

Sygn. akt: KIO 1169/19

WYROK
z dnia 9 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2019 r. przez wykonawcę **Mera-Serwis SGL Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim,**

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Intercity S.A. z siedzibą w Warszawie,**

przy udziale wykonawcy **Avista Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu numerem 3, dotyczącego braku podania w SIWZ informacji mających znaczenie dla decyzji o złożeniu oferty oraz warunkach oferty;
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala;
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Mera-Serwis SGL Sp. z o.o. S.K.A. i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 567 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Intercity S.A. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Agencyjna sprzedaż biletów PKP Intercity S.A. w automatach biletowych*. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 14 czerwca 2019 r. pod numerem 2019/S 113-278571.

W dniu 24 czerwca 2019 r. wykonawca Mera-Serwis SGL Sp. z o.o. S.K.A. wniósł odwołanie wobec treści SIWZ w zakresie:

- 1) zbyt krótkiego terminu rozpoczęcia świadczenia sprzedaży biletów we wszystkich lokalizacjach wskazanych w danej części (60 dni roboczych od dnia podpisania umowy),
- 2) zbyt krótkiego terminu obowiązywania umowy (28 miesięcy od dnia jej zawarcia lub do wyczerpania maksymalnego wynagrodzenia, przeznaczonego przez Zamawiającego na realizację przedmiotu umowy, w zależności od tego, które z powyższych zdarzeń nastąpi wcześniej),
- 3) zaniechania jednoznacznego określania obowiązków stron umowy związanych z dostawą instalacją nowych urządzeń do sprzedaży biletów;
- 4) zaniechania wyznaczenia jednolitego maksymalnego okresu świadczenia usługi sprzedaży biletów i pobierania z tego tytułu prowizji, bez względu na to, kiedy dany wykonawca będzie gotowy do rozpoczęcia świadczenia usługi sprzedaży biletów.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 29 ust. 1, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z Rozdziałem V ust. 1 SIWZ przedmiotem zamówienia jest agencyjna sprzedaż biletów PKP Intercity S.A. w 164 automatach biletowych w 116 lokalizacjach. Przedmiot zamówienia został podzielony na pięć części. Zgodnie z pkt 4 ppkt 1 Opisu Przedmiotu Zamówienia oraz § 3 pkt 6 i 7 Załącznika nr 6 Wzoru umowy Zamawiający wyznaczył termin rozpoczęcia świadczenia usługi sprzedaży biletów na 60 dni roboczych licząc od dnia podpisania umowy. Jak wynika z definicji ujętej w Rozdziale V ust. 9 SIWZ, przez dni robocze Zamawiający rozumie dni kalendarzowe z wyjątkiem sobót, niedziel oraz dni wolnych od pracy. Tym samym, gdyby hipotetycznie założyć, że zawarcie umowy nastąpi 1 sierpnia 2019 r., to umowny termin rozpoczęcia

świadczenia usługi sprzedaży biletów upływałby w dniu 25.10.2019 r. i wynosiłby zatem 86 dni kalendarzowych. Zgodnie z pkt 2 ppkt 1 OPZ automaty biletowe mają zostać dostarczone i zainstalowane przez wybranego wykonawcę i zgodnie z § 2 ust. 7 Załącznika nr 6 do SIWZ (wzór umowy) pozostawać jego własnością (pozostawać w jego dyspozycji) przez cały okres realizacji kontraktu. Tym samym, zasadniczo każdy wykonawca (w tym Odwołujący), inny niż wykonawca, który obecnie realizuje zamówienie na rzecz Zamawiającego, nie ma zagwarantowanej możliwości wykorzystania obecnie funkcjonującej infrastruktury automatów biletowych we wskazanych 116 lokalizacjach, zapewne z uwagi na to, że nie są one własnością Zamawiającego tylko przedsiębiorców, którzy obecnie świadczą usługi agencyjnej sprzedaży biletów. Odwołujący wskazał, że Zamawiający dopuszcza możliwość świadczenia usługi z wykorzystaniem automatów biletowych nowych, jak i używanych. Zdaniem Odwołującego już sam fakt dopuszczenia możliwości świadczenia usługi przy użyciu używanych automatów stawia w uprzywilejowanej pozycji wykonawców, którzy obecnie świadczą usługi, gdyż wykonawcy ci nie będą musieli ponosić kosztów związanych z dostarczeniem i instalacją automatów.

Odwołujący podniósł, że niezależnie jednak od uprzywilejowanej pozycji wykonawców obecnie świadczących usługi we wskazanych SIWZ lokalizacjach, rozpoczęcie świadczenia usług sprzedaży biletów z użyciem 164 nowych automatów biletowych w 116 lokalizacjach wskazanych w SIWZ, jest niemożliwe w terminie wskazanym przez Zamawiającego. Dopuszczenie możliwości świadczenia usługi z wykorzystaniem innych niż obecnie funkcjonujące automaty we wskazanych lokalizacjach jest iluzoryczne, jeśli uwzględni się wymagania terminowe Zamawiającego związane z 60-dniowym terminem rozpoczęcia świadczenia usługi sprzedaży biletów oraz liczne obowiązki, jakie spoczywają na wykonawcy, których wypełnienie poprzedza rozpoczęcie świadczenia usług sprzedaży biletów. Odwołujący, w celu realizacji zamówienia zobowiązany jest dostarczyć automaty biletowe, które nie są produktami z tzw. „półki”, lecz są to urządzenia produkowane na indywidualne zamówienie odbiorców. Tym samym, Odwołujący, aby przystąpić do realizacji ewentualnie zawartej umowy, zobowiązany będzie zamówić automaty u producenta (Mera Systemy Sp. z o.o.). Producent potrzebuje 160 dni roboczych, zaś sam czas oczekiwania na komponenty niezbędne dla wyprodukowania automatu wynosi ok. 2 miesiące. Z oczywistych względów, przystąpienie do produkcji automatów możliwe jest dopiero w chwili podpisania umowy.

Ponadto Odwołujący podniósł, że z umownego zapisu o obowiązku „zapewnienia instalacji” (§ 3 Umowy) można wywieść, że to po stronie wykonawcy zamówienia leży obowiązek uzyskania odpowiednich decyzji (pozwoleń na budowę, jeśli z instalacją automatów, związana jest konieczność wykonania także fundamentu). Świadczyć o tym

może brak w katalogu obowiązków Zamawiającego (§ 4 Umowy) obowiązku uzyskania i przekazania wykonawcy stosownych decyzji.

Odwołujący wskazał, że obowiązkiem wykonawcy jest podjęcie wszystkich czynności jakie są niezbędnych dla rozpoczęcia świadczenia sprzedaży biletów w terminie 60 dni roboczych od zawarcia umowy, w tym także ewentualna konieczność uzyskania pozwolenia na budowę. Podniósł, że instalacja automatu biletowego jest robotą budowlą w rozumieniu art. 2 pkt 7 ustawy Prawo budowlane, gdy w zakresie tej czynności mieści się także wykonanie „fundamentu pod maszyny i urządzenia” (jest to budowla w rozumieniu art. 2 pkt 3 ustawy Prawo budowlane). Co więcej, z dalszych przepisów ustawy Prawo budowlane wynika, że instalacja automatu biletowego i związana z nią konieczność wykonania fundamentu wymaga uzyskania pozwolenia na budowę, gdyż wśród wyjątków wymienionych w art. 29-31 tej ustawy, które nie wymagają uzyskania pozwolenia na budowę, brak jest robót, które objęte są przedmiotem udzielanego zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, mając na względzie, że w zakresie wykonania zamówienia mieści konieczne może się okazać także wykonanie robót budowlanych, które można rozpocząć jedynie po uzyskaniu decyzji o pozwoleniu na budowę, czas jaki należy uwzględnić przy wyznaczaniu terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi sprzedaży biletów powinien uwzględniać także czas niezbędny na: przygotowanie dokumentów składających się na wniosek o wydanie pozwolenia na budowę, wydanie przez organ decyzji (który może wynieść – zgodnie z art. 34 ust. 6 ustawy Prawo budowlane – 45 dni w przypadku realizacji inwestycji kolejowej lub w innym przypadku – 65 dni) oraz uprawomocnienie decyzji (14 dni od daty otrzymania decyzji).

Ponadto Odwołujący podniósł, że aby rozpocząć starania o uzyskanie pozwoleń na instalację automatów biletowych konieczne jest posiadanie prawa do dysponowania nieruchomością na cele budowlane (art. 33 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo budowlane). Jednym z obowiązków Zamawiającego przewidzianych w §4 ust. 1 pkt 9 wzoru umowy jest wynajem przez Zamawiającego powierzchni do ustawienia automatów biletowych. Umowa, jak i załączniki, nie określają terminu, w którym umowy te będą zawierane, a więc mając na względzie ilość lokalizacji, należy liczyć się z tym, że samo ich zawarcie może być wyzwaniem logistycznym dla Zamawiającego, które wymaga odpowiedniego czasu.

Odwołujący zaznaczył, że instalacja automatów we wskazanych w SIWZ licznych lokalizacjach obejmujących cały kraj sprawia, że wykonanie tej czynności nie może być dokonane jednorazowo, gdyż niezbędny jest także czas na przemieszczenie się brygad instalacyjnych pomiędzy poszczególnymi miejscowościami (w skrajnym przypadku – 116 lokalizacji).

Ponadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymaga pokrycia kosztów dostawy energii do automatów (§ 3 pkt 1 lit. b Umowy). Mając na względzie, że wśród zobowiązań Zamawiającego nie jest wymieniany obowiązek zapewnienia przyłącza do automatu wraz z licznikiem poboru energii, Odwołujący musi uwzględnić, że do jego obowiązków będzie należało zapewnienie źródła energii, w tym zawarcie umów regulujących zasady poboru energii, których zawarcie wymagać będą dodatkowego czasu. Dodatkowo na wykonawcy spoczywa obowiązek wykonania prac integracyjnych z systemem sprzedaży Zamawiającego (ust. 4 pkt 1 OPZ). Ponadto świadczenie usług sprzedaży poprzedzać ma testowanie i odbiór automatów przez Zamawiającego (§ 3 ust. 6 i 7 umowy), a nie zostało doprecyzowane, w jaki terminie od momentu zgłoszenia automatu odbioru Zamawiający przeprowadzi testy oraz dokona odbioru. Tym samym Odwołujący musi uwzględnić dodatkowe ryzyko związane z ewentualny odległym terminem dokonania odbioru.

Zdaniem Odwołującego, konieczność dokonania powyżej wymienionych czynności, które należy podjąć przed rozpoczęciem świadczenia usług sprzedaży biletów sprawia, że wykonanie zamówienia przy wykorzystaniu nowych biletomatów dedykowanych na potrzeby udzielanego zamówienia, jest niemożliwe.

Odwołujący wskazał na praktykę ZTM w Warszawie, który w ogłoszeniu o zamówieniu (ogłoszenie nr 2017/S 229-478125) przewidział 12 miesięcy na rozpoczęcie świadczenia usługi sprzedaży biletów od chwili zawarcia umowy, uwzględniając m.in. czas niezbędny na uzyskanie pozwoleń na budowę). Także inne przykłady kontraktów zawartych przez podmioty należące do grupy kapitałowej Odwołującego wskazują, że terminy realizacji podobnych kontraktów są dłuższe niż narzucone przez Zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że złożenie oferty jest niemożliwe także i ze względu na rygorystyczny system sankcji przewidzianych za zwłokę w terminowym rozpoczęciu sprzedaży biletów. Zbyt krótki czas na rozpoczęcie świadczenia usługi sprzedaży biletów w stosunku do zakresu prac, jakie są konieczne do wykonania sprawia, że ryzyko zapłaty kar umownych jest bardzo wysokie, co dodatkowo sprawia, że Zamawiającemu trudno będzie otworzyć postępowanie na konkurencję ze strony innych wykonawców niż tylko ci, którzy obecnie świadczą na jego rzecz usługi. Wykonawca bowiem zobowiązany będzie zapłacić karę w przypadku nierozpoczęcia świadczenia sprzedaży w wysokości 0,05 % maksymalnej wartości netto umowy, za każdy rozpoczęty dzień kalendarzowy zwłoki w odniesieniu do Automatu w określonej Lokalizacji (§ 6 ust. 1 pkt 6 wzoru umowy). Zatem przykładowo, w sytuacji zawarcia umowy na Część 1 przedmiotu zamówienia, przy braku usługi na wszystkich lokalizacjach (14 urzędzeń na 14 lokalizacjach) przez 1 dzień wykonawca zobowiązany będzie uiścić karę w wysokości 0,7% maksymalnej wartości wynagrodzenia netto, a 14-dniowa zwłoka to koszt rzędu 9,8% wynagrodzenia. Dodatkowo, po 14 dniach

zwłoki, Zamawiający zastrzegł sobie umowne prawo wypowiedzenia umowy (§ 14 ust. 1 pkt 2 wzoru Umowy) oraz zapłatę w takim przypadku kary umownej w wysokości 20 % maksymalnej wartości netto Umowy (§ 6 ust. 1 pkt 9 wzoru Umowy). Oprócz ryzyka zapłaty kar umownych, każdy wiarygodny i rzetelny wykonawca, podejmując decyzję o ewentualnym złożeniu oferty, bierze także pod uwagę ryzyka związane z odstąpieniem od umowy przez Zamawiającego oraz potencjalne negatywne konsekwencje jakie mogą wynikać z tego zdarzenia dla wykonawcy, renomy jego firmy, oraz ryzyko wykluczenia z kolejnych postępowań.

W ocenie Odwołującego wyznaczenie tak krótkiego terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi przy uwzględnieniu zakresu obowiązków wykonawcy, jak i dalszych negatywnych konsekwencji wynikających z ewentualnego niedochowania terminu, sprawiają, że złożenie oferty i przystąpienie do realizacji umowy jest możliwe tylko i wyłącznie przez wykonawców obecnie świadczących usługę na rzecz Zamawiającego.

Następnie Odwołujący podniósł, że zapisy SIWZ nie wskazują jednoznacznie na zakres obowiązków nowego wykonawcy przystępującego do realizacji kontraktu z wykorzystaniem automatów innych niż obecnie funkcjonujące we wskazanych lokalizacjach. Opis niewątpliwie jest natomiast właściwy dla wykonawców, którzy obecnie świadczą takie usługi i nie potrzebują wiedzy np. o obowiązku uzyskiwania pozwoleń na budowę. Brak podstawowych informacji o zakresie obowiązków wykonawców ubiegających się o zamówienie w zakresie wskazywanym w zarzutach odwołania uniemożliwia ocenę możliwości jego realizacji, rzetelną wycenę kosztów realizowanej usługi oraz powoduje brak możliwości złożenia ofert. Brak takich informacji w SIWZ (Załączniki nr 1 i 6 do SIWZ) dotyczących:

- kosztów najmu powierzchni niezbędnych dla ustawienia automatów wraz z określeniem istotnych postanowień lub wzoru umowy najmu;
- terminu, w którym Zamawiający zobowiązuje się zawrzeć umowy najmu,
- terminu na przeprowadzenie przez Zamawiającego testów i dokonania odbioru automatów licząc od dnia zgłoszenia przez wykonawcę gotowości ich odbioru;
- zaniechania jednoznacznego określenia w umowie obowiązków stron umowy dotyczących: uzyskania pozwolenia na budowę, zawarcia umowy o dostawę energii elektrycznej oraz pozyskania dokumentów niezbędnych dla wydania decyzji pozwolenie na budowę (takich jak decyzja o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu lub decyzja o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej),

sprawia, że rzetelne przygotowanie oferty jest niemożliwe.

Odwołujący podniósł, że także okres realizacji kontraktu i sposób jego liczenia nie uwzględnia możliwości złożenia oferty przez wykonawców oferujących świadczenie usługi z wykorzystaniem nowych automatów wyprodukowanych w celu realizacji przedmiotowego zamówienia. Zdaniem Odwołującego, 28-miesięczny okres kontraktu nie jest okresem uwzględniającym zwrot kosztów związanych z koniecznością zakupu nowych automatów. Stąd też, mając na względzie możliwości prawne (art., 142 ust. 2 ustawy Pzp) zawierania umów co do zasady na okres 48 miesięcy, Odwołujący wniósł o wyznaczenie terminu na świadczenie usługi sprzedaży biletów z uwzględnieniem tego przepisu, tj. na okres 40 miesięcy (ustawowe 48 miesięcy minus ok. 160 dni roboczych na przygotowanie się do rozpoczęcia świadczenia usługi sprzedaży biletów). Odwołujący stwierdził, że sposób liczenia początku biegu 28-miesięcznego terminu od dnia zawarcia umowy faworyzuje wykonawców, którzy obecnie świadczą usługi na rzecz Zamawiającego. Wykonawcy ci, nie będąc zobowiązani do instalacji nowych automatów, mogą wcześniej zacząć świadczenie usługi, a zatem czas pobierania prowizji z tytułu usług sprzedaży biletów będzie dłuższy niż w odniesieniu do wykonawców oferujących nowe automaty, dla których okres niezbędny dla rozpoczęcia świadczenia usługi będzie dłuższy, a przez to okres pobierania opłat będzie krótszy. Przy wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ zasadach liczenia okresu realizacji kontraktu, ryzyka braku wypłaty wynagrodzenia w wysokości wskazanej w ofercie są wyższe po stronie innych wykonawców niż ci, którzy obecnie świadczą usługi na rzecz Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w dokumentacji postępowania polegających na:

- zmianie w pkt 4 ppkt 1 OPZ oraz w § 3 pkt 6 i 7 Wzoru umowy polegającej na wyznaczeniu terminu rozpoczęcia świadczenia sprzedaży biletów we wszystkich lokalizacjach wskazanych w danej części (zadaniu) w terminie nie krótszym niż 160 dni robocze licząc od dnia podpisania umowy;
- zmianie Sekcji II pkt 2.7 ogłoszenia o zamówienia dla każdej części zamówienia, Rozdziału VI SIWZ, pkt 3 Załącznika nr 1 do SIWZ oraz § 2 ust. 6 Załącznika nr 6 do SIWZ, polegającej na wyznaczeniu okresu świadczenia usługi sprzedaży biletów na okres 40 miesięcy licząc od dnia rozpoczęcia świadczenia usługi sprzedaży biletów, niezależnie od tego kiedy rozpoczęcie tego świadczenia będzie miało swój początek, lub do wyczerpania maksymalnego wynagrodzenia, przeznaczonego przez Zamawiającego na realizację przedmiotu umowy, w zależności od tego, które z powyższych zdarzeń nastąpi wcześniej;

podanie informacji dotyczących: kosztów najmu powierzchni niezbędnych dla ustawienia automatów wraz z określeniem istotnych postanowień lub wzoru umowy najmu, terminu w którym Zamawiający zobowiązuje się zawrzeć umowy najmu, terminu na przeprowadzenie przez Zamawiającego testów i dokonania odbioru automatów licząc od dnia zgłoszenia przez wykonawcę gotowości do urządzeń do ich odbioru, obowiązków stron umowy w zakresie pozwolenia na budowę i pozyskania dokumentów niezbędnych dla wydania decyzji pozwolenie na budowę, obowiązku zawarcia umowy o dostawę

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Avista Sp. z o.o. Izba nie uwzględniła zgłoszonej przez Odwołującego opozycji wobec przystąpienia tego wykonawcy, stwierdzając, że wbrew twierdzeniom Odwołującego wykonawca wskazał interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego. Podkreślić należy, że przepisy regulujące postępowanie odwoławcze nie określają stopnia szczegółowości uzasadnienia takiego interesu i szczególnych obowiązków dowodowych w tym zakresie, a stanowią jedynie, że wykonawca zgłaszający przystąpienie wskazuje interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje (art. 185 ust. 2 ustawy Pzp). W przypadku odwołań dotyczących postanowień SIWZ za wystarczające należy uznać wskazanie, że wykonawca jest zainteresowany w utrzymaniu zaskarżonych postanowień.

Izba nie dopuściła do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy ASEC S.A., stwierdzając, że zgłoszenie przystąpienia nie nastąpiło w wymaganej przepisami formie. Ww. wykonawca zgłosił przystąpienie w formie elektronicznej, przy czym nie nastąpiło to w sposób określony w § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań. Przepis ten stanowi, że odwołanie wraz z załącznikami oraz zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę, wnoszone w postaci elektronicznej i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, oraz dalsze pisma w sprawie wnoszone w tej postaci przekazuje się na elektroniczną skrzynkę podawczą

Urzędu, przy użyciu której obsługiwana jest korespondencja Izby. Zgłoszenie przystąpienia przez wykonawcę ASEC S.A. nie nastąpiło za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej Urzędu na platformie ePUAP.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu numerem 3, dotyczącego braku podania w SIWZ informacji mających znaczenie dla decyzji o złożeniu oferty oraz warunkach oferty. Zamawiający oświadczył, że uwzględnił zarzuty odwołania w zakresie uzupełnienia informacji o najmie powierzchni, o umowach na energię elektryczną i inne świadczenia, a także w zakresie terminów prac integracyjnych i testów. Przystępujący nie zgłosił sprzeciwu wobec tego uwzględnienia. Dodatkowo Odwołujący oświadczył, że w związku z dokonanymi przez Zamawiającego zmianami SIWZ oraz przedstawionymi w odpowiedzi na odwołanie informacjami, brak jest sporu w zakresie braku we wzorze umowy informacji o kosztach najmu i terminie umów zawarcia najmu, terminach testów i odbiorów, obowiązków stron dotyczących pozwolenia na budowę i uzyskania niezbędnych decyzji w tym zakresie, a także zawarcia umów o dostawę energii elektrycznej, co wyczerpuje cały zakres kwestionowany w zarzucie nr 3.

W pozostałym zakresie odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z Rozdziałem V SIWZ:

1. *Przedmiotem zamówienia jest agencyjna sprzedaż biletów „PKP Intercity” S.A. w 164 automatach biletowych w 116 lokalizacjach.*
2. *Przedmiot zamówienia został podzielony na 5 odrębnych części:*
 - 1) *część 1 – agencyjna sprzedaż biletów w 14 automatach biletowych w 14 lokalizacjach - Choszczno, Czyżew, Ełk, Giżycko, Iława Gł., Kętrzyn, Krzyż, Laskowice Pomorskie, Lębork, Sławno, Słupsk, Szczecin Dąbie, Szepietowo, Wronki;*
 - 2) *część 2 – agencyjna sprzedaż biletów w 14 automatach biletowych w 14 lokalizacjach - Bielsko-Biała, Czechowice-Dziedzice, Dąbrowa Górnicza, Gliwice, Kalisz, Lubliniec, Pszczyna, Rybnik, Rzepin, Sosnowiec Gł., Świebodzin, Tychy, Wałbrzych Miasto, Zabrze;*
 - 3) *część 3 – agencyjna sprzedaż biletów w 13 automatach biletowych w 13 lokalizacjach – Częstochowa, Częstochowa Stradom, Dębica, Kraków Płaszów, Łódź Chojny, Międzyrzec Podlaski, Opoczno Południe, Przeworsk, Terespol, Tomaszów Mazowiecki, Włoszczowa Płn., Zakopane, Zawiercie;*

- 4) część 4 – agencyjna sprzedaż biletów w 64 automatach biletowych w 37 lokalizacjach - Bochnia, Brzeg, Bydgoszcz Gł., Elbląg, Gdańsk Gł., Gdańsk Oliwa, Gdańsk Wrzeszcz, Gdynia Gł., Gniezno, Gorzów Wlkp., Inowrocław, Katowice, Kielce, Kołobrzeg, Konin, Koszalin, Kraków Gł., Leszno, Malbork, Olsztyn Gł., Opole Gł., Ostrów Wielkopolski, Piła, Piotrków Trybunalski, Poznań Gł., Poznań Zach., Przemyśl Gł., Rzeszów Gł., Sopot, Szczecin Gł., Tarnów, Tczew, Toruń Gł., Włocławek, Wrocław Gł., Wrocław Mikołajów, Zielona Góra;
- 5) część 5 – agencyjna sprzedaż biletów w 59 automatach biletowych w 38 lokalizacjach – Ciechanów, Dęblin, Działdowo, Jelenia Góra, Koluszki, Kotuń, Kutno, Legionowo, Lublin, Łęczycza, Łochów, Łowicz Gł., Łódź Fabryczna, Łódź Kaliska, Łódź Widzew, Łuków, Mińsk Mazowiecki, Mława, Modlin, Modlin Lotnisko, Mrozy, Nasielsk, Nowy Dwór Mazowiecki, Piaseczno, Radom, Siedlce, Skierniewice, Sochaczew, Tłuszcz, Warka, Warszawa Centr., Warszawa Gdańska, Warszawa Lotnisko, Warszawa Śród., Warszawa Wsch., Warszawa Zach., Zgierz, Żyrardów.
3. Zamawiający dopuszcza możliwość złożenia ofert częściowych zgodnie z podziałem wskazanych w ust. 2. Każdy Wykonawca może złożyć oferty częściowe na dowolną liczbę części. Zamawiający nie dopuszcza możliwości złożenia oferty, która nie obejmuje wykonania całego przedmiotu zamówienia w danej części.

Zgodnie z ust. 4 pkt 2 Załącznik nr 1 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) oraz § 3 pkt 7 Załącznika nr 6 do SIWZ (Wzór umowy) po zmianie z 3 lipca 2019 r. (Zmiana nr 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia) Zamawiający wymaga, aby wykonawca rozpoczął świadczenie sprzedaży Biletów niezależnie w każdym z Automatów w poszczególnych Lokalizacjach w terminie do 80 Dni Roboczych od dnia zawarcia Umowy. Ponadto Zamawiający dodał ust. 8 o treści: *Zamawiający wymaga, aby Automaty były umiejscowione w budynkach dworców, a w przypadku niemożności usytuowania Automatów w w/w miejscach, na peronie, na drodze dojścia do peronów lub w odległości nie większej niż 200 m od stacji kolejowej.*

Zgodnie z § 2 ust. 2 Wzoru umowy po zmianach, *dopuszcza się możliwość przeniesienia Automatu do innej Lokalizacji lub zmiany jego usytuowania w ramach tej samej Lokalizacji. Każdej ze Stron Umowy przysługuje prawo wystąpienia w formie pisemnej z wnioskiem o dokonanie powyższych zmian. Druga ze Stron udzieli odpowiedzi w formie pisemnej najpóźniej w terminie 5 Dni Roboczych. Zmiany, o których mowa powyżej, nie wymagają zawarcia aneksu, ale pisemnej zgody obu Stron pod rygorem nieważności, wyrażonej przez przedstawicieli Stron wymienionych w S 12 Umowy. Wszelkie koszty zmian,*

o których mowa powyżej, pokrywa Wykonawca. Przerwa w świadczeniu agencyjnej sprzedaży Biletów w przenoszonym Automacie nie może być dłuższa niż 40 Dni Roboczych. Dodatkowo Zamawiający wprowadził w § 2 Wzoru umowy ust. 9 o treści: Zamawiający dopuszcza możliwość sprzedaży, za pośrednictwem Automatów, biletów innych przewoźników w transporcie publicznym lub świadczenia innego rodzaju podobnych usług, pod warunkiem, że nie zakłóci to prawidłowej sprzedaży Biletów Zamawiającego.

Stosownie do § 6 ust. 1 pkt 3 Wzoru umowy po zmianach z 3 lipca 2019 r. w przypadku nierozpoczęcia świadczenia sprzedaży Biletów w Automacie określonym w Załączniku nr 1 za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w stosunku do wskazanego w § 2 ust. 2 oraz w § 3 pkt 7 terminu – w wysokości 0,02 % maksymalnej wartości netto Umowy, za każdy rozpoczęty dzień kalendarzowy zwłoki w odniesieniu do Automatu w określonej Lokalizacji.

W § 2 ust. 6 Wzoru umowy Zamawiający postanowił, że umowa obowiązuje przez okres 28 miesięcy od dnia jej zawarcia albo do wyczerpania maksymalnego wynagrodzenia, o którym mowa w § 5 ust. 1 Umowy, przeznaczonego przez Zamawiającego na realizację przedmiotu Umowy, w zależności od tego, które z powyższych zdarzeń nastąpi wcześniej.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że odwołania dotyczące postanowień SIWZ, tak jak dotyczące każdej innej czynności lub zaniechania zamawiającego, służą ochronie wykonawców przed działaniami niezgodnymi z przepisami prawa (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp), a Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji, gdy stwierdzi naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy mające wpływ lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp). Nie korzystają zatem z ochrony prawnej dążenia wykonawców ukierunkowane jedynie na ukształtowanie korzystniejszej dla siebie treści SIWZ, jeżeli treść nadana przez Zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów. W niniejszej sprawie Izba nie stwierdziła, aby zaskarżone postanowienia SIWZ naruszały przepisy prawa.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp *przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Art. 353¹ Kc stanowi, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.*

W ocenie Izby Odwołujący – na którym stosownie do art. 190 ust. 1 ustawy Pzp – spoczywał ciężar dowodu, nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego przytoczonych przepisów prawa, w tym nie udowodnił, że żaden wykonawca, poza dwoma świadczącymi obecnie usługi na rzecz Zamawiającego, nie może złożyć oferty. Przedstawiona przez

Odwołującego argumentacja i przedłożone dowody mogą jedynie wskazywać, że obecne brzmienie SIWZ nie jest dla Odwołującego korzystne z powodów związanych z indywidualnymi okolicznościami dotyczącymi tego wykonawcy. Tymczasem okoliczność, że postanowienia SIWZ stanowią dla wykonawcy określoną dolegliwość czy nawet przeszkodę w skutecznym ubieganiu się o udzielenie zamówienia, nie stanowi sama w sobie o naruszeniu ww. przepisów. Nie można bowiem twierdzić, że opis przedmiotu zamówienia nie ogranicza konkurencji tylko wtedy, gdy pozwala każdemu z wykonawców działających w danej branży ubiegać się o udzielenie zamówienia, bez względu na potencjał konkretnego wykonawcy i jego indywidualne cechy oraz sposób prowadzenia działalności gospodarczej, które wpływają na możliwość wykonania zamówienia zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego. Nieuprawnione jest też twierdzenie, że każdy wykonawca składając ofertę powinien brać na siebie dokładnie takie samo ryzyko związane z realizacją przedmiotu zamówienia, to bowiem w znacznej mierze zależne jest od okoliczności leżących po stronie wykonawcy. Jedynie taki opis przedmiotu zamówienia, który stanowi obiektywną przeszkodę w złożeniu oferty, spowodowaną nieuzasadnionymi wymaganiami, które nie służą realizacji potrzeb zamawiającego, lecz wyeliminowaniu niektórych wykonawców, należy uznać za naruszający normę art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do ustalonego przez Zamawiającego terminu rozpoczęcia świadczenia usług (po zmianach – 80 dni od roboczych od zawarcia umowy) brak jest podstaw do twierdzenia, że został on ustalony z naruszeniem art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Jakkolwiek dotrzymanie tego terminu może wiązać się z określonym wysiłkiem ze strony wykonawców, to jego dotrzymanie w świetle przedstawionych dowodów nie jest obiektywnie niemożliwe. Brak jest również podstaw do twierdzenia, że tak określony termin rozpoczęcia świadczenia został ustalony w celu preferowania wykonawców obecnie świadczących usługi na rzecz Zamawiającego.

Po pierwsze zauważyć należy, że przedmiot zamówienia został podzielony na pięć części, a Zamawiający dopuścił możliwość złożenia oferty na dowolną liczbę części. To od możliwości konkretnego wykonawcy, w tym od możliwości nabycia stosownej liczby automatów w czasie umożliwiającym terminowe przystąpienie do realizacji umowy, zależy, na ile części zamówienia złoży ofertę i które to będą części. Jest to kwestia decyzji biznesowej wykonawcy i kalkulacji ryzyka związanego z ubieganiem się o udzielenie zamówienia. Jednocześnie nie zostało wykazane, że czas potrzebny na nabycie nowych automatów uniemożliwia złożenie oferty nawet na jedną z części zamówienia. Jak wynika z przedstawionych przez Zamawiającego oświadczeń trzech producentów automatów biletowych, termin dostawy daje możliwość terminowego przystąpienia do realizacji usług. W jednym przypadku termin ten dla 15 i 70 sztuk automatów wynosi maksymalnie

3 miesiące, w drugim – od 70 do 90 dni kalendarzowych, w trzecim – 2-3 miesiące. Wszystkie te terminy są krótsze niż 80 dni roboczych, w czasie których wykonawca zobowiązany jest rozpocząć świadczenie usług. Nie można więc twierdzić, że nabycie nowych automatów biletowych w stosownym terminie nie jest możliwe. Okoliczność, że akurat producent z grupy kapitałowej MERA Systemy Sp. z o.o. potrzebuje na więcej czasu na realizację dostawy (zgodnie z przedłożonym oświadczeniem czas wyprodukowania jednego automatu to minimum 3 miesiące, dla 13 automatów wynosi on 3,5 miesiąca, a dla 164 automatów – 7-8 miesięcy) nie może być uznana dowodzącą, że termin przystąpienia do realizacji zamówienia jest nierealny i ogranicza konkurencję. Na marginesie zauważyć należy, że również z oświadczenia tego producenta wynika, że możliwa jest terminowa dostawa automatów co najmniej na jedną część zamówienia. Nie mogą być również rozstrzygające dla oceny przedmiotowej oświadczenia producentów złożone przez wykonawcę Asseco w innym postępowaniu odwoławczym, pochodzą one bowiem z 2012 r., brak jest więc podstaw do uznania ich aktualności, zwłaszcza biorąc pod uwagę postęp technologiczny. Ponadto dotyczą one innego zamówienia, którego szczególne uwarunkowania nie są znane.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie oczekuje realizacji zamówienia przy użyciu nowych automatów biletowych. Wykonawca może więc nabyć w tym celu nowe automaty, wykorzystać automaty już posiadane, jak również dokonać zakupu automatów używanych. Co więcej, zgodnie z § 2 ust. 9 Wzoru umowy Zamawiający dopuszcza możliwość sprzedaży w automatach biletów innych przewoźników w transporcie publicznym lub świadczenia innego rodzaju podobnych usług, pod warunkiem, że nie zakłóci to prawidłowej sprzedaży biletów Zamawiającego. Ponadto Zamawiający nie wymaga, aby automaty biletowe pochodziły od jednego producenta, nie ustanowił również żadnych specyficznych wymagań, wobec czego wystarczające jest dysponowanie standardowymi automatami. Zamawiający nie wymaga też uruchomienia w jednym terminie wszystkich automatów objętych daną częścią zamówienia, możliwe jest więc systematyczne uruchamianie automatów w miarę postępu w ich pozyskaniu i umiejscawianiu w danej lokalizacji. Zamiar zakupu nowych automatów u producenta należącego do grupy kapitałowej wykonawcy jest kwestią polityki biznesowej tego wykonawcy, a fakt, że ten właśnie producent nie jest w stanie wykonać dostawy w stosownym terminie w żadnej mierze nie może być uznane za dowód na ograniczenie konkurencji. Należy więc stwierdzić, że określony przez Zamawiającego termin rozpoczęcia świadczenia usług nie jest obiektywnie niemożliwy do dotrzymania, ale może być niemożliwy lub utrudniony przy poczynionych przez Odwołującego założeniach dotyczących sposobu realizacji zamówienia. Podkreślenia wymaga również, że wbrew twierdzeniom Odwołującego z odpowiedzi na odwołanie nie

wynika, że Zamawiający oczekuje, aby już na etapie ofertowania wykonawcy dysponowali automatami biletowymi. W świetle postanowień SIWZ od wykonawców oczekiwane jest oszacowanie swoich możliwości i ryzyka w celu podjęcia racjonalnej decyzji co do złożenia oferty i liczby części, o które wykonawca będzie się ubiegał.

Następnie stwierdzić należy, że bezpodstawne jest twierdzenie Odwołującego, jakoby określony w SIWZ termin rozpoczęcia świadczenia usług preferował wykonawców świadczących obecnie usług na rzecz Zamawiającego. Okolicznością bezsporną jest, że w trzech spośród pięciu części zamówienia żaden wykonawca nie realizuje obecnie agencyjnej sprzedaży biletów na rzecz Zamawiającego. W pozostałych dwóch lokalizacjach Odwołujący również nie jest pozbawiony możliwości realizacji zamówienia, biorąc pod uwagę możliwość świadczenia usług za pomocą automatów używanych, w tym automatów, w których sprzedawane są bilety innych przewoźników.

Dalej zauważenia wymaga, że czas oczekiwania na dostawę automatów nie blokuje możliwości dopełnienia pozostałych formalności i obowiązków związanych z przygotowaniem do świadczenia usług. Nie zasługuje więc na uwzględnienie argumentacja Odwołującego, który nierealność ustalonego terminu przystąpienia do realizacji usług próbował wykazać wskazując na nałożenie na wykonawcę szeregu innych obowiązków związanych z realizacją zamówienia. O niemożliwości terminowego rozpoczęcia świadczenia usług nie mogą świadczyć złożone przez Odwołującego kopie zawartych przez niego umów o przyłączenie do sieci energetycznej, złożone na okoliczność czasu oczekiwania na wykonanie takiego przyłącza. Po pierwsze umowy te pochodzą z 2012 r., po drugie nie wiadomo w ilu lokalizacjach dokonanie takich przyłączy będzie konieczne, po trzecie – jak wskazał Zamawiający – większość umów będzie należało zawrzeć z PKP Energetyka, która ma znacznie krótsze terminy.

Na marginesie zauważyć należy, że Zamawiający zmienił Wzór umowy, obniżając kary umowne za nierozpoczęcie świadczenia sprzedaży biletów w wymaganym terminie, z 0,05% na 0,02% maksymalnej wartości netto Umowy, za każdy rozpoczęty dzień kalendarzowy zwłoki w odniesieniu do automatu w określonej lokalizacji.

Powyższe okoliczności świadczą – zdaniem Izby – o tym, że zaskarżone postanowienia SIWZ nie naruszają uczciwej konkurencji, a jedynie, z uwagi na okoliczności leżące po stronie Odwołującego i podejmowane przez niego decyzje biznesowe, mogą stanowić utrudnienie w złożeniu oferty, czego nie można utożsamiać z naruszeniem art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Z tych samych powodów brak jest podstaw do twierdzenia, że zaskarżone postanowienia są niedopuszczalne w świetle art. 353¹ Kc, a dodatkowo Odwołujący w żadnej mierze nie wykazał okoliczności wpisujących się w określoną tym przepisem normę, nie

wiadomo bowiem w jaki sposób zaskarżone postanowienia sprzeciwiają się właściwości (naturze) stosunku, ustawie czy bliżej nieokreślonym zasadom współżycia społecznego.

Powyższa argumentacja pozostaje aktualna również w odniesieniu do zarzutu dotyczącego określonego przez Zamawiającego okresu realizacji umowy i sposobu jego liczenia. W tym zakresie wskazać należy, że określenie okresu, na jaki zawierana jest umowa w sprawie zamówienia publicznego, należy do kompetencji zamawiającego i zależne jest od jego potrzeb. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający wyjaśnił, czym kierował się ustalając ten okres na 28 miesięcy. Zamawiający wskazał w odpowiedzi na odwołanie, że (...) *strategia agencyjnej sprzedaży biletów w biletomatach oparta jest o plan działalności Zamawiającego i obecnie zaplanowana jest na najbliższe 2 lata. Zamawiający, z uwagi na zmieniające się uwarunkowania rynkowe i rozwój nowych technologii w zakresie sprzedaży biletów, określił termin realizacji zamówienia (28 miesięcy) mając na względzie możliwości rzetelnego oszacowania realnego zapotrzebowania na przedmiot zamówienia. Co więcej, sieć automatów jest dostosowana do zaplanowanej przez Zamawiającego na najbliższe 2 lata siatki połączeń, Zamawiający nie ma więc wiedzy co to tego gdzie należałoby rozlokować automaty po upływie tego okresu. W związku z powyższym, udzielenie zamówienia na dłuższy okres niż 28 miesięcy mogłoby zostać uznane za marnotrawienie środków publicznych. Niezależnie jednak od tego Zamawiający wskazuje, że nie ma przewidzianych i zabudżetowanych środków finansowych na dłuższą realizację przedmiotu zamówienia.* Tak określonym potrzebom Zamawiającego, które zdaniem Izby należy uznać za racjonalne, Odwołujący przeciwstawił jedynie twierdzenie, że 28-miesięczny okres kontraktu nie jest okresem uwzględniającym zwrot kosztów związanych z koniecznością zakupu nowych automatów. Na rozprawie Odwołujący dodał, że taki okres obowiązywania umowy jest niekorzystny z punktu widzenia możliwości uzyskania kredytu na zakup automatów. Odnosząc się do tych argumentów należy stwierdzić, że Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, a zarzuty odwołania zmierzają jedynie do ustalenia korzystniejszego dla Odwołującego okresu realizacji zamówienia. Argumentacja ta odnosi się jedynie do okoliczności leżących po stronie Odwołującego i wynikających m.in. ze sposobu prowadzenia działalności i założeń dotyczących realizacji zamówienia. To, że Odwołujący zamierza wykonać zamówienie przy użyciu wyłącznie nowych automatów biletowych, na których zakup zamierza zaciągnąć kredyt, nie może być argumentem przemawiającym za tym, że okres realizacji umowy został określony z naruszeniem przepisów prawa. To samo dotyczy sposobu liczenia biegu 28-miesięcznego terminu obowiązywania umowy. Nawet jeśli jest on niekorzystny dla Odwołującego, to wynika to z uwarunkowań towarzyszących Odwołującemu, nie świadczy natomiast o ograniczeniu konkurencji ani o faworyzowaniu wykonawców obecnie świadczących usługi, zwłaszcza że –

jak wskazano we wcześniejszej części uzasadnienia – w trzech spośród pięciu części zamówienia żaden wykonawca nie realizuje obecnie agencyjnej sprzedaży biletów na rzecz Zamawiającego.

Odnosząc się do pozostałych dowodów złożonych przez Odwołującego należy stwierdzić, że złożone na okoliczność określania dłuższych terminów umowy dotyczące podobnych zamówień oraz ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego przez Koleje Mazowieckie, nie mogą być rozstrzygające dla oceny zasadności zarzutów w rozpoznawanej sprawie. Nie ulega wątpliwości, że terminy te są różnie określane przez Zamawiających, stosownie do ich potrzeb oraz do szczegółowych wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Okoliczność, że w innym postępowaniu inny zamawiający określił bardziej odległy termin, może wynikać z potrzeb zamawiającego oraz uwarunkowań towarzyszących konkretnemu zamówieniu, nie jest natomiast dowodem, że przystąpienie do wykonania zamówienia w krótszym terminie jest niemożliwe.

Za nieprzydatne do rozstrzygnięcia sprawy należy uznać złożone przez Odwołującego dowody w postaci zapytań ofertowych kierowanych w przeszłości przez Zamawiającego do wykonawców oraz korespondencji Odwołującego z Zamawiającym, dotyczącej niezłożenia oferty w 2018 r. Powyższe dowody zostały złożone w celu wykazania, że Zamawiający ustala warunki realizacji zamówienia w sposób preferujący dwóch wykonawców i uniemożliwiający wzięcie udziału w postępowaniu innym wykonawcom. Odnosząc się do tych dowodów stwierdzić należy, że w żaden sposób nie potwierdzają one, dlaczego inni wykonawcy nie zdecydowali się w przeszłości złożyć ofert na analogiczne zamówienia. Nie można wykluczyć, że okoliczność ta jest wynikiem określonych decyzji biznesowych wykonawców. Podobnie z korespondencji Odwołującego z Zamawiającym nie można wnioskować, że niezłożenie oferty było skutkiem wymagań, które umożliwiły złożenie oferty tylko dwóm wykonawcom, eliminując pozostałych. Z pisma Odwołującego do Zamawiającego wynika jedynie, że złożenie oferty przez Odwołującego byłoby nieracjonalne z ekonomicznego punktu widzenia, czego nie można utożsamiać z obiektywną niemożliwością złożenia oferty, wynikającą z wymagań blokujących dostęp innych wykonawców do udziału w postępowaniu.

Podsumowując należy stwierdzić, że Zamawiający ma prawo stosownie do swoich potrzeb określać wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia, a uprawnienie to ograniczone jest jedynie koniecznością zachowania zgodności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający przedstawił uzasadnienie dla wprowadzenia kwestionowanych postanowień SIWZ, zarówno z punktu widzenia interesu Zamawiającego jako przewoźnika, jak i z punktu widzenia interesu publicznego. Wskazał na konieczność zapewnienia ciągłości świadczenia usług

w lokalizacjach dotychczasowych oraz potrzebę ich uruchomienia w lokalizacjach nowych, podkreślił, że w niektórych lokalizacjach sprzedaż biletów poprzez automaty może być jedynym kanałem sprzedaży biletów lub uzupełnieniem tradycyjnych kanałów sprzedaży. Powołał się na art. 9 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) 1371/2007 dotyczącego praw i obowiązków pasażerów w ruchu kolejowym, zgodnie z którym zamawiający powinien umożliwić dystrybucję biletów w kasach biletowych lub automatach biletowych. Odwołujący natomiast nie wykazał, że tak ukształtowane postanowienia SIWZ naruszają przepisy prawa.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie – w części podlegającej merytorycznemu rozpoznaniu – podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Odwołującego.

Przewodniczący: