25 Pzp jako utrudniające uczciwą konkurencję przez określenie warunku wykazania przeprowadzania usługi w zakresie przewozów regularnych obejmującej między innymi system kontroli biletów pasażerów wsiadających do autobusu przednimi drzwiami oraz system dynamicznej informacji pasażerskiej w pojazdach. Uprawnieniem zamawiającego jest określenie warunków udziału w postępowaniu w stosunku do przedmiotu i zakresu

zamówienia będącego przedmiotem postępowania, w zależności od potrzeb zamawiającego i spodziewanych efektów wynikających ze złożonych ofert. Ustalone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu w żadnej mierze nie prowadzą do nieuzasadnionej dyskryminacji wykonawców, gdyż skoro obecnie na ww. liniach wykonywana usługa jest objęta systemem kontroli biletów oraz systemem dynamicznej informacji pasażerskiej, zdaniem zamawiającego – zamawiający ma prawo wymagać od potencjalnych wykonawców posiadania w tym zakresie odpowiedniego doświadczenia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej także podkreśla się, że zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia oraz warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego potrzebom. Fakt, iż wymogi określone zostały w sposób, który nie pozwala wziąć udziału w postępowaniu wszystkim działającym w danej branży na rynku podmiotom, nie przesądza, iż doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji. (Wyrok KIO z 20.03.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 204/08, LEX 396067). Zatem fakt, że nie wszystkie podmioty z danej branży mogą wziąć udział w postępowaniu nie przesądza o tym, że postępowanie narusza zasady uczciwej konkurencji i nie powoduje dyskryminacji podmiotu (wyrok KIO z 21.04.2009 r., sygn. akt KIO/UZP 434/09).

Bezpodstawny jest również zarzut protestującego odnoszący się do wymagania zamawiającego dot. 138 [170] autobusów i argumentacja, że warunek taki przekracza możliwości techniczne protestującego, jak również większości podmiotów gospodarczych świadczących usługi przewozowe w obszarze GOP. Zamawiający ogłaszając przetarg nie kierował się jedynie możliwościami podmiotów gospodarczych z terenu GOP, ale zamieszczając ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz w prasie ogólnopolskiej zaprosił do udziału w postępowaniu podmioty z całego obszaru Unii Europejskiej. W orzecznictwie KIO podkreśla się, że przepisy nie wprowadzają obowiązku takiego formułowania wymogów, aby zapewniać możliwość zrealizowania określonego zamówienia przez wszystkie podmioty danej branży i w odniesieniu do wszystkich produktów oferowanych na rynku (wyrok KIO z dnia 04.04.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 5/07,6/07). Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że okoliczność o charakterze notoryjnym, że nie wszyscy wykonawcy dysponują produktem spełniającym wymagania zamawiającego opisane w specyfikacji i nie mogą go zaoferować oraz że wymagania techniczne są trudne do spełnienia przez niektórych wykonawców, nie oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji (wyrok KIO z dnia 09.10.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1024/08).

Ad pkt 5.1.c specyfikacji

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

Ad pkt 5.3 specyfikacji

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

Ad pkt 6.4 specyfikacji

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

Odnosząc się do żądań protestującego o konieczności dokonania zmiany postanowień w projekcie umowy (załącznik nr 4 do specyfikacji) zamawiający wyjaśnia, iż wszystkie zawarte w niej postanowienia nie naruszają przepisów Kodeksu cywilnego oraz ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych i wg zamawiającego nie wymagają zmian, za wyjątkiem § 11 ust. 4 wzoru umowy, którego treść zamawiający zmienia w celu usunięcia wątpliwości interpretacyjnych.

Odnosząc się do żądań protestującego dotyczących poszczególnych postanowień wzoru umowy:

1. Zamawiający zmienia treść § 2 ust. 2 umowy przez wprowadzenia postanowienia „Brak oświadczenia Zamawiającego w okresie 48 godzin od dostarczenia przez Wykonawcę Zamawiającemu wniosku o zgodę na dopuszczenie do wykonywania usługi autobusami równoważącymi będzie skutkować uznaniem wyrażenia zgody przez Zamawiającego na wykonywanie umowy zgłoszonym we wniosku autobusem w okresie we wniosku wskazanym.”.
2. Zamawiający wykreśla § 1 ust. 7 wzoru umowy.
3. Zamawiający wykreśla § 8 ust. 4 wzoru umowy.
4. Zamawiający zmienia treść § 9 ust. 3 wzoru umowy przez dodanie wyrazów: „odwołanie wszczyna procedurę weryfikacji ustaleń z kontroli w oparciu o wszelkie dostępne dowody zgromadzone w sprawie”.

5. Zamawiający zmienia treść § 9 ust. 4 wzoru umowy przez dodanie: „Kary umowne nie mogą być ani naliczane, ani potrącane przez ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania. Do czasu ostatecznego. rozstrzygnięcia odwołania naliczanie kary umownej stanowi jedynie propozycję Zamawiającego”.

6. Zamawiający wykreśla § 11 ust. 3 i ust. 4 wzoru umowy.

Zamawiający wyjaśnił:

Ad 1. Zamawiający nie podziela stanowiska protestującego, iż należy dokonać zmiany treści § 2 ust. 2 wzoru umowy. Wykonawca biorąc udział w przetargu, a następnie zawierając umowę o świadczenie usług przewozowych, zobowiązuje się do wykonywania usług autobusami określonymi w załączniku nr 3 do wzoru umowy, a zgłoszonymi wcześniej w ofercie. Świadczenie usług innym autobusem stanowi więc nienależyte wykonywanie umowy, przy czym zamawiający dopuszcza wyjątkowo inny autobus do wykonywania przewozów, o ile wcześniej wykonawca zgłosi odpowiedni wniosek i uzyska zgodę zamawiającego. Uprzednia zgoda zamawiającego jest więc konieczna, aby móc wykonywać usługi innym autobusem. Zamawiający przed wyrażeniem zgody na dopuszczenie innego autobusu do wykonywania usługi musi dokonać jego weryfikacji pod kątem standardu, tj. zgodności parametrów z wymogami określonymi przez zamawiającego, ustalić przyczyny i konieczność zmiany, gdyż – co zamawiający podkreśla – wykonywanie przewozów innymi autobusami niż te zgłoszone w ofercie, ma charakter wyjątkowy. Wszystkie te czynności wymagają odpowiedniego czasu, który w praktyce może być dłuższy niż proponowane przez protestującego 48 godzin. Natomiast w sytuacjach awaryjnych, losowych zdarzeń dopuszcza się czasowo autobus zastępczy do wykonania usługi, na czas nie dłuższy niż 48 godzin od wystąpienia zdarzenia, przy czym wykonawca ma obowiązek jednocześnie powiadomić o tym zamawiającego – taki przypadek przewiduje § 2 ust. 3 wzoru umowy, którego wykonawca zresztą nie kwestionuje. W tym przypadku nie jest wymagana zgoda zamawiającego.

Ad 2. Nie można się zgodzić ze stanowiskiem protestującego, iż § 1 ust. 7 wzoru umowy jest niezgodny z Prawem zamówień publicznych, dlatego, że umożliwia zamawiającemu zwiększanie lub zmniejszanie zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia. Przede wszystkim samo Prawo zamówień publicznych dopuszcza zmianę umowy, a wniosek taki można wyprowadzić z treści art. 144 ust. 1 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Wnosząc więc *a contrario*, dopuszczalna jest zmiana umowy, którą zamawiający przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zarazem określił warunki tej zmiany. Zamawiający

dochowując więc wymagań art. 144 Pzp, z góry przewiduje w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w jakich sytuacjach dopuszczalna jest zmiana umowy w zakresie zmniejszenia lub zwiększenia zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia – okolicznością taką są utrudnienia w ruchu, uniemożliwiające funkcjonowanie komunikacji zastępczej w kształcie podstawowym, jak np. objazdy wynikające z nadzwyczajnych sytuacji jak remont ulicy po której normalnie odbywa się usługa, awaria infrastruktury technicznej na tej ulicy czy zmniejszona wielkość pracy przewozowej związana z likwidacją niektórych kursów z powodu zmniejszonego zainteresowania usługami komunikacyjnymi przez pasażerów, itp. Zamawiający nie może więc dowolnie zmieniać umowy, ale wyłącznie w przypadku wystąpienia przesłanki określonej w § 1 ust. 7 wzoru umowy. Kwestionowane postanowienie nie narusza więc Prawa zamówień publicznych i dlatego zamawiający nie zgadza się na skreślenie § 1 ust. 7 wzoru umowy. Natomiast brak § 1 ust. 7 wzoru umowy pozwoliłby wykonawcy odmawiać w każdej sytuacji realizacji innej liczby wozokilometrów niż określona w pierwotnej umowie, nawet wtedy, gdyby wymagały tego uzasadnione potrzeby zamawiającego.

Ad 3. Zamawiający nie widzi podstaw dla wykreślenie postanowienia, iż: „Ustalenia z kontroli są wiążące dla wykonawcy”. Protestujący nie może z góry zakładać, iż kontrolerzy zamawiającego popełniają błędy w ustaleniach faktycznych i dokonają fragmentarycznych ocen. Należy podkreślić, iż kontrolerzy zamawiającego mają wieloletnie doświadczenie w pracy kontrolera i obiektywnie oceniają jakość autobusów, tym bardziej, że zazwyczaj mają wykształcenie w kierunku mechanicznym lub pracowali wcześniej jako kierowcy autobusów. Ponadto część uchybień, za które naliczane są kary umowne, nie ma charakteru ocenego, jak np. opóźnienia, niezgodność taboru z umową, brak informacji taryfowo-biletowej, niesprawne kasowniki, niezrealizowany kurs. Kontrolerzy stwierdzają więc tylko dany fakt i dokonują odpowiednich wpisów w raporcie. Co więcej, kontrolerzy nie uzyskują jakichkolwiek dodatkowych gratyfikacji z tytułu dużej ilości stwierdzonych uchybień, aby mieć jakikolwiek interes w fałszowaniu ustaleń z kontroli – co sugeruje protestujący. Celem kontroli jest jedynie zapewnienie odpowiedniego standardu jakości usług świadczonych przez przewoźników działających na zlecenie zamawiającego, a więc interes pasażerów korzystających z usług zamawiającego. W związku z tym zgodnie z projektem umowy, ustalenia z kontroli są wiążące dla wykonawcy (§ 8 ust. 4 wzoru umowy), aby kontrole stanowiły skuteczny instrument zapewniania odpowiedniego standardu świadczonych przez wykonawców usług przewozowych. Tym niemniej, od nałożonych na podstawie ustaleń kontrolerów kar umownych, na podstawie § 9 ust. 3 wzoru umowy, przysługuje wykonawcy procedura odwoławcza.

Ad 4. Zgodnie z § 9 ust. 3 wzoru umowy, wykonawca może złożyć odwołanie i w przypadku, gdy kara została nieprawidłowo naliczona (np. w niewłaściwej kwocie za dane

uchybiecie), zamawiający niezwłocznie dokonuje odpowiedniej korekty. Oczywiście jest, iż wykonawca może w odwołaniu powoływać się na wszelkie mu dostępne dowody w celu odpowiedniego uzasadnienia i dlatego nie jest konieczne dodawanie w tym zakresie dalszych postanowień do wzoru umowy.

Ad 5. Dla zamawiającego nie jest zrozumiałe następujące zdanie zawarte w proteście: „Kary umowne nie powinny być naliczane i potrącane z wynagrodzenia wykonawcy bez koniecznej weryfikacji zastosowania. Weryfikacja stosowania kary umownej zawsze należy do sądu (...)”. Zamawiający zauważa, iż pracownicy zamawiającego dokładają należytej staranności w naliczaniu kar umownych, a dodatkowo wykonawca może wnieść odwołanie – i o ile jest ono uzasadnione – zostaje ono uwzględnione. Taka weryfikacja jest wystarczająca. Natomiast ingerencja sądu jest ostatecznością i ma charakter wyjątkowy. Nie można z góry zakładać, iż każda kara umowna będzie kwestionowana przez wykonawcę i z tego powodu będzie on wnosić powództwo do sądu. Co do proponowanej treści § 9 ust. 4 wzoru umowy, zamawiający nie zgadza się na proponowane przez protestującego brzmienie. W literaturze podkreśla się, iż nie jest wymagane, aby wierzytelności były bezsporne (W. Czachórski, „Zobowiązania” Warszawa 2002, s. 348), a więc nawet wtedy gdy wykonawca kwestionuje zasadność nałożenia kar umownych, zamawiający ma prawo dokonać potrącenia. Ponadto po ostatecznej weryfikacji kar umownych w przypadku wcześniejszego potrącenia bezpodstawnie naliczonej kary, zamawiający niezwłocznie zwraca wykonawcy niesłusznie pobrane kwoty.

Ad 6. Zamawiający nie zgadza się ze stanowiskiem wykonawcy, iż § 11 ust. 3 wzoru umowy narusza równość stron. Protestujący pominął treść § 11 ust. 2 wzoru umowy, zgodnie z którym każda ze stron może rozwiązać umowę w trybie natychmiastowym w przypadku rażącego naruszenia postanowień umowy. Zarówno więc zamawiający, jak i wykonawca mają prawo natychmiastowego rozwiązania umowy w przypadku rażącego naruszenia jej postanowień. Natomiast § 11 ust. 3 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, gdyż mogą wpływać na zagrożenie życia lub zdrowia pasażerów, zakłócają funkcjonowanie komunikacji miejskiej. Katalog ten stanowi więc konkretyzację przypadków, w których prawo natychmiastowego rozwiązania umowy przysługuje zamawiającemu na podstawie § 11 ust. 2 wzoru umowy. Zarówno więc zamawiający, jak i wykonawca mogą rozwiązać umowę w trybie natychmiastowym wyłącznie w razie naruszenia przez drugą stronę rażąco umowy. W związku z tym, że § 11 ust. 3 wzoru umowy nie narusza równości stron, zamawiający nie zgadza się na jego wykreślenie.

Zamawiający nie zgadza się też na wykreślenie § 11 ust. 4 wzoru umowy, wobec zamierzonej zmiany jego treści uwzględniającej zarzuty zgłoszone przez protestującego. Po

zmianie postanowienie to będzie miało następujące brzmienie: „Rozwiązanie umowy w trybie natychmiastowym upoważnia każdą ze Stron do naliczenia kary umownej w wysokości 50% planowanej miesięcznie należności, obciążającej stronę winną rozwiązania umowy.”.

Wobec powyższych wyjaśnień, zamawiający protest oddala.

06.08.2009 r. wykonawca Pomorska Komunikacja Samochodowa Sp. z o.o. z Wejherowa złożył odwołanie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie

- 1) art. 22 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, art. 25 Pzp, 29 ust. 2 Pzp przez określenie bezpodstawnie nadmiernie rozbudowanego przedmiotu zamówienia, a tym samym wprowadzenie warunków udziału w postępowaniu, które są niezasadne i które zmierzają do ograniczenia uczciwej konkurencji;
- 2) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego dochodzi do nieuzasadnionego uprzywilejowania podmiotu obecnie realizującego zadania będące przedmiotem zamówienia, Wobec takiej sytuacji, w imieniu Odwołującego, podtrzymuję w całości zarzuty zawarte w proteście.

Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez zmianę:
 - a) pkt 3.1 specyfikacji przez podzielenie przedmiotu zamówienia i rozdzielenie każdej z linii komunikacji miejskiej nr 18, 26, 27, 34, 35, 49, 55, 84, 88, 90, 100, 106, 116, 150, 160, 175, 182, 188, 220, 221, 235, 260, 299, 604, 605, 618, 622, 635, 644, 690, 723, 801, 803, 805, 806, 807, 808, 811, 815, 817, 825, 831, 835, 902, 903, 935, 984, C-6 do odrębnego postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego,
 - b) pkt 5.1.a specyfikacji przez wykreślenie warunku wykazania przeprowadzania w poprzednio realizowanych umowach kontroli biletów pasażerów wsiadających do autobusu przednimi drzwiami oraz przez wykreślenie warunku wykazania stosowania w realizacji poprzednich umów systemu dynamicznej informacji pasażerów o przystankach,
 - c) pkt 5.1.c specyfikacji przez ograniczenie liczby autobusów jakimi winni dysponować wykonawcy stosownie do podzielonego przedmiotu zamówienia,

- d) pkt 5.3 specyfikacji przez sprecyzowanie, że złożone przez oferentów tzw. referencje nie muszą zawierać adnotacji, że oferent stosował system kontroli biletów pasażerów wsiadających do autobusów przednimi drzwiami oraz system dynamicznej informacji pasażerów o przystankach,
 - e) pkt 6.4 specyfikacji przez sprecyzowanie, że złożony przez oferentów załącznik nr 2 nie musi zawierać informacji o stosowaniu przez oferenta systemu kontroli biletów pasażerów wsiadających do autobusów przednimi drzwiami oraz informacji o stosowaniu przez oferenta dynamicznego systemu informacji pasażerów o przystankach;
- 2) dokonanie modyfikacji treści wzoru umowy stanowiącej załącznik Nr 4 do specyfikacji przez:
- a) zmianę § 2 ust. 2 wzoru umowy stanowiącej załącznik Nr 4 do specyfikacji przez wprowadzenie postanowienia „Brak oświadczenia Zamawiającego w okresie do 48 godzin od dostarczenia przez Wykonawcę Zamawiającemu wniosku o zgodę na dopuszczenie do wykonywania usługi autobusami równowartościowymi będzie skutkować uznaniem wyrażenia zgody przez Zamawiającego na wykonywanie umowy zgłoszonym we wniosku autobusem w okresie we wniosku wskazanym.”,
 - b) wykreślenie § 1 ust. 7 wzoru umowy stanowiącej załącznik Nr 4 do specyfikacji,
 - c) wykreślenie § 8 ust. 4 wzoru umowy stanowiącej załącznik Nr 4 do specyfikacji,
 - d) zmianę § 9 ust. 3 wzoru umowy stanowiącej załącznik Nr 4 do specyfikacji przez dodanie „Odwołanie wszczyna procedurę weryfikacji ustaleń z kontroli w oparciu o wszelkie dostępne dowody zgromadzone w sprawie.”,
 - e) zmianę § 9 ust. 4 wzoru umowy stanowiącej załącznik Nr 4 do specyfikacji przez dodanie „Kary umowne nie mogą być ani naliczane ani potrącane przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania. Do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia odwołania naliczane kary umowne stanowi jedynie propozycję Zamawiającego.”,
 - f) wykreślenie § 11 ust. 3 i ust. 4 wzoru umowy stanowiącej załącznik Nr 4 do specyfikacji;
- 3) nakazanie zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji.

Argumentacja odwołującego:

"Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia" w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na obsługę linii komunikacji miejskiej nr 18, 26, 27, 34, 35, 49, 55, 84, 88, 90, 100, 106, 116, 150, 160, 175, 182, 188, 220, 221, 235, 260, 299, 604, 605, 618, 622, 635, 644, 690, 723, 801, 803, 805, 806, 807, 808, 811, 815, 817, 825, 831, 835, 902, 903, 935, 984, C-6 – sprawa nr

ZPIP0/20/PZ/49/09 zawiera szereg postanowień, które w sposób nierówny traktują podmioty ubiegające się o zamówienie publiczne i skutkuje tym, że prowadzone postępowanie uniemożliwi zachowanie uczciwej konkurencji i wyeliminuje z przetargu małych i średnich przedsiębiorców.

I. Argumentacja dotycząca zasadności podziału przedmiotu zamówienia

Określenie przez zamawiającego w specyfikacji przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu, powinno odbywać się z uwzględnieniem dyspozycji art. 29 ust. 2 Pzp stanowiącego, że określenie przedmiotu zamówienia nie może utrudniać uczciwej konkurencji. Natomiast ustalenie warunków udziału w postępowaniu – powiązanych z przedmiotem zamówienia – powinno wypełniać dyspozycję art. 22 ust. 2 Pzp oraz powiązanego z powyższym przepisem art. 25 Pzp przy uwzględnieniu normy przepisu art. 7 Pzp. Tym samym winno mieć na celu jedynie ustalenie faktycznej zdolności danego wykonawcy do wykonania zamówienia, nie może natomiast prowadzić do nieuzasadnionej dyskryminacji oferentów. Każde odstępianie od wyżej wymienionej zasad przez formułowanie warunków nadmiernych (nieadekwatnych do przedmiotu zamówienia) należy uznać za działanie niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów Prawa zamówień publicznych, zwłaszcza art. 7 ust. 1 Pzp, art. 22 ust. 2 Pzp (*vide*: wyrok ZA/UZP z dnia 4 lipca 2005r., UZP/ZO/0-1593/05). Zgodnie z art. 7 Pzp podstawową zasadą przeprowadzania przez zamawiającego postępowania przetargowego jest przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców. Stanowisko wykonawcy pozostaje w zgodzie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej. Z wyroku KIO z 20 lutego 2009 roku (KIO/UZP 148/08), dokonując wykładni *a contrario*, należy wyprowadzić wniosek, że warunki przetargu nie mogą dyskryminować żadnego z potencjalnych wykonawców, w przeciwnym wypadku zostaje naruszona zasada uczciwej konkurencji. W wyroku z 1 października 2008 r. (KIO/UZP 984/08) Izba wskazała, że dyskryminacja, a tym samym naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, może mieć miejsce jeżeli zamawiający określi warunki udziału w postępowaniu tak rygorystycznie, że ograniczy krąg podmiotów mogących uczestniczyć w postępowaniu. Należy również przytoczyć wyrok KIO z 9 kwietnia 2008 r. (KIO/UZP 270/08), w którym podkreślono, że opis przedmiotu zamówienia nie może prowadzić do tego, że jedynie jeden podmiot jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia a konkurencja jest iluzoryczna.

Zamawiający określając przedmiot zamówienia na obsługę 48 linii autobusowych naruszył dyspozycję art. 29 ust. 2 Pzp, który zakazuje dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby naruszyć uczciwą konkurencję. Mając na uwadze brzmienie art. 29 ust. 2 Pzp uznać należy, że wystarczającym warunkiem uznania, że opis przedmiotu zamówienia narusza przedmiotowy przepis jest prawdopodobieństwo naruszenia

uczciwej konkurencji do naruszenia uczciwej konkurencji nie musi ostatecznie dojść. Wobec powyższego przeprowadzenie przetargu na obsługę aż 48 linii autobusowych w sposób jaskrawy stwarza prawdopodobieństwo naruszenia uczciwej konkurencji przez ograniczenie możliwości uczestnictwa w postępowaniu małych i średnich przedsiębiorców. Mając na uwadze zakres terytorialny objęty przetargiem (zachodnia część aglomeracji katowickiej) odwołującemu znany jest jedynie jeden podmiot posiadający potencjał techniczny pozwalający spełnić warunki udziału w postępowaniu. Podmiotem tym jest PKM Gliwice Sp. z o.o. Jednocześnie brak jakiegokolwiek uzasadnienia – poza ograniczeniem uczciwej konkurencji – do przeprowadzania jednego postępowania przetargowego, które obejmuje aż 48 linie autobusowe. W poprzednich postępowaniach przetargowych prowadzonych przez zamawiającego przedmiot zamówienia nie był tak bardzo obszerny jak obecnie. Poszczególne linie autobusowe były powiązane w grupy według kryterium jakim jest powiązanie obszarowe poszczególnych linii autobusowych. Stan faktyczny będący podstawą przeprowadzania poprzednich jak i obecnego postępowania przetargowego jest taki sam, nie uległ zmianie, tym samym brak podstaw do zmiany praktyki zamawiającego co do obszerności przedmiotu zamówienia. Należy w tym momencie wskazać na działanie zamawiającego sprowadzające się do prowadzenie dwóch postępowań przetargowych dotyczących jednej linii autobusowej. W stosunku do linii A4 zamawiający objął ją postępowaniem oraz wcześniej wszczętym postępowaniem przetargowym, które jeszcze nie uległo zakończeniu. We wcześniej wszczętym postępowaniu przetargowym zamawiający określił tak trudne do spełnienia warunki, że biorąc pod uwagę jedynie 5-miesięczny okres trwania umowy, niezasadnym z ekonomicznego punktu widzenia byłoby uczestnictwo w takim postępowaniu.

Nie nastąpiła żadna zmiana stanu faktycznego w zakresie dotyczącym optymalizacji świadczenia usług komunikacji pozamiejskiej na terenie aglomeracji katowickiej (górnosląskiej) także w części zachodniej (Gliwic). Brak zatem uzasadnienia do łączenia linii obsługiwanych, na podstawie umowy zawartej w wykonaniu rozstrzygnięcia przetargu, w ramach udzielenia zamówienia publicznego z innymi liniami i tworzenie przedmiotu zamówienia publicznego, który przez swój zakres eliminuje konkurencję, w tym podmioty, które należycie wykonują usługi przewozowe na wydzielonych liniach komunikacji miejskiej. Nie jest zgodne z interesem publicznym i jest sprzeczne z zasadą racjonalnego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych takie określenie przedmiotu zamówienia, które eliminuje konkurencję. Krytykowany zakres zamówienia publicznego jest przedmiotem zainteresowania spółki gminnej Gliwice tj. PKM Gliwice sp. z o.o., która w ocenie odwołującego jest jedynym podmiotem, który może spełnić warunki specyfikacji i który obecnie obsługuje większość linii komunikacji autobusowej objętych przetargiem. Dopuszczenie do przeprowadzenia przetargu w zakresie planowanym skutkować może

upadłością dzisiaj aktywnych podmiotów prowadzących działalność w zakresie objętym ogłoszonym przetargiem. Eliminacja konkurencji będzie zatem elementem, który w dłuższym czasie przesądzić może o negatywnych konsekwencjach nie tylko dla finansów publicznych ale także dla społeczności lokalnej w wielu aspektach.

Odmienne stanowisko zamawiającego prezentowane w rozstrzygnięciu przetargu nie może zostać w żadnym względzie zaakceptowane. Nie można się bowiem zgodzić, że przez sam fakt zamieszczenia ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Zamawiający dążył do poszerzenia kręgu potencjalnych wykonawców mogących złożyć ofertę w postępowaniu. Twierdzenia te, wobec obligatoryjnego obowiązku zamieszczenia ogłoszenia w Dz. Urz. U. E. są pozbawione jakichkolwiek podstaw i wskazują jedynie na nieudolną próbę obrony stanowiska zamawiającego. Niezwykle istotnym jest fakt, iż usługi będące przedmiotem postępowania nie należą do usług powszechnie zamawianych, które mogą być „od ręki” realizowane przez wiele podmiotów, tak jak to jest w przypadku zamówień na dostawę lub na roboty budowlane. Na rynku przewoźników miejskich w Polsce, jak również na terenie Unii Europejskiej nie ma bowiem podmiotów, które dysponowałyby w chwili ogłaszania przetargu wymaganym przez zamawiającego potencjałem technicznym i byłyby gotowe do niemalże niezwłocznego świadczenia tych usług. Jest powszechnie wiadomym, że przewoźnicy (wykonawcy) mają zaangażowanych ponad 95% posiadanego taboru na realizację podpisanych już kontraktów. Podpisanie nowych umów wiąże się przeważnie z zakupem lub pozyskaniem na innej podstawie (leasing, dzierżawa) pojazdów przez wykonawcę, co wymaga znacznego czasu (zakupienie lub wydzierżawienie ponad 100 pojazdów trwa od 4 do co najmniej 6 miesięcy) i zaangażowania finansowego. Należy w tym miejscu wskazać, że jedynym przewoźnikiem, który z dniem 1 listopada 2009 r. (tj. z dniem przewidywanym na rozpoczęcie świadczenia usług) będzie posiadał wolny potencjał techniczny (tabor) jest PKM Gliwice sp. z o.o., któremu to podmiotowi przed dniem rozpoczęcia zamówienia kończy się właśnie umowa z zamawiającym.

II. Argumentacja dotycząca zasadności zmiany wymagań stawianych wykonawcą chcącym uzyskać zamówienie

Zamawiający zobligowany jest do wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający zgodnie z postanowieniami Rozdziału 13 specyfikacji wskazał, iż jedynym kryterium wyboru wykonawcy stanowić będzie cena ofertowa. Tym samym, zgodnie z podstawowym i fundamentalnym nakazem zawartym w art. 7 ust. 1 Pzp, zamawiający w poszukiwaniu oferty najkorzystniejszej, w tym w szczególności podczas określania warunków udziału w postępowaniu, zobowiązany jest do zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nakaz ten oznacza, iż zamawiający ma ustalać tak te warunki, aby umożliwić obiektywnie jak najszerszej liczbie wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia złożenie oferty, czego celem jest ochrona tak interesu zamawiającego, jak i optymalne

wykorzystanie środków publicznych. Zasada równego i nie dyskryminacyjnego traktowania wykonawców jest również w istocie podstawą wspólnotowego prawa zamówień publicznych, i to nie tylko w ujęciu krajowym, ale także w wymiarze Unijnym.

Należy jednoznacznie i dobitnie wskazać, iż zaskarżone przez odwołującego postanowienia zawarte w punktach 5.1.a, 5.1.c, 5.3, 6.4 specyfikacji nie spełniają tak postawionego wymogu.

Należy wskazać, że zamawiający, mając na uwadze dyspozycję art. 22 ust. 2 Pzp nie może żądać od wykonawców np. potencjału technicznego większego, niż jest to niezbędne do wykonania zamówienia. Natomiast zamawiający stawia całkowicie niezasadne – biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia – wymogi m.in.:

1. Wykonywania w okresie trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania usług w zakresie przewozów regularnych (obejmującym między innymi system kontrolę biletów pasażerów wsiadających do autobusu przednimi drzwiami oraz system dynamicznego informowania pasażerów o przystankach – pkt 5.1.a specyfikacji). Na obszarze GOP stosowanie przez dotychczasowych przewoźników kontroli biletów pasażerów wsiadających przednimi drzwiami było uzależnione od wyboru przewoźnika. Natomiast nie był to wymóg konieczny, ustanowiony w umowie, tym samym nigdy nie wpływał na ocenę jakości usług świadczonych przez przewoźników. Wprowadzanie obecnie wymogu wykazania w okresie 3 lat świadczenia usług przewozowych z kontrolą biletów pasażerskich przy wsiadaniu przez przednie drzwi jest postanowieniem, które ogranicza uczciwą konkurencję, gdyż przewoźnicy, którzy nie stosowali takiej opcji świadczenia usług nie będą w stanie przedstawić referencji potwierdzających spełnienie tego warunku.

Ponadto wyłącznie jeden przewoźnik dobrowolnie wprowadził świadczenie usług przewozowych z opcją przeprowadzania kontroli biletów przy wsiadaniu przez przednie drzwi. Przewoźnikiem tym jest wykonawca PKM Gliwice. Wobec powyższego, pozostawienie brzmienia pkt 5.1.a specyfikacji bez korekty doprowadzi *de facto* do drastycznego ograniczenia konkurencji, gdyż jedynie PKM Gliwice będzie w stanie spełnić ten warunek. Wprowadzenie systemu kontroli biletów oraz dynamicznego systemu informowania pasażerów o przystankach nie jest immanentnym elementem świadczenia usług przewozowych i nie jest związane z żadnymi utrudnieniami. System kontroli biletów może być wprowadzony przez każdego przewoźnika w każdym czasie bez konieczności przeprowadzania czynności przygotowawczych. Należy stwierdzić, iż każdy z przewoźników działających na rynku krajowym jak i europejskim jest bez jakichkolwiek przeszkód niemalże z „dnia na dzień” wprowadzić system kontroli biletów przez przednie drzwi oraz niezwłocznie (w czasie potrzebnym na montaż systemu w pojazdach) system dynamicznego informowania pasażerów o przystankach. Zatem brak jest jakiegokolwiek podstawy do stawiania warunku ubiegania się o zamówienie publiczne od wykazania okoliczności nie mających znaczenia

przy ocenie doświadczenia koniecznego do należytego wykonania zamówienia. Warunek ten ma na celu li tylko ograniczenie konkurencji i umożliwienie jego spełnienia przez jeden z góry upatrzony podmiot.

2. Żądanie posiadania przez wykonawców 170 autobusów, w tym 44 niskopodłogowych nie starszych niż z 2002 r. wyposażonych w silniki spełniające normę czystości spalin EURO 3 (tabor B) oraz 41 autobusów niskopodłogowych nie starszych niż z 2003 r., których silniki spełniają kryterium czystości spalin EURO 3 (tabor C) – jako warunek zgodności oferty ze specyfikacją żądanie jest niezasadne w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie uzasadnił dlaczego akurat 44 autobusów taboru B winno być nie starszych niż z 2003 r., a nie może to być np.: 10 lub 15 autobusów. Zamawiający nie przedstawił jasnych i weryfikowalnych kryteriów ustalenia liczby 44 autobusów (taboru B) i 41 autobusów (taboru C). Działanie zamawiającego jest sprzeczne z art. 7 ust. 1 Pzp, art. 22 ust. 1 Pzp, niezasadne i nie zasługuje na akceptację;

3. Co najmniej 33 autobusów taboru B oraz 41 autobusów taboru C powinno być wyposażone w urządzenia do dynamicznej informacji pasażerskiej służącej do zapowiadania przystanków zlokalizowanych na trasie danej linii oraz w urządzenie do pomiaru i gromadzenia uzyskanych automatycznie informacji o liczbie przewożonych pasażerów. Stawianie takiego żądania jest w żaden sposób nieuzasadnione. Zamawiający nie wskazuje wedle jakich kryteriów ustalić liczbę autobusów taboru B i C, które winny być wyposażone w urządzenie do dynamicznej informacji pasażerskiej oraz w jakim to pozostaje związku z realną możliwością wykonania przez oferentów przedmiotu zamówienia. Aktualna treść pkt 5.1.c specyfikacji naruszenia art. 22 ust. 2 Pzp, jak i art. 25 Pzp.

4. Autobusy posiadane przez wykonawców powinny mieć co najmniej troje drzwi pasażerskich – odwołujący nie dostrzega żadnego związku między sprawnością obsługi linii komunikacji miejskiej a liczbą drzwi w autobusach. Zważyć należy, iż mając na uwadze sprawność przeprowadzania kontroli biletowej, znacznie sprawniej taką kontrolę można przeprowadzić, gdy autobusy wyposażone są w dwoje drzwi pasażerskich. Według wiedzy wnoszącego odwołanie warunki specyfikacji odpowiadają charakterystyce taboru posiadanego przez PKM Gliwice w zakresie liczby miejsc w autobusach i nie jest przypadkiem, że autobusy o pojemności 140 miejsc są taborom wymaganym w przetargach. Wobec powyższego odwołujący nie dostrzega żadnego merytorycznego uzasadnienia do omawianego żądania, tym samym należy wymagania uznać za sprzeczne z art. 22 ust. 2 i art. 7 Pzp oraz zmierzający do ograniczenia uczciwej konkurencji;

5. Wykonawcami mogą być jedynie podmioty, które wykonywały lub wykonują w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – usługi w zakresie przewozów regularnych o łącznej wartości nie mniejszej niż 15 000 000 zł, w tym każda z wykonanych usług o wartości nie mniejszej

niż 3 000 000 zł. Odnosząc się do przedstawionego powyżej żądania należy stwierdzić, że jest ono nieuzasadnione, stanowi naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 i art. 25 Pzp, gdyż zmierza do niedopuszczenia do udziału w postępowaniu małych i średnich podmiotów. Wprowadzenie do specyfikacji tego wymogu winno być poprzedzone przeprowadzonym przez zamawiającego badaniem rynku w zakresie ustalenia podmiotów spełniających ten warunek, celem sprawdzenia czy wprowadzenie takiego żądania nie doprowadzi do ograniczenia uczciwej konkurencji. Podkreślić należy, iż zamawiający przy ustalaniu warunków udziału w postępowaniu powinien mieć na uwadze – nakładany na zamawiającego przez art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 1 Pzp – obiektywizm warunków udziału w postępowaniu oraz to ażeby przez wprowadzone wymogi nie ograniczyć uczciwej konkurencji. Omawiany warunek stanowi przejaw naruszenia przez zamawiającego wymogu dbałości o zapewnienie uczciwej konkurencji między wykonawcami.

Zamawiający redagując przedmiot zamówienia oraz warunki udziału w postępowaniu powinien mieć na uwadze nadrzędną zasadę postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, wyrażoną m.in. w art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2, art. 29 ust. 2 Pzp – zasadę uczciwej konkurencji. Przedstawione powyżej kryteria udziału w postępowaniu nie mają jakiegokolwiek uzasadnienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia i ewidentnie naruszają zasadę uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 2 Pzp – tym samym są sprzeczne z przepisami Prawa zamówień publicznych, a jako takie nie mogą się ostać.

Stwierdzić jednoznacznie należy, iż zamawiający nie może żądać od wykonawcy większej wiedzy, doświadczenia, czy potencjału technicznego, niż jest to niezbędne do wykonania zamówienia, co jednak bezpodstawnie w rozpoznawanym postępowaniu czyni („Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych” pod redakcją Tomasza Czajkowskiego, UZP 2006).

Naruszenie zasad uczciwej konkurencji przez zamawiającego przejawia się przez określanie przedmiotu zamówienia w niejednorodny sposób, to jest naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 Pzp. Zamawiający nie kieruje się bowiem żadnymi racjonalnymi przesłankami, gdy raz prowadzi odrębne postępowania co do każdej linii komunikacji autobusowej, a w innych przypadkach grupuje linie w pakiety ograniczając udział w przetargu małych i średnich przedsiębiorców. W ten sposób możliwy jest udział w postępowaniu jedynie takich dużych przedsiębiorców jak PKM Gliwice. Poszczególne elementy składające się na przedmiot zamówienia określony przez zamawiającego, to jest linie autobusowe komunikacji miejskiej nie są ze sobą powiązane, co pozwalałoby na twierdzenie o racjonalnych względach gospodarczych kierujących zamawiającym. Należałoby rozważyć grupowanie linii autobusowych objętych postępowaniem w mniejsze grupy linii biorąc pod uwagę intensywność przepływu pasażerów. Mając na uwadze powyższe z całą pewnością

przedmiot zamówienia nie jest zatem określony przez zamawiającego za pomocą obiektywnych cech technicznych i jakościowych z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji. Postępowanie zamawiającego dowodzi przeciwnego tzn. można przypisać mu znamiona działań zmierzających do preferowania jedynie dużych przewoźników, tym samym uniemożliwiając przystąpienie do przetargu małym i średnim przedsiębiorcom. Mając na względzie okoliczność, że dużymi przewoźnikami są spółki gminne, które są zainteresowane świadczeniem usług na terenie własnej gminy, jedynym podmiotem, który jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia publicznego w sprawie i jednocześnie jest zdolnym do spełnienia warunków przetargu jest PKM Gliwice. Udzielenie jednego zamówienia obejmującego obsługę aż 48 linii autobusowych nie jest uzasadnione zarówno organizacyjnie jak i gospodarczo. Przedstawione powyżej działanie zamawiającego wprost narusza zasady przeprowadzania postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, a zwłaszcza zasadę uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 29 ust. 2 Pzp, a dotyczącą uczciwej konkurencji przy opisywaniu przedmiotu zamówienia. Ograniczenie konkurencji przez ustalenie warunków udziału w przetargu – m.in. posiadanie aż 170 autobusów – możliwych do spełnienia tylko przez nielicznych wykonawców, faktycznie tylko przez jednego z nich, nie jest zgodne z interesem publicznym, w tym z zasadą racjonalnego wydatkowania środków publicznych. Ograniczenie konkurencji prowadzi bowiem do zwiększonych wydatków publicznych i niższej jakości wykonywanych usług.

III. Argumentacja dotycząca konieczności zmiany postanowień wzoru umowy stanowiącego część specyfikacji

§ 1 ust. 7 wzoru umowy stanowi klauzulę, która wypacza istotę zamówień publicznych. Umożliwienie zamawiającemu bez ograniczeń zwiększania lub zmniejszenia zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia po zawarciu umowy kończącej procedurę udzielenia zamówienia publicznego stanowi o zaprzeczeniu warunków postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Po przeprowadzeniu postępowania umowę należy wykonywać na wskazanych warunkach stwierdzonych w specyfikacji, a nie na warunkach, które według swego autonomicznego przekonania będzie zmieniał zamawiający. W tym względzie § 1 ust. 7 umowy wymaga wykreślenia.

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

Stwierdzone ustaleniami kontrolerów zarzuty nie mogą stanowić jedyne dowodu na okoliczność oceny sposobu wykonywania umowy przez wykonawcę. Mając na względzie sposób przeprowadzania kontroli w tym błędy w ustaleniach faktycznych i fragmentaryczność oceny okoliczności koniecznych dla legalnego stosowania kar umownych w tym zawinienia wykonawcy, konieczne jest dokonanie zmiany przedstawionej umowy. Zmianę uzasadnia art. 483 Kc w zakresie stosowania kar umownych przez uwzględnienie konieczności weryfikowania zarzutów stwierdzonych przez kontrolerów w oparciu o wszelkie dostępne dowody w ramach postępowania odwoławczego. Konieczność weryfikacji przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej jest warunkiem zgodności umowy z przepisami prawa powszechnego w tym art. 353¹ w zw. z art. 483, w zw. z art. 471 Kc.

Nieważnym postanowieniem umowy jest § 8 ust. 4 wzoru umowy, który stanowi o związaniu wykonawcy ustaleniami z kontroli przeprowadzonej przez pracowników zamawiającego, często zaocznie względem wykonawcy i bez koniecznych wyjaśnień okoliczności związanych z zawinieniem. § 8 ust. 4 wzoru umowy stanowi o istocie zobowiązań cywilnoprawnych uprzywilejowaniem zamawiającego. Zamawiający jako strona umowy przez § 8 ust. 4 wzoru umowy chciałby sytuować się jako podmiot, który jednostronnie decyduje o ocenie faktów związanych z wykonaniem umowy przez wykonawcę. Krytykowana norma stanowi zaprzeczenie zasady równowagi stosunków cywilnoprawnych w zakresie praw i obowiązków. Zamawiający znacząco i bezpodstawnie zastrzega w umowie głównie prawa dla siebie, a obowiązki dla wykonawcy. § 9 ust. 3 i 4 wzoru umowy wymaga co najmniej uzupełnienia w zakresie wnioskowanym. Konieczności zmiany treści w zakresie proponowanym jest uzasadniona koniecznością dostosowania treści umowy do zasad prawa cywilnego.

Weryfikacja zasadności stawianych wykonawcy zarzutów musi być odniesiona do oceny przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej weryfikowanych w oparciu o wnioskowane dostępny materiał dowodowy. Niedopuszczalne jest stosowanie kar umownych w sposób, który wypacza istotę i stanowienie o nieważności postanowień umownych na podstawie art. 58 w związku z art. 483 w związku z art. 471 w związku z art. 353¹ Kc. Kary umowne nie powinny być naliczane i potrącane z wynagrodzenia wykonawcy bez koniecznej weryfikacji ich zastosowania. Weryfikacja stosowania kary umownej zawsze należy do sądu, natomiast w umowie należy ograniczyć dowolność zamawiającego o zakresie potrącania kar umownych z wynagrodzenia, bez względu na postępowanie odwoławcze.

Rozwiązanie umowy powinno być uzasadnione nadzwyczajnymi okolicznościami. Mając na względzie zawarcie umowy na czas określony po przeprowadzeniu procedury przetargowej. Rozwiązanie umowy przez strony powinno być dopuszczone na równorzędnych zasadach. § 11 ust. 3 i ust. 4 wzoru umowy stanowią o odstąpieniu od zasady równego traktowania stron w zakresie rozwiązania umowy i skutków rozwiązania umowy w trybie natychmiastowym. Zamawiający ma znacznie szersze możliwości

rozwiązania umowy niż wykonawca, który może rozwiązać umowę jedynie w wypadku rażącego naruszenia jej postanowień przez zamawiającego. Zamawiający natomiast może rozwiązać umowę w wielu przypadkach wskazanych w § 11 ust. 3 wzoru umowy, bez względu na ich ocenę pod kątem szczególnego przypadku i jednocześnie może rozwiązać umowę na podstawie § 11 ust. 2 wzoru umowy w przypadkach szczególnych. Brak równowagi praw w omawianym zakresie preferuje silniejszego ekonomicznie. Zamawiający jest uprzywilejowany bezpośrednio w zakresie dotyczącym trwania umowy.

§ 11 ust. 4 wzoru umowy uprawnia tylko zamawiającego do naliczenia kary umownej, choć dalsza treść przepisu odwołuje się do obciążenia karą umowną stroną umowy, która zawiniła. Przepis jest sprzeczny wewnętrznie i pozornie stanowi klauzulę równoważną a faktycznie jest przepisem, na podstawie którego zamawiający może zastosować karę umowną, bo tylko zamawiający może ją naliczyć. Nie jest możliwe bowiem faktycznie aby wykonawca obligował skutecznie zamawiającego do naliczenia kary umownej należnej wykonawcy. Zgodnie z § 11 ust. 4 wzoru umowy wykonawca ma pozorne prawo do kary umownej, faktycznie takie prawo ma tylko zamawiający.

Jedną z fundamentalnych zasad prawa cywilnego jest przestrzeganie zasady współzycia społecznego zawartej w dyspozycji art. 5 Kc, który stanowi, że nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. O randze tej zasady świadczy fakt, iż ustawodawca wprowadza sankcję bezwzględnej nieważności czynności prawnej (art. 58 § 2 Kc) w przypadku jej naruszenia. Z uwagi zatem na fakt, iż zasadą prawa cywilnego jest równość stron stosunku cywilnoprawnego, ww. postanowienia wzoru umowy jako naruszające powyższe zasady powinny być przez zamawiającego usunięte lub zmienione. Ponadto konsekwencją zasady równości stron jest zasada swobody zawierania umów, która stanowi, że strony zawierające umowę mogą ułożyć swój stosunek prawny według własnego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego.

Nie można w żadnym względzie uznać za zgodne z ww. zasadami takie postanowienia wzoru umowy, w którym zamawiający wykorzystując przywilej sformułowania istotnych postanowień umowy zawarty w art. 36 Pzp, kształtuje postanowienia wyłącznie we własnym interesie. Należy wskazać, iż takie działania zamawiającego rażąco naruszają zasadę równości stron i uczciwej konkurencji. Przestrzeganie zasady równości stron w umowach o zamówienie publiczne (art. 5 Kc w zw. z art. 139 Pzp) wymaga zatem dokonania przez zamawiającego zmian ww. postanowienia umowy.

Zamawiający obowiązany jest przestrzegać nie tylko powołane przepisy, ale także przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz przepisy ustawy o ochronie

konkurencji i konsumentów. Przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji definiują natomiast pojęcie czynu nieuczciwej konkurencji, którym jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami w sytuacji jeżeli zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust. 1). W przepisie art. 15 ust. 2 tej ustawy przykładowo wskazano czyny nieuczciwej konkurencji. Wskazać dobitnie należy, iż jest nim również, utrudnianie dostępu do rynku. Tym samym, zakwestionowane przez odwołującego postanowienia specyfikacji uniemożliwiają odwołującemu dostęp do realizacji zamówienia. Odwołujący będąc profesjonalnie działającym przedsiębiorstwem przewozowym, nie jest w stanie złożyć oferty w zamówieniu. Zatem też takie działanie zamawiającego, ograniczające profesjonalnym podmiotom zdolnym do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia złożenie oferty, stanowi dobitny przykład nieuzasadnionego i sprzecznego z ww. przepisami prawa ograniczania wykonawcom dostępu do rynku przez uniemożliwienie udziału w postępowaniu. Należy w tym miejscu wskazać, że powyższy zarzut był już podniesiony przez odwołującego w proteście, jednak nie został on przywołany przez podanie szczegółowej podstawy prawnej zarzutu, a jedynie w sposób opisowy. Tym samym Izba rozstrzygając niniejsze odwołanie winna wziąć również pod uwagę powyższe zarzuty, bowiem nie zachodzi sytuacja przewidziana w art. 191 ust. 3 Pzp.

Na podstawie dokumentacji postępowania, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron zaprezentowane w proteście, oddaleniu protestu i odwołaniu oraz podczas rozprawy wyrażone przez zamawiającego ze względu na niestawienie się odwołującego, a ponadto biorąc pod uwagę dowód w postaci wyciągu z pisma „Komunikacja miejska w liczbach” na okoliczność wyników ekonomicznych zamawiającego w porównaniu do rejonu obsługiwanego przez odwołującego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2, art. 25 i art. 29 ust. 2 Pzp – przez ustanowienie w specyfikacji warunków i wymagań wskazujących na naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców – zasługuje na akceptację w zakresach wskazanych poniżej.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający bezpodstawnie określił przedmiot zamówienia w całości bez podziału przedmiotu zamówienia na poszczególne linie autobusowe, a w związku z tym ustanowił warunki udziału w postępowaniu, które są niezasadne i które zmierzają do ograniczenia uczciwej konkurencji.

Skład orzekający Izby następująco odniósł się do wnioskowanych zmian w specyfikacji:

1. Ad zarzutu do pkt 3.1 specyfikacji przez podzielenie przedmiotu zamówienia i rozdzielanie każdej z linii komunikacji miejskiej nr 18, 26, 27, 34, 35, 49, 55, 84, 88, 90, 100, 106, 116, 150, 160, 175, 182, 188, 220, 221, 235, 260, 299, 604, 605, 618, 622, 635, 644, 690, 723, 801, 803, 805, 806, 807, 808, 811, 815, 817, 825, 831, 835, 902, 903, 935, 984, C-6 do odrębnego postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego

Takie rozdzielanie 48 linii autobusowych zapewniłoby, zdaniem odwołującego, łatwiejszy dostęp do poszczególnych zamówień publicznych dla małych i średnich podmiotów gospodarczych. Z drugiej strony zamawiający wskazał, że dokonał podziału obsługiwane obszaru na cztery części – zachodnią, wschodnią, północną i centrum. Zamawiający uzyskał właściwy podział funkcjonalny, który zapewnia oczekiwany efekt ekonomiczny.

Na dowód tego zamawiający złożył na rozprawie informację wyciąg z nru 2/08 czasopisma „Komunikacja miejska w liczbach”, gdzie na str. 57 jest przedstawiona średnia cena 1 km w KZK GOP Katowice (rejon obsługiwany przez zamawiającego) wynosząca 3,98 zł i PKS Wejherowo (rejon obsługiwany przez odwołującego) wynosząca 5,63 zł.

W ocenie odwołującego tylko dotychczasowy usługodawca to jest wykonawca PKM Sp. z o.o. Gliwice jest w stanie z uwagi na wymagania przede wszystkim co do wyposażenia technicznego spełnić wymogi zamawiającego. Odwołujący zarzuca, że ustanowiony zakres zamówienia spowoduje wykluczenie konkurencji, a w efekcie wzrost cen świadczonych usług przewozowych.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzut odwołującego w tym zakresie jest niezasadny, a zarzut naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego dostępu do rynku oraz żądanie dokonania podziału zamówienia na poszczególne 48 linii autobusowych na nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wyjaśnił w rozstrzygnięciu protestu, że Zamawiający obsługuje teren wielu gmin w większości miejskich, a częściowo wiejskich od szeregu lat to jest co najmniej obejmujących okres obowiązywania systemu zamówień publicznych, a od 2001 r. Uchwałą Zarządu KZK GOP dokonano podziału całego obsługiwane terenu na cztery obszary to jest: wschód, zachód, centrum, północ. W związku z powyższym postępowanie zamawiającego jest uzasadnione faktycznym zakresem działalności zamawiającego, a z samego faktu, że odwołujący nie spełnia wymogów warunkujących uzyskanie zamówienia nie oznacza, że zamawiający ograniczył dostęp do zamówienia w sposób naruszający

zasadę uczciwej konkurencji oraz równego dostępu do zamówień. Wobec tego nie można nakazać zamawiającemu podzielenie zamówienia na pojedyncze linie autobusowe.

Odwołujący może złożyć ofertę wspólnie z innymi wykonawcami, co jest przewidziane w art. 23 Pzp.

Zamawiający dokonał podziału obsługiwanej obszar na cztery części w zakresie podstawowego świadczenia usług, jednak dokonał tego podziału w zakresie odpowiadającym zamawiającemu ze względów a) funkcjonalności (do czego służy linia), b) obszarowości, c) pozycji w systemie komunikacyjnym (podstawowe lub uzupełniające). Tak więc zamawiający dokonał podziału obsługiwanej zakresu zadań na kilka postępowań, ale w zakresie wynikającym z polityki przewozowej prowadzonej przez samego zamawiającego.

Odwołujący domagał się podziału całego zamówienia obejmującego 48 linii autobusowych na pojedyncze linie autobusowe. W ocenie Izby żądanie takiego podziału zamówienia nie zasługuje na uwzględnienie z powodów zarówno ekonomicznych, funkcjonalnych jak i organizacyjnych przewozu osób na obszarze obsługiwany przez zamawiającego.

Tym samym zarzut braku ochrony interesów małych i średnich przedsiębiorców nie może być traktowany jako nadrzędny w stosunku do ochrony interesu zamawiającego, który przy organizowaniu świadczenia usług przewozu ludności Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego dąży (i to skutecznie, co wynika z przedstawionego dowodu) do obniżenia kosztów oraz zapewnienia sprawnej organizacji świadczenia usług przewozu.

Odwołujący nie przedstawił racjonalnych powodów dla których zamawiający powinien dokonać podziału usług przewozu osób na pojedyncze 48 linii autobusowych, szczególnie, że wykonawcy, którzy nie posiadają możliwości pojedynczo wziąć udziału w postępowaniu mogą – zgodnie z unormowaniem art. 23 Pzp – wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia.

2. Ad zarzutu do pkt 5.1.a specyfikacji przez wykreślenie warunku wykazania przeprowadzania w poprzednio realizowanych umowach kontroli biletów pasażerów wsiadających do autobusu przednimi drzwiami oraz przez wykreślenie warunku wykazania stosowania w realizacji poprzednich umów systemu dynamicznej informacji pasażerów o przystankach

Skład orzekający Izby uwzględnił zarzut nakazując usunięcie postanowień specyfikacji – zgodnie z wnioskiem odwołującego. Przede wszystkim specyfikacja nie wskazywała w ilu wykazanych usługach zaskarżone świadczenie miało występować, to jest czy kontrola biletów przez kierowcę przy wsiadaniu pasażerów do autobusu i dynamiczna informacja o przystankach miały występować we wszystkich wymienionych usługach w „Wykazie wykonanych usług, potwierdzających posiadanie doświadczenia zawodowego”. Czy wystarczyło wykazanie takich świadczeń w jednej usłudze czy w ich większej liczbie.

Zamawiający nie sprecyzował w specyfikacji jak długi okres wykonywania wymaganych świadczeń (kontrola biletów przez kierowcę przy wpuszczaniu wsiadających pasażerów tylko przednimi drzwiami i dynamiczna informacja o kolejnych przystankach) powoduje, że wykonawca ma prawo prezentowania nabycia w tym zakresie doświadczenia.

Wykonawca nie musi posiadać szczególnych zdolności czy umiejętności do wdrożenia przedmiotowych czynności (wpuszczania pasażerów wskazanym wejściem i informowania ich o kolejnych przystankach), co mogłoby uzasadniać wymaganie posiadania swoistych umiejętności i doświadczenia w takim postępowaniu.

Na uwzględnienia zarzutu ma także wpływ okoliczność, że wsiadanie do autobusu w komunikacji miejskiej czy podmiejskiej przednimi drzwiami nie jest w skali kraju powszechnie praktykowane. Mogłoby to wpłynąć dyskryminująco na przewoźników, obsługujących regiony, gdzie takich praktyk się nie stosuje.

W zakresie dynamicznej informacji o kolejnych przystankach autobusowych to w ocenie składu orzekającego Izby wymóg ten nie ma charakteru szczególnej umiejętności zawodowej. Do spełnienia tego wymagania wystarczy wyposażenie odpowiednie autobusu i poinstruowanie kierowcy o wykonywaniu dosyć prostej czynności, jaką jest zapowiadanie nazwy przystanku.

Skład orzekający Izby w rozpoznawanym zakresie podziela stanowisko odwołującego co do nieuzasadnionego wymogu posiadania doświadczenia zawodowego w zakresie wpuszczania do autobusu pasażerów przednimi drzwiami oraz wyposażenia autobusu w urządzenie do informowania pasażerów.

Jednak nie ma podstaw do uznania, iż takie wymogi zawarte w opisie przedmiotu zamówienia (sposób wsiadania do autobusu i dynamiczna informacja o przystankach) mają charakter dyskryminacyjny przewoźników, u których nie występuje tak opisany przedmiot zamówienia, gdyż jest to zależne od modelu obsługi pasażerów przyjęty przez zamawiającego, co jest uzasadnione.

3. Ad zarzutu do pkt 5.1.c specyfikacji przez ograniczenie liczby autobusów jakimi winni dysponować wykonawcy stosownie do podzielonego przedmiotu zamówienia

Skład orzekający Izby nie uwzględnił zarzutu, gdyż Izba nie uwzględniła zarzutu co do podziału zamówienia na poszczególne linie autobusowe. Natomiast opisane zarzuty odnoszące się do liczby autobusów i ich rodzaju. Zamawiający wykazał zasadność postawionego warunku. Na taki zakres świadczenia usługi konieczny jest wykonawca posiadający takie wyposażenie techniczne (prawie 200 autobusów) i nie jest to wymaganie nadmierne w stosunku do opisanego przedmiotu zamówienia.

4. Ad zarzutu do pkt 5.3 specyfikacji przez sprecyzowanie, że złożone przez oferentów tzw. referencje nie muszą zawierać adnotacji, że oferent stosował system kontroli biletów

pasażerów wsiadających do autobusów przednimi drzwiami oraz system dynamicznej informacji pasażerów o przystankach

Skład orzekający Izby nie uwzględnił tego zarzutu, ponieważ w dokumentach zwanych powszechnie referencjami potwierdza się jakość wykonanych usług, a nie wymaga się potwierdzenia ilości i rodzaju usług, co należy do obowiązku wykonawcy, aby uczynił to w wykazie usług. Natomiast skład orzekający Izby uwzględniając zarzut do wymogu doświadczenia zawodowego w zakresie wsiadania do autobusu przednimi drzwiami i kontroli biletów przez kierowcę oraz wyposażenia autobusu w dynamiczną informację o przystankach stwierdza – nakazał stosowne zmiany w Wykazie usług, stanowiącym wzór formularza załączonego do specyfikacji (załącznik nr 2 do specyfikacji). W związku z powyższym zarzut w zakresie tzw. referencji Izba uznała za bezprzedmiotowy, ponieważ referencje potwierdzają jedynie należyte wykonanie usługi, a nie stanowią potwierdzenia jej ilości, rodzaju, miejsca wykonania oraz terminu, co zawierać powinno zostać oświadczone w „Wykaz wykonanych usług” sporządzonym przez wykonawcę.

5. Ad zmiany § 2 ust. 2 umowy przez wprowadzenie postanowienia „Brak oświadczenia Zamawiającego w okresie do 48 godzin od dostarczenia przez Wykonawcę Zamawiającemu wniosku o zgodę na dopuszczenie do wykonywania usługi autobusami równoważciovymi będzie skutkować uznaniem wyrażenia zgody przez Zamawiającego na wykonywanie umowy zgłoszonym we wniosku autobusem w okresie we wniosku wskazanym.”

Skład orzekający Izby uwzględnił zarzut i Izba nakazała zmiany, ale nie w samej treści pkt 6.4 specyfikacji tylko w treści załącznika Nr 2 do specyfikacji (Wykaz wykonanych lub wykonywanych usług) przez nakazanie skreślenia w nim postanowienia o treści „z uwzględnieniem systemów opisanych w pkt 3.2. SIWZ”.

6. Ad wykreślenia § 1 ust. 7 wzoru umowy stanowiącej załącznik Nr 4 do specyfikacji

Odwołujący zażądał wprowadzenia postanowienia „Brak oświadczenia zamawiającego w okresie do 48 godzin od dostarczenia przez wykonawcę zamawiającemu wniosku o zgodę na dopuszczenie do wykonywania usługi autobusami równoważciovymi będzie skutkować uznaniem wyrażenia zgody przez zamawiającego na wykonywanie umowy zgłoszonym we wniosku autobusem w okresie we wniosku wskazanym.”.

Obecny na rozprawie przedstawiciel zamawiającego nie określił czasu optymalnego do rozpatrzenia wniosku o podstawienie autobusu zastępczego (równoważciovego). Izba uwzględniła żądanie określenia terminu przez wskazanie 48 ośmiu godzin od złożenia wniosku to jest zgodnie z żądaniem odwołującego. Inne określenie tego terminu byłoby pojęciem tzw. nieostrym i powodującym w każdym przypadku złożenia wniosku spowoduje niepewność po stronie odwołującego czasu rozpatrzenia wniosku. Termin 48 godzin wynika z innych postanowień wzoru umowy, gdzie wykonawca może bez zgodny zamawiającego podstawić na 48 godzin autobus zastępczy. Obrót gospodarczy nie powinien się cechować

stanami niepewności uczestniczących w nim stron poza konieczne sytuacje. Strony uczestniczące w obrocie gospodarczym powinny być w możliwie największym zakresie jednakowo traktowane co do praw i obowiązków przy realizacji zamówienia.

Skład orzekający Izby uwzględnił zarzut nakazując zamawiającemu zmianę umowy zgodnie z intencjami odwołującego to jest przez dopisanie na końcu § 2 ust. 2 wzoru umowy zdania zawnioskowanego w proteście i odwołaniu.

7. Ad wykreślenia § 1 ust. 7 wzoru umowy stanowiącej załącznik Nr 4 do specyfikacji

Skład orzekający Izby nie uwzględnił podniesionego zarzutu z uwagi na jego obiektywne przesłanki do stosowania w praktyce. Postanowienie zawiera następujące brzmienie: „Zamawiający zakłada możliwość czasowego zwiększenia lub zmniejszenia zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia, z realizacją w dowolnym okresie trwania umowy, w związku z występującymi utrudnieniami w ruchu, uniemożliwiającymi funkcjonowanie komunikacji zastępczej w kształcie podstawowym. Zwiększenie lub zmniejszenie zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia może spowodować także zmianę ilości autobusów przeznaczonych do obsługi tej linii.”. Takie postanowienie wzoru umowy w ocenie składu orzekającego Izby znajduje potwierdzenie w bezwzględnie obowiązujących przepisach Prawa budowlanego regulującego zasady ograniczania ruchu drogowego w związku z prowadzonymi robotami drogowymi. Jak z tego wynika postanowienie wzoru umowy przewidujące okoliczności i ich skutki, na które nie mają wpływu strony umowy są usprawiedliwione zdarzeniami, na które również nie mają wpływu strony umowy. W związku z powyższym Izba nie uwzględniła żądania odwołującego wykreślenia § 1 ust. 7 z treści wzoru umowy.

8. Ad wykreślenia § 8 ust. 4 wzoru umowy stanowiącej załącznik Nr 4 do specyfikacji

Izba nakazała dokonanie zmiany treści § 8 ust. 4 wzoru umowy przez utrzymanie dotychczasowej jego treści i nakazała dopisać na końcu zdania następującą treść: „z zastrzeżeniem § 9 ust. 3 umowy”. Po dokonanej zmianie treść § 8 ust. 4 wzoru umowy otrzyma brzmienie: „Ustalenia z kontroli są wiążące dla wykonawcy z zastrzeżeniem § 9 ust. 3 umowy”. Natomiast uwzględniając nakazaną przez Izbę zmianę § 9 ust. 3 wzoru umowy otrzymuje następującą treść: „Od kar umownych, o których mowa w niniejszym paragrafie, służy wykonawcy procedura odwoławcza. Odwołanie może być złożone do zamawiającego w terminie do trzech dni po otrzymaniu od wykonawcy szczegółowego rozliczenia stwierdzonych nieprawidłowości. Odwołanie wszczyna procedurę weryfikacji ustaleń z kontroli w oparciu o wszelkie dostępne dowody zgromadzone w sprawie.”.

Ponadto Izba nie podziela poglądu odwołującego co do tego, iż Zamawiający nie ma prawa dokonywać wiążących ustaleń w oparciu o zawartą umowę w zakresie egzekwowania

od wykonawcy należytego wykonania umowy, a w przypadku stwierdzenia naruszeń stosować kary umowne zastrzeżone na tę okoliczność.

Skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do uwzględnienia żądania odwołującego w zakresie wykreślenia z umowy postanowienia o treści „Ustalenia z kontroli są wiążące dla wykonawcy”, ponieważ stosowanie kar umownych jest czynnością jednostronną, na którą nie ma wpływu czy druga strona stosunku cywilnoprawnego wyrazi zgodę czy nie – w razie wystąpienia przypadku zaistnienia okoliczności przewidzianych w umowie do zastosowania kar umownych. Natomiast skoro umowa (§ 9 ust. 3) przewiduje procedurę odwoławczą to zasadne jest wstrzymanie „egzekucji” kar umownych przez zamawiającego (przez potrącenie – art. 498 Kc) do czasu rozpatrzenia przez zamawiającego odwołania od zastosowania kar umownych.

9. Ad zmiany § 9 ust. 3 wzoru umowy stanowiącej załącznik Nr 4 do specyfikacji przez dodanie „Odwołanie wszczyna procedurę weryfikacji ustaleń z kontroli w oparciu o wszelkie dostępne dowody zgromadzone w sprawie.”

Skład orzekający Izby uwzględnił żądanie odwołującego w pełnym zakresie nakazując dokonanie zmiany przez dodanie wnioskowanego postanowienia, na podstawie którego treść § 9 ust. 3 wzoru umowy otrzymuje brzmienie: „Od kar umownych, o których mowa w niniejszym paragrafie, służy wykonawcy procedura odwoławcza. Odwołanie może być złożone do zamawiającego w terminie do trzech dni po otrzymaniu od wykonawcy szczegółowego rozliczenia stwierdzonych nieprawidłowości. Odwołanie wszczyna procedurę weryfikacji ustaleń z kontroli w oparciu o wszelkie dostępne dowody zgromadzone w sprawie.”. Izba uwzględniła żądanie zmiany umowy w powyższym zakresie, ponieważ nie można odmówić wykonawcy składania dowodów zaprzeczających ustaleniom zamawiającego, dla poszanowania równości stron stosunku umownego oraz przyspieszenia postępowania wyjaśniającego umożliwiającego ochronę interesów wykonawcy obciążanego karą umowną.

10. Ad zmiany § 9 ust. 4 wzoru umowy stanowiącej załącznik Nr 4 do specyfikacji przez dodanie „Kary umowne nie mogą być ani naliczane ani potrącane przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania. Do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia odwołania naliczane kary umowne stanowi jedynie propozycję Zamawiającego.”

Skład orzekający Izby uwzględnił w zakresie jak w sentencji zmianę § 9 ust. 4 wzoru umowy przez nakazanie dodania postanowienia „Kary umowne nie mogą być ani naliczane, ani potrącane przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania przez zamawiającego”. W ocenie Izby konsekwencją zaoferowania przez zamawiającego procedury postępowania odwoławczego od kar umownych jest ich nie naliczanie oraz nie obciążanie przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania od kar umownych w postępowaniu przed

zamawiającym. Natomiast nie znajdują usprawiedliwienia prawnego wywołyającego, na mocy których odwołujący podnosi, że zamawiający ma prawo kompensaty kar umownych z należnego wynagrodzenia dopiero po ostatecznym rozstrzygnięciu sporu sądowego wywołanego naliczeniem kary umownej. Za takim stanowiskiem przemawia treść art. 498 § 1 Kc zgodnie z którym gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym. Art. 498 § 2 Kc stanowi: Wskutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej.

W związku z tym Izba nakazała zamawiającemu zmianę oprotestowanego § 9 ust. 4 wzoru umowy jak w sentencji wyroku.

11. Ad wykreślenia § 11 ust. 3 i ust. 4 wzoru umowy stanowiącej załącznik Nr 4 do specyfikacji

Skład orzekający Izby uwzględnił zarzut w zakresie jak w sentencji wyroku to jest przez zmniejszenie dolegliwości sankcji kary umownej przez jej obniżenie do wysokości 20% planowanej miesięcznej należności. W pozostałym zakresie co do żądań wykreślenia § 11 ust. 3 i 4 wzoru umowy skład orzekający Izby podzielił argumentację zamawiającego przedstawioną w rozstrzygnięciu protestu i na rozprawie.

12. Ad nakazania zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji

Skład orzekający Izby stwierdza, że tak ogólnie postawione wymaganie bez skonkretyzowania w proteście i odwołaniu faktycznych przesłanek postawienia takiego zarzutu i wymagania nie może być rozpatrzone przez Izbę i pozostaje bez rozpatrzenia.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust.6 i 7 Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz.1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545 i Nr 91, poz. 742) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*