

Sygn. akt: KIO 13/14

WYROK
z dnia 20 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 stycznia 2014 r. przez wykonawcę **Autobusowe Konsorcjum Lubelskie A. M. i Wspólnicy sp.j., 20 – 011 Lublin, ul. Piłsudskiego 22** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie, 20 – 718 Lublin, Al. Kraśnicka 25**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści SIWZ poprzez:
 - wykreślenie punktu 7 w rozdziale VIII (i odpowiednio zmiany treści ogłoszenia w pkt III 1.1),
 - wykreślenie lub doprecyzowanie wymogu opisanego w punkcie 5.7 załącznika do SIWZ pn. warunki techniczno eksploatacyjne autobusów, który stanowi, że wykładzina wewnętrzna powinna być odporna na graffiti
 - dokonanie zmiany paragrafu 23 umowy (stanowiącej załącznik do SIWZ) poprzez wskazanie warunków dokonania zmiany umowy w przewidzianych w tym ustępie okolicznościach,
 - dokonanie zmiany w paragrafie 28 ust. 1 umowy (stanowiącej załącznik do SIWZ) poprzez wykreślenie punktu litera m.

2. kosztami postępowania obciąża **Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie, 20 – 718 Lublin, Al. Kraśnicka 25, i**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: **piętnaście tysięcy złotych zero groszy**) uiszczoną przez

wykonawcę **Autobusowe Konsorcjum Lubelskie A. M. i Wspólnicy sp.j., 20 – 011 Lublin, ul. Piłsudskiego 22** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2.** zasądza od zamawiającego **Zarządu Transportu Miejskiego w Lublinie, 20 – 718 Lublin, Al. Kraśnicka 25** na rzecz odwołującego **Autobusowe Konsorcjum Lubelskie A. M. i Wspólnicy sp.j., 20 – 011 Lublin, ul. Piłsudskiego 22** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest usługa regularnego przewozu osób w gminnych przewozach pasażerskich na liniach komunikacyjnych przebiegających na obszarze Gminy Lublin i gmin sąsiadujących, z którymi Gmina Lublin zawarła stosowne porozumienie w zakresie organizacji publicznego transportu zbiorowego- umowa na okres 8 lat (Nr sprawy DZ.381-1-23/13). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 24 grudnia 2013 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 249-436089.

Odwołujący Autobusowe Konsorcjum Lubelskie A. M. i Wspólnicy zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 i w zw. z art. 22 ust. 4 ustawy poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sposób warunkowy, uniemożliwiający dokonanie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a także naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, art. 23 ust. 3 w zw. z art. 45 ust. 4 ustawy poprzez żądanie aby gwarancja lub poręczenie wadialne zostało wystawione wszystkim podmiotom składającym ofertę wspólną; art. 7 w zw. z art 29 ust. 1 poprzez nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia w szczególności w zakresie liczby wozokilometrów składających się na zamówienie, przez co niemożliwe jest dokonanie prawidłowej kalkulacji ceny oferty, art. 7 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, art. 7 w zw. z art. 139 ustawy i art. 353¹ Kodeksu cywilnego, poprzez sformułowanie arbitralnych oraz nadmiernie uciążliwych dla wykonawcy istotnych postanowień umownych.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ w sposób wskazany w treści uzasadnienia odwołania.

Wskazał, że przyjęcie przez Zamawiającego możliwości przedłożenia wykazu sprzętu, którym dopiero będzie dysponował wykonawca, lecz nie w terminie składania ofert, uniemożliwia dokonanie przez Zamawiającego oceny spełniania przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w sposób gwarantujący uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców w terminie składania ofert. Wykonawca, który nie dysponuje sprzętem wymaganym przez Zamawiającego w terminie składania ofert, a który wskazuje, iż będzie tym sprzętem dysponował w przyszłości, nie wykazuje spełniania warunku udziału w postępowaniu, a tym samym zamawiający winien wobec takiego wykonawcy zastosować wszystkie sankcje wynikające z przepisów ustawy. Odwołujący podkreślił, że przepisy ustawy w zakresie terminu na wykazanie spełniania warunków udziału

w postępowaniu określone są w przepisach ustawy w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, stąd działanie zamawiającego umożliwiające de facto warunkowe spełnianie warunku udziału w postępowaniu (w przyszłości) wykonawcom ubiegającym się udzielenie zamówienia publicznego w sposób drastyczny te postanowienia narusza.

Odwołujący w trosce o zapewnienie zachowania i urzeczywistnienia wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy, zasady równości w przedmiotowym postępowaniu, żądał dokonania przez Zamawiającego modyfikacji warunku udziału w postępowaniu polegającej na odstąpieniu od stawiania warunku dotyczącego potencjału technicznego w postaci dysponowania 20 autobusami klasy mega wyprodukowanymi w 2014 roku, ponieważ takie wymaganie sprowadza się jedynie do złożenia przez wykonawców deklaracji, która nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia, a ponadto zrównuje w postępowaniu wykonawców, którzy zakupili już stosowne pojazdy lub złożyli na nie zamówienie z tymi, którzy nie podjęli jeszcze żadnych działań.

Zarówno w pkt II 1.1.1 ogłoszenia jak i w specyfikacji Zamawiający określił, że w przypadku złożenia wadium w formie gwarancji lub poręczenia z jego treści jednoznacznie wynikało, że gwarancja została udzielona wszystkim podmiotom składającym ofertę wspólną. Odwołujący wskazał, że zgodnie z ustawą do wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy właściwe dla wykonawcy. Podmioty składające ofertę wspólną tworzą konsorcjum, w ramach którego ponoszą solidarną odpowiedzialność zarówno na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak i w przypadku wykonywania umowy o zamówienie publiczne. Wobec tego złożenie dokumentu wadium wystawionego na wybranego członka konsorcjum jest wystarczające dla zabezpieczenia prawidłowego przebiegu postępowania i możliwości ewentualnego zaspokojenia Zamawiającego. Odwołujący żądał modyfikacji siwz poprzez odstąpienie od nadmiernego żądania, aby z dokumentu złożonego w formie gwarancji lub poręczenia jednoznacznie wynikało, że gwarancja została udzielona wszystkim podmiotom składającym ofertę wspólną. W rozdziale IV SIWZ: Termin wykonania zamówienia, pkt 1.1 zamawiający wskazał, że planowany termin realizacji określa od dnia 1 września 2014 r. do dnia 30 czerwca 2022 r. W pkt 2 Zamawiający wskazał, iż „dopuszcza możliwość zmiany umowy w szczególności zmiany terminu rozpoczęcia usługi jeżeli wystąpią przesłanki, tj. umowa ze względów proceduralnych nie została zawarta do dnia 1 marca 2014 r. W takim przypadku rozpoczęcie realizacji przedmiotu umowy, nastąpi w terminie nie później niż 6 miesięcy od daty jej zawarcia i ulega proporcjonalnie wydłużeniu, z zastrzeżeniem, że nie dłużej niż do 31 grudnia. Sprecyzowany przez Zamawiającego zakres i termin realizacji umowy stanowi zatem podstawę dokonania wyceny i złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że całkowicie niezrozumiałe i nieuzasadnione jest postanowienie

zawarte w § 25 ust. 1 wzoru umowy w brzmieniu, zgodnie z którym: „Zamawiający zastrzega sobie, że w przypadkach szczególnych - np. ograniczone kwoty środków finansowych przeznaczonych na realizację przedmiotu zamówienia, będzie miał prawo w trakcie realizacji usługi, ograniczyć zakres przedmiotowy usługi do wysokości posiadanych środków finansowych, bez ujemnych dla Zamawiającego skutków prawno -finansowych. W takim przypadku nie ma zastosowania zapis § 24 ust. 1 oraz nie przysługują wykonawcy jakiegokolwiek roszczenia z tytułu ograniczenia zakresu przedmiotowej usługi”. Tak sformułowane postanowienie, zdaniem Odwołującego, narusza dyspozycję art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 29 ust. 1 ustawy poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i w żaden sposób wystarczający, co uniemożliwia dokonanie rzetelnej wyceny oferty. Odwołujący wskazał, że przedmiotowa informacja ma decydujące znaczenie w przedmiocie podjęcia decyzji o udziale w przedmiotowym postępowaniu, gdyż działanie zamawiającego w zakresie możliwości całkowitej dowolności w odstępianiu od realizacji zamówienia narusza zasadę pewności obrotu prawnego.

Zdaniem Odwołującego, postanowienie § 25 wzoru umowy całkowicie uniemożliwia dokonanie wyceny oferty. W opisie przedmiotu zamówienia określono liczbę 8 325 334 wozokilometrów. Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie zawarł w przedmiotowym opisie żadnych ograniczeń ani klauzul uniemożliwiających przyjęcie przez Wykonawców, że liczba ta ulegnie zmniejszeniu lub zwiększeniu. Zgodnie z postanowieniem § 24 wzoru umowy „w trakcie trwania umowy, zamawiający w celu optymalnego zaspokojenia potrzeb przewozowych, zastrzega sobie prawo do zmniejszenia lub zwiększenia w poszczególnych okresach max o 10% ilości wzkm, przy czym łączna ilość wozokilometrów w czasie realizacji umowy nie może przekroczyć 8 325 334 wzkm oraz może ulec zmniejszeniu o maksymalnie 20%. Zasady wprowadzania zmian w ilości planowanych wzkm zawiera Załącznik nr 5 do umowy. Powyższe brzmienie, zdaniem Odwołującego, wskazuje na niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia, a tym samym na naruszenie przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 ustawy. Odwołujący zwrócił uwagę, że w przypadku gdy Zamawiający nie jest w stanie określić w sposób dokładny zakresu przedmiotu zamówienia, ma możliwość skorzystania z innych instrumentów określonych w przepisach ustawy. Odwołujący podniósł, że nie posiada wiedzy, jaką minimalną liczbę wozokilometrów w poszczególnych latach objęta będzie umowa w sprawie zamówienia publicznego. Możliwość zmniejszenia globalnej liczby wzkm aż o 20 % ma zdaniem odwołującego wpływ na kalkulację ceny oferty, ze względu na wszystkie czynniki cenotwórcze, które musi wziąć pod uwagę wykonawca. Brak pewności zakresie wykonania ponad 1,6 mln wzkm sprawia, że opis przedmiotu zamówienia jest nieprecyzyjny i przenosi na wykonawcę zbyt duże ryzyko związane z potencjalnym niedoszacowaniem oferty przetargowej. Odwołujący żądał zmiany § 25 wzoru umowy, poprzez jego wykreślenie oraz modyfikację treści § 24 wzoru umowy poprzez wskazanie

możliwości zmniejszenia ogólnej liczby wzm maksymalnie o 10%.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera szczegółowe wymagania dotyczące parametrów technicznych pojazdów, przy pomocy których ma być świadczona usługa przewozu osób, a także określa zasady wykonywania tej usługi. W ocenie Odwołującego, niektóre wymagania wprowadzone przez Zamawiającego wpływają na znaczne ograniczenie konkurencji lub nierówne traktowanie wykonawców.

W pkt 2 załącznika do SIWZ pn. warunki techniczno eksploatacyjne autobusów Zamawiający określił wymaganą liczbę drzwi pasażerskich na 4. Odwołujący wskazał, że niektórzy producenci, w szczególności w autobusach o długości zwiększonej do 18,75 m, stosują rozwiązanie z 5 drzwiami, co wydatnie przyczynia się do zwiększenia potoków pasażerskich i szybszej wymiany pasażerów na przystankach. Odwołujący wnosil o modyfikację zapisu siwz na wymaganie posiadania co najmniej 4 drzwi pasażerskich. Pozostawienie treści siwz w obecnym brzmieniu, w ocenie Odwołującego, ograniczyłoby bez racjonalnego powodu konkurencję w przedmiotowym postępowaniu.

W pkt 5.7 załącznika do siwz pn. warunki techniczno eksploatacyjne autobusów Zamawiający określił, że wykładzina w pojazdach ma być odporna na graffiti. Odwołujący wnosil o wykreślenie tego wymogu lub jego organicznie poprzez doprecyzowanie, ponieważ spełnienie wymogu w obecnym kształcie jest z przyczyn technicznych niemożliwe i jako takie uniemożliwia złożenie ofert przetargowych, co utrudnia uczciwą konkurencję.

W pkt 5.10 załącznika do siwz pn. warunki techniczno eksploatacyjne autobusów Zamawiający określił, że krawędzie zabudowy wewnętrznej (nadkola, zabudowa silnika) mają być w kolorze jaskrawożółtym. Odwołujący wnosil o wykreślenie tego wymogu, ponieważ nie jest on uzasadniony obiektywnie istniejącą potrzebą Zamawiającego. Wskazał, że kolory czarny i szary występują standardowo u wszystkich producentów autobusów i nie wpływają na obniżenie poziomu bezpieczeństwa.

W załączniku do siwz pn. Standardy Świadczenia Usług Zamawiający precyzując wymagania dotyczące autobusów wielokrotnie powołuje się na zapisy Regulaminu nr 107. W ramach tego regulaminu określa się także wartości wskaźnika powierzchni podłogi przeznaczonej na jednego pasażera przypisanego klasie I pojazdów (tzw. miejskich), dla których przewiduje się przestrzeń pasażerską umożliwiającą częste przemieszczanie się o wartości wskaźnika wynoszącego 0,125 m². Dodatkowym parametrem, którego wielkość nie może zostać przekroczona to dopuszczalna masa całkowita pojazdu uwzględniająca wagę kompletnie wyposażonego pojazdu wraz z pasażerami i kierowcą. Odwołujący wskazał, że wraz z rosnącymi wymaganiami dotyczącymi wyposażenia autobusów takich jak klimatyzacja całopojazdowa, silniki EURO VI wymagające montażu dodatkowych zbiorników do Ad blue, etc. parametr wagi w kontekście wymaganej przez Zamawiającego min. liczby

150 miejsc dla pasażerów jest praktycznie niemożliwy do osiągnięcia. Ponadto większość marek autobusów oferuje maksymalną liczbę pasażerów mniejszą niż 150. W związku z tym Odwołujący domagał się modyfikacji zakwestionowanego wymogu i zmniejszenia łącznej liczby pasażerów do 145.

W załączniku do SIWZ pn. Standardy Świadczenia Usług Zamawiający w pkt 4.1.3 określił, że pojazdy nie mogą posiadać widocznych uszkodzeń na zewnątrz. Odwołujący wnosił o wykreślenie tego zapisu lub jego modyfikację, ponieważ ewentualne zarysowania pojazdu, które mogą zdarzyć się w ruchu ulicznym nie mają wpływu na bezpieczeństwo pasażerów i jakość świadczonych usług.

W załączniku do SIWZ pn. Standardy Świadczenia Usług Zamawiający w pkt 5.1.2. oraz 5.2.2 określił, że zanieczyszczenia naniesione przez pasażerów, w tym śnieg i błoto mają być usuwane na bieżąco po każdym zakończeniu kursu. Nie wywiązanie się z tego obowiązku określone zostało jako poważne naruszenie standardów świadczenia usługi. Odwołujący wnosił o wykreślenie tych postanowień, ponieważ na większości rozkładów przerwy na końcowym przystanku są tylko kilkuminutowe, a ewentualne korki uliczne mogą sprawić ich zniwelowanie, stąd obsługa nie ma fizycznej możliwości usunięcia wszystkich zanieczyszczeń.

Zamawiający w specyfikacji technicznej wymaga zastosowania w oknach bocznych szyb przesuwanych, których część otwierana (czyli otwór w oknie) musi zajmować minimum 40% wysokości okna. Odwołujący wskazał, że ze względu na specyfikę konstrukcji obecnie budowanych autobusów niskopodłogowych, szyby boczne przenoszą znaczną ilość naprężeń nadwozia w czasie jazdy, jednocześnie w sposób estetyczny zakrywając od zewnątrz pojazdu podzespoły elektryczne jak i mechaniczne montowane w strefie dachu i wewnętrznych kanałów podsufitowych. W związku z tym należy rozróżnić wysokość szyby bocznej autobusu od wysokości okna umożliwiającego dostęp światła do wnętrza autobusu. Wysokość okna bocznego w autobusie miejskim wynosi 1032 mm, z czego wysokość części przesuwnej stanowi 340 mm i zapewnia zarówno odpowiednią wentylację powierzchni pasażerskiej jak i trwałość konstrukcji nadwozia stanowiąc ponad 30% jego wysokości.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający w dołączonym do SIWZ wzorze umowy zawarł szereg postanowień, które w sposób rażący naruszają zasadę konkurencyjności i równego traktowania wykonawców poprzez wprowadzenie rozwiązań, które umożliwiają arbitralną zmianę zawartej już umowy przez Zamawiającego, stanowią nadużycie dominującej pozycji Zamawiającego przez co naruszają podstawowe zasady i instytucje systemu zamówień publicznych. W związku z tym Odwołujący wnosił o modyfikację SIWZ.

Odwołujący wskazał, że warunkiem realizacji zamówienia jest wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia w wysokości 3 % wartości oferty. Zabezpieczenie to

może być wniesione w jednej z form określonych w ustawie. Najczęstszą praktyką w przypadku zamówień tak znacznej wartości jest wnoszenie zabezpieczenia w formie gwarancji. Z uwagi na niestandardowo długi czas trwania zamówienia (8 lat) Odwołujący wnosił o wprowadzenie zapisu umożliwiającego wniesienie pierwszego zabezpieczenia na okres 4 lat, a następnie przedłużenie jego ważności lub wniesienie nowego, z zachowaniem ciągłości zabezpieczenia. Powyższe podyktowane jest brakiem możliwości rynkowych uzyskania zabezpieczenia w formie gwarancji na tak długi czas. W konsekwencji uniemożliwia to Odwołującemu przystąpienie do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym ogranicza konkurencyjność.

Odwołujący wnosił o modyfikację postanowień § 7 pkt 34 poprzez ograniczenie zakazu używania pojazdów w barwach określonych w specyfikacji przedmiotowego postępowania jedynie do terenu gminy Lublin i gmin ościennych. W ocenie Odwołującego brak jest uzasadnienia, aby autobusy w w/w barwach były wykorzystywane w ramach innych umów zawartych przez wykonawcę np. na terenie innych województw lub nawet zagranicą.

W § 12 ust. 6 umowy Zamawiający przewidział fakultatywną zmianę stawki podatku VAT. Ponieważ zaistnienie okoliczności polegającej na zmianie stawki podatku ma charakter obiektywny, niezależny od woli stron, Odwołujący wnosił o modyfikację tego postanowienia w taki sposób, aby po zmianie stawki podatku VAT, zmiana wartości umowy była obligatoryjna. Zmiana ta, zdaniem Odwołującego, stwarza równe i obiektywne warunki realizacji zamówienia dla wszystkich wykonawców, bowiem nie uzależnia zmian ceny od woli Zamawiającego.

Odwołujący wnosił o modyfikację §12 ust. 2 umowy poprzez określenie maksymalnej liczby wozokilometrów dojazdowych na wskazane w rozkładzie linie, liczone od centrum miasta lub bazy MPK w Lublinie, po przekroczeniu których wykonawca mógłby rozpocząć naliczane płatnych wzk. Wskazał, że w przypadku części linii, dojazd na trasy, które mają być obsługiwane przez innych niż MPK przewoźników (mających swoje siedziby w miejscach oddalonych od centrum) dojazd byłby dłuższy niż długość trasy, za którą wykonawca mógłby pobierać wynagrodzenie. Zachowanie obecnego rozwiązania narusza, zdaniem Odwołującego, zasadę równego traktowania wykonawców, ponieważ preferuje w sposób nieuzasadniony jednego przewoźnika. Z uwagi na charakter zamówienia inni wykonawcy nie mają technicznej możliwości przeniesienia swoich baz bliżej centrum w celu wyrównania szans w postępowaniu.

Odwołujący wnosił o wykreślenie § 16 ust. 8 i 9 umowy ponieważ raporty o których mowa w w/w postanowieniu są generowane przez system należący do Zamawiającego. Wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za wadliwe działanie, lub czasowy brak dostępności tego systemu, zgłasza, że opóźnienia w dostarczaniu raportów mają wiązać się z nakładaniem kar na wykonawcę.

Odwołujący wnosił o wykreślenie § 17 ust. 4 pkt 1 i 3, ponieważ obecne brzmienie może stwarzać pole do nadużyć m.in. przez konkurencję, która mogłaby kierować bezpodstawnie skargi do Zamawiającego, które skutkowałyby nałożeniem kary pieniężnej na Wykonawcę. Zdaniem Odwołującego powyższa regulacja wymaga usunięcia lub doprecyzowania, poprzez wskazanie jakie skargi, w jakiej ilości i czego dotyczące oraz wskazania, iż tylko zweryfikowane i sprawdzone skargi mogą być podstawą kary. Ponadto Odwołujący podnosił, że z doświadczenia obsługi Systemu Informacji Pasażerskiej wynika, że system ten często generuje błędne informacje, co powoduje, że na przewoźnika mogłaby być niesłusznie nałożona kara, stąd wniosek o wykreślenie zapisu lub modyfikację zakładającą weryfikację wyciągu z systemu.

W § 23 umowy Zamawiający zastrzegł możliwość zmiany umowy w trakcie jej trwania, która w sposób istotny może mieć wpływ na zakres, sposób realizacji oraz cenę usługi. Powyższe nie tylko podważa pewność obrotu gospodarczego, ale jest niezgodne z podstawowymi zasadami zamówień publicznych. Odwołujący wskazywał, że ewentualne zmiany umowy zawartej w trybach zamówień publicznych muszą następować w zgodzie z art. 144 ustawy. Ponieważ umowa o zamówienie publiczne ma charakter cywilnoprawny, dokonanie takiej zmiany, poza zgodnością z ustawą, musi odbywać się również przy akceptacji wykonawcy zamówienia wyrażonej w formie oświadczenia woli (zawarcie aneksu do umowy). Przydanie jednej ze stron umowy możliwości arbitralnej zmiany umowy jest w świetle obowiązujących przepisów rażącym naruszeniem. Odwołujący wnosił o usunięcie przedmiotowego zapisu lub jego modyfikację w taki sposób, aby ewentualne dokonanie zmian umowy odbywało się za zgodą wykonawcy (w formie aneksu do umowy).

W § 28 umowy Zamawiający określił prawo do rozwiązania umowy bez wypowiedzenia po zaistnieniu okoliczności określonych w tym paragrafie. Odwołujący wnosił o wykreślenie ust. 1 lit d,e,f,i,j,k ponieważ okoliczności wskazane w w/w odnośnikach trudno uznać jako rażące naruszenie warunków umowy. Sytuacje wskazane w zakwestionowanych jednostkach redakcyjnych mogą wynikać z przyczyn obiektywnie niezależnych od wykonawstwa. Zdaniem Odwołującego, przypisanie sankcji za w/w sytuacje polegającej na natychmiastowym rozwiązaniu umowy uznać należy za konsekwencję zbyt dolegliwą, wypaczającą zasadę proporcjonalności i równości stron stosunku prawnego. Zamawiający poprzez takie sformułowanie prawa do wypowiedzenia umowy nadużył pozycji dominującej i stworzył pole do nadużyć na etapie realizacji umowy, czym podważył pewność obrotu prawnego.

W § 28 ust. 1 lit. m umowy Zamawiający wskazał, że postawą do natychmiastowego rozwiązania umowy mogą być także inne niż zapisane w niniejszej umowie okoliczności, które wystąpiły w winy wykonawcy. Odwołujący wnosił o wykreślenie tego zapisu, ponieważ w jego ocenie jest to pojęcie nieostre, które stwarza możliwość natychmiastowego

wypowiedzenia umowy po zaistnieniu bliżej nieokreślonej sytuacji, co rażąco narusza zasady wypowiedzenia umów określone w Kodeksie cywilnym, a także sytuuje Zamawiającego w pozycji dominującej.

Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest jednym z wykonawców, który jest zainteresowany złożeniem oferty w niniejszym postępowaniu.

Izba uznała za uzasadniony zarzut dotyczący niezgodnego z przepisami ustawy określenia przez Zamawiającego w punkcie III.1.1 ogłoszenia oraz w SIWZ wymogu, w przypadku złożenia wadium w formie gwarancji lub poręczenia, aby z treści jednoznacznie wynikało, że gwarancja została udzielona wszystkim podmiotom składającym ofertę wspólną. Zgodnie z art. 23 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o zamówienie. Podmioty składające ofertę wspólną tworzą konsorcjum, w ramach którego ponoszą solidarną odpowiedzialność na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz w przypadku wykonywania umowy. Złożenie dokumentu wadium wystawionego na wybranego członka konsorcjum jest wystarczające dla zabezpieczenia prawidłowego przebiegu postępowania i możliwości zaspokojenia Zamawiającego. Zamawiający uwzględnił powyższy zarzut, jednakże na chwilę zamknięcia rozprawy nie dokonał modyfikacji SIWZ. Z tego względu, Izba w sentencji niniejszego wyroku nakazała Zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień SIWZ, poprzez wykreślenie punktu 7 w rozdziale VIII (i odpowiednio zmiany treści ogłoszenia w pkt III 1.1).

W ocenie Izby, uzasadniony jest zarzut naruszenia ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie § 28 ust. 1 lit. m wzoru umowy. Zgodnie z treścią tego punktu, podstawą do natychmiastowego rozwiązania umowy mogą być także inne niż zapisane w umowie okoliczności, które wystąpiły z winy wykonawcy. W ocenie Izby uzasadnione jest żądanie wykreślenia tego postanowienia. Postanowienie to wprowadza możliwość rozwiązania

umowy w przypadku zaistnienia nieokreślonej sytuacji. Zamawiający pozostawił sobie możliwość rozwiązania umowy w każdej sytuacji wystąpienia zwinionego działania wykonawcy. Takie sformułowanie warunku rozwiązania umowy powoduje, że wykonawca nie tylko nie ma świadomości w jakiej sytuacji Zamawiający może rozwiązać umowę, ale też powoduje, że przyczyną rozwiązania mogą być okoliczności błahe, nie mające znaczenia dla oceny wykonania całej umowy przez wykonawcę. Zamawiający nie określił przesłanek, po wystąpieniu których uprawniony jest do rozwiązania umowy, co powoduje, że naruszona zostaje zasada równości stron umowy oraz zasada uczciwej konkurencji.

W § 23 umowy Zamawiający zastrzegł możliwość zmiany umowy w trakcie jej trwania, która w sposób istotny może mieć wpływ na zakres, sposób realizacji oraz cenę usługi. Odwołujący wskazywał, że ewentualne zmiany umowy zawartej w trybach zamówień publicznych muszą następować w zgodzie z art. 144 ustawy. Ponieważ umowa o zamówienie publiczne ma charakter cywilnoprawny, dokonanie takiej zmiany, poza zgodnością z ustawą, musi odbywać się również przy akceptacji wykonawcy zamówienia wyrażonej w formie oświadczenia woli (zawarcie aneksu do umowy). Przydanie jednej ze stron umowy możliwości arbitralnej zmiany umowy jest w świetle obowiązujących przepisów rażącym naruszeniem. Odwołujący wnosił o usunięcie przedmiotowego zapisu lub jego modyfikację w taki sposób, aby ewentualne dokonanie zmian umowy odbywało się za zgodą wykonawcy (w formie aneksu do umowy).

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego § 23 umowy (stanowiącej załącznik do SIWZ) należy zauważyć, że Zamawiający zastrzegł w nim możliwość dokonania zmian umowy. Dokonując analizy tego zapisu umowy, Izba przede wszystkim podnosi, że o ile ustawa Prawo zamówień publicznych dopuszcza możliwość dokonywania zmian umowy w stosunku do treści oferty, o tyle ustawa określa warunki, które muszą być spełnione, aby zmiana taka była możliwa. Warunki te określa art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 oraz określił warunki takiej zmiany. Treść § 23 wzoru umowy nie spełnia powyższych wymogów ustawowych. Zamawiający nie określił żadnych ram ani warunków zmiany umowy, pozostawiając sobie pełną dowolność dokonania modyfikacji umowy na etapie jej realizacji. Powoduje to, że naruszony został wymóg opisania warunków, po spełnieniu których możliwa jest zmiana umowy. Co więcej, tak sformułowany zapis umowy powoduje także niepewność wybranego wykonawcy w zakresie warunków, na jakich ma być realizowana umowa.

Z powyższych względów Izba uznała, że treść § 23 wzoru umowy jest sprzeczna z art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazała zmianę tego zapisu poprzez wskazanie warunków dokonania zmiany umowy.

W ocenie Izby nieuzasadniony jest zarzut utrudniania uczciwej konkurencji przez Zamawiającego w zakresie opisanego przedmiotu zamówienia. Nieuzasadnione jest żądanie Odwołującego, aby Zamawiający dokonał modyfikacji załącznika do SIWZ pn. warunki techniczno eksploatacyjne autobusów w pkt. 2, 5.10, 4.1.3, 5.1.2, 5.2.2

Zamawiający określił wymaganą liczbę drzwi pasażerskich pojazdów na 4. Odwołujący wnosil o modyfikację zapisu SIWZ w tym zakresie i dopuszczenia możliwości zaoferowania pojazdów z większą niż 4 liczba drzwi. W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, aby zapis SIWZ dotyczący liczby drzwi w autobusach, naruszał uczciwą konkurencję. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Zamawiający ma możliwość opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze swoimi oczekiwaniami. Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie w ocenie Izby w sposób wystarczający uzasadnił swoje oczekiwania, wynikające z określonych obiektywnych potrzeb i założeń. Wskazał na uzasadnioną potrzebę posiadania mniejszej ilości drzwi, związaną z przyjętym przez Zamawiającego systemem kontroli biletów przeprowadzonych w grupach co najmniej 3 osobowych, dodatkowo wskazał na niekorzystne straty powietrza chłodnego w czasie postoju na przystankach (gdy w pojeździe włączona jest klimatyzacja). W szczególności Zamawiający wskazał, że zastosowanie 5 sztuk drzwi wejściowych jest rozwiązaniem niestandardowym i specjalnym. Nadto wykazał, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, że producenci autobusów o długości 18,75m. posiadają w swojej ofercie również pojazdy o mniejszej niż 5 liczbie drzwi dla pasażerów. Tym samym wykazał, że jest możliwe zaoferowanie wymaganych przez Zamawiającego pojazdów spełniających wymagania Zamawiającego.

Zamawiający w punkcie 5.10 załącznika do SIWZ określił, że krawędzie zabudowy wewnętrznej (nadkola, zabudowa silnika) mają być w kolorze jaskrawożółtym. Odwołujący wnosil o wykreślenie tego wymogu, ponieważ nie jest on, zdaniem Odwołującego, uzasadniony obiektywnie istniejącą potrzebą Zamawiającego. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby formułując ten warunek, Zamawiający dopuścił się naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Każdy z wykonawców ma możliwość sprostania wymaganiom tego punktu. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Zamawiający ma możliwość opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze swoimi oczekiwaniami. Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie w ocenie Izby w sposób wystarczający uzasadnił swoje oczekiwania, wynikające z określonych obiektywnych potrzeb i założeń. Zamawiający wykazał, że wymóg jaskrawego

koloru jest podyktowany koniecznością zapewnienia bezpieczeństwa podróży pasażerom, a w szczególności osobom słabowidzącym. Dodatkowo wskazał, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, że producenci autobusów są w stanie zastosować wymagane oznakowanie krawędzi zabudowy wewnętrznej i jest to wymóg często stosowany w postępowaniach przetargowych na dostawę taboru lub usługi przewozowe.

Zamawiający w treści załącznika do SIWZ pn. Standardy świadczenia usług określił, że pojazdy nie mogą posiadać widocznych uszkodzeń na zewnątrz. Odwołujący wnosił o wykreślenie tego postanowienia. W jego ocenie ewentualne zarysowania pojazdu, jakie mogą zdarzyć się w ruchu ulicznym nie mają wpływu na bezpieczeństwo pasażerów i jakość świadczonych usług. W ocenie Izby powyższy zarzut i wymaganie Odwołującego jest bezzasadne. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Zamawiający ma możliwość opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze swoimi oczekiwaniami. Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie w ocenie Izby w sposób wystarczający uzasadnił swoje oczekiwania, wynikające z określonych obiektywnych potrzeb i założeń, w tym w szczególności uzasadnione jest wymaganie Zamawiającego, co do zachowania odpowiedniej estetyki pojazdów. W ocenie Izby powyższe uwagi odnoszą się także do postanowienia punktu 5.1.2 i 5.2.2 załącznika do SIWZ p.n. Standardy Świadczenia Usług, w którym Zamawiający określił, że zanieczyszczenia naniesione przez pasażerów, w tym śnieg i błoto mają być usuwane na bieżąco po każdym zakończeniu kursu, zaś niewywiązanie się z tego obowiązku zostało określone jako poważne naruszenie standardów świadczenia usługi. W ocenie Izby, wprowadzone postanowienia nie zagrażają w żaden sposób uczciwej konkurencji, z tego względu zarzut jest nieuzasadniony. Niemniej jednak Zamawiający w każdym czasie może dokonać modyfikacji specyfikacji istotnych postanowień zamówienia w celu złagodzenia wymagań.

W ocenie Izby uzasadniony jest zarzut dotyczący naruszenia art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczący postanowienia o minimalnej liczbie miejsc pasażerskich w pojeździe. Odwołujący wykazał, że wraz z rosnącymi wymaganiami dotyczącymi wyposażenia autobusów, takich jak klimatyzacja całopojazdowa, silniki Euro VI wymagające montażu dodatkowych zbiorników do Ad blue, etc., parametr wagi w kontekście wymaganej przez Zamawiającego minimalnej liczby 150 miejsc dla pasażerów jest niemożliwy do osiągnięcia. Izba wzięła pod uwagę także fakt, że Zamawiający uwzględnił powyższy zarzut, dokonał modyfikacji treści SIWZ w zakresie postanowień tego punktu przed dniem rozprawy, co wynika z przedstawionego przez Zamawiającego pisma z dnia 3 stycznia 2013 roku. W związku z powyższym Izba nie nakazywała w sentencji niniejszego wyroku modyfikacji treści SIWZ.

W ocenie Izby uzasadniony jest zarzut dotyczący punktu 5.7 załącznika do SIWZ pn. warunki techniczno-eksploatacyjne autobusów. Wymóg odporności wykładzin wewnętrznych na graffiti w ocenie Izby można uznać za nieuzasadniony i naruszający wymagania art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na brak możliwości sprecyzowania sposobu i środków do ich usuwania, a tym samym niejednoznaczność i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia. Podkreślić należy, że Zamawiający uznał za uzasadniony powyższy zarzut. Jednakże ponieważ do zamknięcia rozprawy Zamawiający nie dokonał modyfikacji treści SIWZ, z tego też względu Izba nakazała Zamawiającemu wykreślenie lub doprecyzowanie wymogu opisanego w punkcie 5.7 załącznika do SIWZ pn. warunki techniczno eksploatacyjne autobusów, który stanowi, że wykładzina wewnętrzna powinna być odporna na graffiti.

W ocenie Izby uzasadniony jest także zarzut dotyczący postanowienia SIWZ, w którym Zamawiający wymaga zastosowania w oknach bocznych szyb przesuwnych, których część otwierana musi zajmować minimum 40% wysokości okna. Odwołujący dowiódł, że ze względu na specyfikę konstrukcji obecnie budowanych autobusów niskopodłogowych, szyby boczne przenoszą znaczną ilość naprężeń nadwozia w czasie jazdy, jednocześnie w sposób estetyczny zakrywając od zewnątrz pojazdu podzespoły elektryczne jak i mechaniczne montowane w strefie dachu i wewnętrznych kanałów podsufitowych. Należy rozróżnić wysokość szyby bocznej autobusu od wysokości okna umożliwiającego dostęp światła do wnętrza autobusu. Odwołujący wniósł o dokonanie modyfikacji treści SIWZ poprzez dopuszczenie konstrukcji autobusów z oknami bocznymi z przesuwnie otwieraną częścią o wysokości 30% do 50%, jako rozwiązanie bezpieczne i zapewniające dobrą wentylację. Zamawiający uwzględnił powyższy zarzut. Dokonał modyfikacji treści SIWZ zgodnie z żądaniem Odwołującego przed zamknięciem rozprawy, z tego względu Izba nie nakazywała w sentencji wyroku dokonywania powyższej zmiany.

Odwołujący wskazał, że warunkiem realizacji zamówienia jest wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia w wysokości 3 % wartości oferty. Z uwagi na niestandardowo długi czas trwania zamówienia (8 lat) Odwołujący wnosil o wprowadzenie zapisu umożliwiającego wniesienie pierwszego zabezpieczenia na okres 4 lat, a następnie przedłużenie jego ważności lub wniesienie nowego, z zachowaniem ciągłości zabezpieczenia.

W ocenie Izby Zamawiający jest uprawniony do żądania, aby zabezpieczenie należytego wykonania umowy obejmowało cały okres obowiązywania umowy i aby wniesione zostało przed zawarciem umowy. Dodatkowo Odwołujący nie wykazał w formie informacji z banku

lub instytucji ubezpieczeniowych aby nie było możliwe wydanie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej na okres 8 lat. Zamawiający oświadczył, że dokonał rozeznania rynku i w wyniku tego ustalił, że istnieje możliwość udzielenia gwarancji bankowej na okres wymagany przez Zamawiającego. Odwołujący nie zaprzeczył temu twierdzeniu i nie dowiódł okoliczności przeciwnej. Wobec powyższego zarzut ograniczenia konkurencji przez Zamawiającego w zakresie tego punktu jest bezzasadny.

Odwołujący wnosił o modyfikację postanowień § 7 pkt 34 wzoru umowy poprzez ograniczenie zakazu używania pojazdów w barwach określonych w specyfikacji przedmiotowego postępowania jedynie do terenu gminy Lublin i gmin ościennych. W ocenie Odwołującego brak jest uzasadnienia, aby autobusy w w/w barwach były wykorzystywane w ramach innych umów zawartych przez wykonawcę np. na terenie innych województw lub nawet zagranicą. W ocenie Izby powyższy zarzut i wymaganie Odwołującego jest bezzasadne. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Zamawiający ma możliwość opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze swoimi oczekiwaniami. Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie w ocenie Izby w sposób wystarczający uzasadnił swoje oczekiwania, wynikające z określonych obiektywnych potrzeb i założeń, w tym w szczególności uzasadniony jest zakaz wykorzystywania autobusów do wykonywania przewozów na liniach regularnych innych niż przewidziane w umowie z Zamawiającym. Odwołujący nie wykazał, aby Zamawiający postawieniem takiego wymogu naruszył jakikolwiek przepis ustawy. Niezależnie od powyższego wskazać należy, że wiarygodne jest uzasadnienie Zamawiającego wprowadzenia przyczyn dla których wymóg ten został wprowadzony. Zamawiający wskazał, że wykorzystywanie autobusów na innych liniach regularnych mogłoby wprowadzać pasażerów w błąd, gdyż autobusy te zostaną wymalowane i oznakowane zgodnie ze schematem stosowanym przez Zamawiającego. Ponadto autobusy te wyposażone będą w urządzenia oraz biletomaty przekazane przez Zamawiającego. Na marginesie Izba zauważa, że powyższy zakaz Zamawiającego nie obejmuje wykorzystywania autobusów w inny sposób niż na regularnych liniach komunikacyjnych.

Odwołujący wskazywał, że w § 12 ust. 6 umowy Zamawiający przewidział fakultatywną zmianę stawki podatku VAT. Ponieważ zaistnienie okoliczności polegającej na zmianie stawki podatku ma charakter obiektywny, niezależny od woli stron, Odwołujący wnosił o modyfikację tego postanowienia w taki sposób, aby po zmianie stawki podatku VAT, zmiana wartości umowy była obligatoryjna. Odnosząc się do treści tego zarzutu stwierdzić należy, że Zamawiający uprawniony był do wprowadzenia mechanizmu dostosowującego wysokość należnego wykonawcy wynagrodzenia do wysokości podatku VAT określonego według stawki obowiązującej w chwili wystawienia faktury przez wykonawcę. Postanowienie umowy

nie uniemożliwia dokonania zmiany stawki podatku VAT w umowie w zależności od zmiany prawa w tym zakresie. Brak jest podstaw do przyjęcia, że Zamawiający odmówi akceptacji zmiany umowy w tym zakresie, skoro będzie to wynikało ze zmiany przepisów powszechnie obowiązujących. Z tego względu Izba nie uwzględniła powyższego zarzutu.

Odwołujący wnosił o modyfikację §12 ust. 2 umowy poprzez określenie maksymalnej liczby wozokilometrów dojazdowych na wskazane w rozkładzie linie, liczone od centrum miasta lub bazy MPK w Lublinie, po przekroczeniu których wykonawca mógłby rozpocząć naliczane płatnych wzkm. Wykonawcy nie mają technicznej możliwości przeniesienia swoich baz bliżej centrum w celu wyrównania szans w postępowaniu. Izba uznała powyższy zarzut za bezzasadny. W ocenie Izby Zamawiający ma możliwość opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze swoimi oczekiwaniami. Przedmiotem zamówienia jest wykonywanie przewozu na określonych trasach, które są jednakowe dla wykonawcy realizującego umowę niezależnie od tego, kto wykonuje umowę. Z tego względu brak jest podstaw do stwierdzenia, że przy określeniu tras Zamawiający preferował określonego wykonawcę. Uzasadniony w ocenie Izby jest także argument, że wprowadzenie płatnych wozokilometrów dojazdowych i zjazdowych spowodowałoby konieczność pomniejszenia wozokilometrów liniowych o wartość, która na etapie do dnia wyboru oferty najkorzystniejszej nie jest znana Zamawiającemu, gdyż nie jest znana lokalizacja bazy przyszłego wykonawcy. Tym samym Zamawiający nie naruszył zasady równego traktowania Wykonawców i nie ograniczył uczciwej konkurencji.

Odwołujący wnosił o wykreślenie § 16 ust. 8 i 9 umowy ponieważ raporty o których mowa w w/w postanowieniu są generowane przez system należący do Zamawiającego. Wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za wadliwe działanie, lub czasowy brak dostępności tego systemu, zgłasza, że opóźnienia w dostarczaniu raportów mają wiązać się z nakładaniem kar na wykonawcę. Izba uznała powyższy zarzut za nieuzasadniony. Jak wskazał Zamawiający, dane do raportu przyspieszeń wprowadzane będą przez wykonawcę. Ponadto w przypadku, gdyby wystąpiła awaria systemu, za pomocą którego generowane są raporty przyspieszeń, to jest to okoliczność, za którą wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności, gdyż system ten należy do Zamawiającego. Tym samym, jeżeli wymogiem Zamawiającego jest pozyskiwanie raportów przyspieszeń, to powinien zapewnić sprawność systemu, który umożliwia generowanie takich raportów. Z ogólnych zasad odpowiedzialności wynikających z kodeksu cywilnego wynika, że w przypadku awarii systemu umożliwiającego generowanie raportów brak byłoby podstaw do obciążenia wykonawcy odpowiedzialnością za niewygenerowanie takiego raportu pod warunkiem, że jedyną przyczyną takiego stanu rzeczy byłaby awaria systemu należącego do

Zamawiającego. Zatem powyższe wskazuje na fakt, że obawy Odwołującego są nieuzasadnione. Niezależnie od powyższego, Zamawiający ma możliwość złagodzenia postanowień wzoru umowy.

Odwołujący wnosił o wykreślenie § 17 ust. 4 pkt 1 i 3 ponieważ obecne brzmienie może stwarzać pole do nadużyć m.in. przez konkurencję, która mogłaby kierować bezpodstawne skargi do Zamawiającego, które skutkowałyby nałożeniem kary pieniężnej na Wykonawcę. Zdaniem Odwołującego obecna regulacja wymaga usunięcia lub doprecyzowania. Izba uznała powyższy zarzut za bezzasadny. W ocenie Izby Zamawiający uprawniony był do nałożenia na wykonawcę kary z tytułu kary spowodowanej wniesieniem skarg na wykonawcę. Przede wszystkim wskazać należy, że warunkiem nałożenia kary jest przewidziane obligatoryjne przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego, w którym uczestniczy wykonawca, jak również zweryfikowanie przez Zamawiającego okoliczności zdarzenia na podstawie pisemnych wyjaśnień wykonawcy oraz innych dowodów związanych ze sprawą. Zdaniem Izby taka procedura pozwoli na wyeliminowanie skarg nieuzasadnionych i ogranicza pole do ewentualnych nadużyć. Takie postanowienia umowy dotyczą wszystkich wykonawców, zatem nie ma mowy o ograniczeniu praw któregośkolwiek z nich. Brak jest więc podstaw do uznania, że postanowienie to ogranicza zasady uczciwej konkurencji.

W § 28 umowy Zamawiający określił prawo do rozwiązania umowy bez wypowiedzenia po zaistnieniu okoliczności określonych w tym paragrafie. Odwołujący wnosił o wykreślenie ust. 1 lit d,e,f,i,j,k, ponieważ okoliczności wskazane w w/w odnośnikach trudno uznać jako rażące naruszenie warunków umowy. Sytuacje wskazane w zakwestionowanych jednostkach redakcyjnych mogą wynikać z przyczyn obiektywnie niezależnych od wykonawstwa. Zdaniem Odwołującego, przypisanie sankcji za w/w sytuacje polegającej na natychmiastowym rozwiązaniu umowy uznać należy za konsekwencję zbyt dolegliwą, wypaczającą zasadę proporcjonalności i równości stron stosunku prawnego. W ocenie Izby powyższy zarzut jest bezzasadny. Brak jest podstaw do narzucania Zamawiającemu, które okoliczności związane z wykonaniem umowy powinny umożliwiać Zamawiającemu rozwiązanie umowy bez wypowiedzenia. Zamawiający ma prawo oceny, które postanowienia umowy są dla niego na tyle istotne, że ich naruszenie skutkować będzie uprawnieniem Zamawiającego do rozwiązania umowy bez wypowiedzenia. Gdyby Zamawiający został pozbawiony tego uprawnienia, mogłoby się okazać, że Zamawiający w ogóle nie ma możliwości rozwiązania umowy bez wypowiedzenia w przypadku naruszenia postanowień umowy przez wykonawcę. Prowadziłoby to do rażącego uprzywilejowania pozycji wykonawcy na etapie realizacji umowy. To Zamawiający decyduje, naruszenie których

postanowień umowy jest dla niego na tyle istotne, że traktuje takie naruszenie jako naruszenie rażące.

W ocenie Izby bezzasadny jest zarzut dotyczący przyjęcia przez Zamawiającego możliwości przedłożenia wykazu sprzętu, którym wykonawca dopiero będzie dysponował w przyszłości, lecz nie w terminie składania ofert, co uniemożliwiać ma dokonanie przez Zamawiającego oceny spełniania przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w sposób gwarantujący uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców w terminie składania ofert. Wskazać należy, że Zamawiający w świetle postanowień SIWZ nie oczekuje, aby wykonawcy dysponowali w chwili składania ofert potencjałem technicznym, za pomocą którego będzie realizowane zamówienie, ale aby złożyli oświadczenie, że będą dysponowali takim sprzętem. Izba wzięła pod uwagę przede wszystkim fakt, że bezsporne pomiędzy stronami jest, że Zamawiający wymaga sprzętu, który zostanie wyprodukowany w bieżącym roku. Tym samym, żaden z wykonawców na chwilę składania ofert nie dysponuje takim sprzętem. Z tego względu, Zamawiający nie ma innej możliwości ocenić spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jak tylko na podstawie oświadczeń wykonawców. Co więcej, jest to dla Wykonawców jedyny sposób (pisemne oświadczenie lub zobowiązanie), aby na chwilę składania ofert udowodnić Zamawiającemu, że dany wykonawca będzie dysponował określonym sprzętem.

W ocenie Izby bezzasadny jest także zarzut dotyczący ilości wozokilometrów. W treści SIWZ Zamawiający określił, że łączna ilość wozokilometrów nie może przekroczyć 8325334 oraz może ulec zmniejszeniu o maksymalnie 20%. W ocenie Izby istotny jest fakt, że umowa zostanie zawarta na okres 8 lat, co oznacza, że Wykonawcy powinni przewidywać różne okoliczności i kalkulować ryzyko ewentualnej (wskazanej przez Zamawiającego) zmiany w zakresie ilości przewidywanych wozokilometrów. Tym samym, wbrew twierdzeniom Odwołującego, podana została ilość wozokilometrów, a ewentualne ryzyko zmiany (uzasadnione długotrwałym terminem umowy) może zostać skalkulowane przez Wykonawcę. Możliwość zmiany dokładnego zakresu umowy nie jest okolicznością niespotykaną. W ocenie Izby, jest to okoliczność uzasadniona, z uwagi na 8 letni czas obowiązywania umowy. Co więcej, takie warunki niniejszego postępowania dotyczą wszystkich wykonawców.

Podobnie Izba uznała, że Zamawiający ma możliwość ograniczenia zakresu umowy ze względu na posiadane przez siebie środki finansowe. Nie stanowi to w ocenie Izby nadużycia ze strony Zamawiającego. Kwota, którą Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia, wynika z przyjętego planu finansowego danej jednostki. Oczywistym jest zatem, że Zamawiający przy realizacji zamówienia na okres 8 lat zabezpiecza jednostkę finansów publicznych przed ewentualnymi zmianami, niezależnymi od Zamawiającego, a

wynikającymi z decyzji organów nadrzędnych.

W ocenie Izby uprawnione było także wprowadzenie postanowienia § 25 ust. 2 wzoru umowy, który jest tożsamy z treścią ustawy Prawo zamówień publicznych (art. 145) i jako taki nie może być uznany za naruszający przepisy prawa.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.