

WYROK

z dnia 6 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 października 2014 r. przez **K. P., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Usługi Transportowe K. P. w Biechowie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Międzygminny Związek Komunikacyjny w Jastrzębiu-Zdroju**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Międzygminnemu Związkowi Komunikacyjnemu w Jastrzębiu-Zdroju** – dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) w sposób następujący:
 - modyfikację rozdz. V pkt 1b SIWZ poprzez rezygnację z określenia „rocznie” przy parametrze ilościowym usługi
 - modyfikację § 2 ust. 4 projektu umowy poprzez nadanie jej brzmienia:
„Zamawiający zastrzega sobie w trakcie realizacji umowy możliwość zmiany ilości (zwiększenia lub zmniejszenia) wozokilometrów na liniach w ramach rocznego zakresu rzeczowego oraz zmiany typu taboru w obsłudze linii lub w poszczególnych kursach w ramach pojazdów zgłoszonych do obsługi zamówienia”
 - usunięcie z projektu umowy postanowienia zawartego w § 14 ust. 4 lit. a,
 - modyfikację rozdz. VI pkt 2 lit. e SIWZ poprzez zobowiązanie, że wykonawcy będzie dysponował bazą transportową bez względu na jej lokalizację,

- wprowadzenie w zał. nr 7 pkt 1.1 długości minimalnych pojazdów oraz wskazanie, że weryfikacja tych rozmiarów będzie przeprowadzona w odniesieniu do homologacji

2. kosztami postępowania obciąża **Międzygminny Związek Komunikacyjny w Jastrzębiu-Zdroju**

i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **K. P., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Usługi Transportowe K. P. w Biechowie** tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od **Międzygminnego Związku Komunikacyjnego w Jastrzębiu-Zdroju** na rzecz **K. P., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Usługi Transportowe K. P. w Biechowie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Międzygminny Związek Komunikacyjny w Jastrzębiu-Zdroju – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie autobusowych usług przewozowych w systemie komunikacji miejskiej na liniach wchodzących w skład sieci komunikacyjnej obejmującej obszar miasta Jastrzębie-Zdrój i gmin ościennych.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 20 października 2014 roku wykonawca K. P., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe K. P. w Biechowie (dalej: odwołujący), wniósł odwołanie wobec:

1. treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zakresie zapisów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, które naruszają przepisy art. 353¹ k.c. i art. 5 w zw. z art 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie do projektu umowy zapisów sprzecznych z właściwością stosunku i zasadami współżycia społecznego a skutkujących naruszeniem równowagi kontraktowej stron poprzez przyznanie jednej ze stron nieuzasadnionego uprawnienia do jednostronnego kształtowania treści stosunku prawnego,
2. treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zakresie zapisów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i jego wymagań, które naruszają przepis art. 7 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie zbyt krótkiego terminu realizacji obowiązku umownego, przez co uprzywilejowany jest wykonawca obecnie świadczący usługi przewozowe, który w przypadku uzyskania zamówienia, nie będzie objęty obowiązkiem umownym,
3. treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zakresie zapisów dotyczących warunku udziału w postępowaniu dotyczącym wiedzy i doświadczenia, którego treść narusza zasadę równego traktowania wykonawców (art. 7 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), ponieważ prowadzi do uprzywilejowania pozycji tych wykonawców, którzy wykonują swoją działalność krócej niż 3 lata,
4. treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie zapisów dotyczących wadium, które naruszają przepis art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, dając uprawnienie zatrzymania wadium w przypadku braku wniesienia zabezpieczenia przez wykonawcę, pomimo braku przewidzenia w SIWZ obowiązku wniesienia zabezpieczenia,

5. treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zakresie zapisów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, które naruszają art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nieuwzględnienie wszystkich wymagań i okoliczności wpływających na treść oferty, a to poprzez zastrzeżenie takich uprawnień na rzecz zamawiającego, które powodują, że przedstawione w opisie przedmiotu zamówienia okoliczności i wymagania, nie miałyby waloru pewności i nie pozwalały na rzetelne sporządzenie oferty, oraz z naruszeniem art. 353¹ i art. 5 k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie do projektu umowy zapisów sprzecznych z właściwością stosunku i zasadami współzycia społecznego a skutkujących naruszeniem równowagi kontraktowej stron poprzez przyznanie jednej ze stron nieuzasadnionego uprawnienia do jednostronnego kształtowania treści stosunku prawnego,

6. treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zakresie zapisów projektu umowy, które naruszają treść art. 145 ust. 1 i art. 7 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie możliwości rozwiązania umowy za wypowiedzeniem w przypadku nie uzasadniającym konieczności rozwiązania całej umowy, jakim jest likwidacja pojedynczej linii komunikacyjnej, a nadto wprowadzenie możliwości rozwiązania umowy za wypowiedzeniem w przypadku, którego wystąpienie zależne jest od uprzednich decyzji zamawiającego,

7. treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu oceny ich spełniania, czym naruszono art. 7 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez niewłaściwą redakcję opisu warunków i opisu sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu, która w zestawieniu z opisem przedmiotu zamówienia, nie pozwala na ustalenie ponad wszelką wątpliwość rzeczywistych warunków udziału w postępowaniu i rzeczywistego sposobu oceniania ich spełniania, a ewentualnie prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców,

8. treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zakresie zapisów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i jego wymagań, które naruszają przepis art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez brak dookreślenia wymagań technicznych autobusów, mających wpływ na przygotowanie oferty,

9. treści ogłoszenia o zamówieniu, która narusza treść art. 41 ust. 7 ustawy Pzp nie zawierając opisu wszystkich warunków udziału w postępowaniu i sposobu dokonywania ich oceny.

Odwołujący wniósł o:

- nakazanie zamawiającemu modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stosownie do wskazań zawartych w uzasadnieniu odwołania,

- nakazanie zamawiającemu modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu, stosownie do wskazań zawartych w uzasadnieniu odwołania,
- przyznanie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący podniósł, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, a nadto w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych wyżej przepisów ustawy Pzp może ponieść szkodę wyrażającą się utraceniem potencjalnej możliwości pozyskania zamówienia i uzyskania wynagrodzenia z tego tytułu, czy też możliwości pełnego zrealizowania zamówienia w przypadku wyboru jego oferty. Wprowadzenie do SIWZ zapisów, które uprzywilejowują niektóre kategorie wykonawców, może uniemożliwić uzyskanie zamówienia, a wprowadzenie w projekcie umowy zapisów pozwalających zamawiającemu niezasadnie ingerować w treść stosunku prawnego może utrudnić realizację zamówienia i uzyskanie zysku z jego realizacji, w przypadku wyboru oferty odwołującego. Odwołujący stwierdził, że jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że w dniu 10 października 2014 r. zamawiający umieścił na swojej stronie specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej „Specyfikacja” lub „SIWZ”).

1. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług przewozowych w komunikacji miejskiej. Zamawiający określił zakres rzeczowy przewozów w całym 10 letnim okresie realizacji umowy na około 34 600 000 wozokilometrów (rozdz. III pkt 3), jak i roczny zakres rzeczowy wynoszące 3 460 000 wzkm (rozdz. III pkt 1).

W rozdziale III pkt 7, rozdziale XVI pkt 3.3 lit e zamawiający zawarł zastrzeżenie, że może on zmniejszyć roczny zakres rzeczowy zamówienia o 10%, gdy będzie to wynikać z „potrzeb przewozowych” lub ze „zmian tras linii komunikacyjnych”.

Skutkiem powyższego było zastrzeżenie w projekcie umowy stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ w §2 ust. 6 oraz §13 ust. 4, o dopuszczeniu istotnych zmian umowy w ten sposób, że roczny zakres rzeczowy może zostać zmieniony przez Zamawiającego o 10% gdy będzie to wynikać z „potrzeb przewozowych” lub ze „zmian tras linii komunikacyjnych”.

Odwołujący zwrócił uwagę, że omawiane zapisy dają zamawiającemu swobodę w jednostronnym kształtowaniu zakresu przedmiotu zamówienia w trakcie trwania jego realizacji, co zasadniczo powinno być wykluczone. Oferenci kalkulują parametry oferty przy pewnych założeniach, a głównym założeniem jest zakres przedmiotowy zamówienia.

Umożliwienie zamawiającemu ograniczenia zakresu przedmiotu zamówienia, skutkuje tym, że oferenci nie będą mogli oprzeć swoich kalkulacji na podstawach, które będą trwałe. Nie może pozostawać poza polem widzenia fakt, że zamówienie ma być realizowane przez okres 10 lat. O ile ze względu na specyfikę zamówienia, nie można wykluczyć wahań w zakresie rzeczowym zamówienia wynikających ze zmian w rozkładach jazdy poszczególnych linii czy też zmian tras linii komunikacyjnych, o tyle wskazana przez zamawiającego ogólnie brzmiąca przesłanka „potrzeb przewozowych”, daje zamawiającemu zupełną swobodę w ograniczaniu przedmiotu zamówienia. Jest to bowiem bardzo ogólna i pojemna przesłanka i daje szerokie możliwości interpretacyjne. Zasadniczo każda decyzja zamawiającego odnosząca się do zakresu przedmiotu zamówienia będzie wynikała z potrzeb przewozowych, rzecz w tym, żeby warunki zostały tak opisane aby umożliwić weryfikację czy istotnie spełnione były przesłanki do zmian w zakresie rzeczowym.

Ponadto odwołujący wskazał, że redakcja zapisu w zestawieniu z okresem realizacji zamówienia wynoszącym 10 lat powoduje, że teoretycznie jeśli zamawiający co rok obniżałby zakres rzeczowy o 10% to w ostatnim roku pozostałoby do wykonania wyłącznie 10% zamówienia.

Jeżeli zapis ten miałby pozostać poza wyeliminowaniem przesłanki „potrzeb przewozowych” należałoby wprowadzić ograniczenie, które zabezpieczałoby wykonawcę przed takimi działaniami zamawiającego, które zmierzałyby do znaczącego zawężenia zakresu przedmiotowego zamówienia. Dając zamawiającemu prawo do ograniczenia zakresu rzeczowego, należałoby przyjęty 10% próg odnieść nie do wartości rocznej, która co roku mogłaby być ograniczana, lecz do wartości całego przedmiotu zamówienia - wówczas zamawiający byłby uprawniony do zmian w zakresie rzeczowym zamówienia, ale wyłącznie w zakresie 10% całości. Wykonawca miałby wówczas pewność, że zamawiający nie zmniejszy zakresu rzeczowego o więcej niż 10% całości przedmiotu zamówienia.

Obecny kształt zapisów daje zamawiającemu zbyt szerokie możliwości jednostronnego wpływania na zakres przedmiotu zamówienia, co narusza zasadę równowagi kontraktowej stron umowy cywilnoprawnej, ale również jest niezgodne z systemem zamówień publicznych, który buduje wyjątkowe trwałe relacje pomiędzy zamawiającym i wykonawcą. Przepisy ustawy Pzp tak sterują postępowaniem, aby strony od momentu ogłoszenia o zamówieniu miały ograniczone możliwości wycofywania się z procedury tylko w określonych okolicznościach. To samo powinno dotyczyć etapu realizacyjnego. Obecne zapisy naruszają treść art. 353¹ k.c. i art. 5 w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie do projektu umowy zapisów sprzecznych z właściwością stosunku i zasadami współżycia społecznego a skutkujących naruszeniem równowagi kontraktowej

stron poprzez przyznanie jednej ze stron nieuzasadnionego uprawnienia do jednostronnego kształtowania treści stosunku prawnego.

Przywróceniem równowagi kontraktowej oraz zgodności z zasadami zamówień publicznych byłoby usunięcie (w rozdziale HI pkt 7, rozdziale XVI pkt 3.3 lit e\ § 2 ust. 6 projektu umowy oraz w § 13 ust. 4 projektu umowy") ogólnej przesłanki „potrzeb przewozowych zamawiającego” jako warunkującej możliwość ograniczenia zakresu rzeczowego zamówienia, a nadto zastąpienie zwrotu „roczny zakres rzeczowy” zwrotem „roczny zakres rzeczowy”.

Na marginesie odwołujący wskazał na nieprawidłowość w redakcji zapisu § 13 ust. 4 projektu umowy. W § 13 przewidziano bowiem sytuacje, w których może dojść do zmiany umowy – zmiany, czyli oświadczeń woli obu stron zmierzających do zmiany treści kontraktu. Tymczasem zapis ust. 4 wskazuje, że to zamawiający może dokonać zmiany samodzielnie.

2. W rozdziale III zawierającym opis przedmiotu zamówienia w pkt 11.1 zamawiający zobowiązał wykonawcę do tego aby „z dniem rozpoczęcia umowy” dokonał na własny koszt przeinstalowania systemów elektronicznych (autokomputer, kasowniki elektroniczne, kamery, monitor, drukarki biletów, przycisk alarmowy oraz całość okablowania systemów) z pojazdów wykonawców, którzy dotychczas wykonują usługę na rzecz zamawiającego.

Odwołujący zauważył, że dotychczasowy wykonawca będzie realizował usługi z wykorzystaniem ww. urządzeń do 30 kwietnia 2014 r. do godzin późnowieczornych, a nowy wykonawca ma mieć zainstalowane urządzenia już w godzinach wczesnorannych w dniu 1 maja 2015 r. Przeinstalowanie wszystkich opisanych wyżej urządzeń w około 60 autobusach jest praktycznie niewykonalne w tak krótkim czasie, wynoszącym tylko kilka godzin w porze nocnej.

Odwołujący zaznaczył, że obecne ukształtowanie obowiązków wykonawcy skutkuje uprzywilejowaniem sytuacji dotychczasowego wykonawcy zamówienia, który w przypadku otrzymania niniejszego zamówienia nie musiałby dokonywać żadnych czynności instalacyjnych.

Pozostawienie obecnego zapisu stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców (art. 7 ustawy Pzp). Aby usunąć wskazane naruszenie i umożliwić wywiązanie się z tego obowiązku przez wykonawcę innego niż dotychczasowy wykonawca przewozów. zamawiający winien wydłużyć termin realizacji obowiązku. Wykonawca powinien zostać zobowiązany do sukcesywnego montowania urządzeń w terminie do 15.05.2015 r.

3.

W rozdziale V pkt Ib zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu dotyczące wiedzy i doświadczenia. Zamawiający wymaga od wykonawców aby w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert (lub w krótszym okresie jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy) wykazali realizację co najmniej 1 usługi regularnego przewozu osób w liczbie 2.500.000 wozokilometrów rocznie.

Taka redakcja wymagania powoduje, że oferent wykazać musi, że w okresie ostatnich trzech lat wykonał usługę, której roczna wartość wynosi 2,5 mln wzk. Zestawienie parametru ilościowego określonego przez sformułowanie „rocznie” z zakreśleniem ram czasowych na trzy lata wstecz, powoduje, że oferenci zobowiązani są wykazać się usługą, która w każdym z trzech lat wstecz prezentuje określoną wartość roczną. Wyjątkiem będą podmioty, które prowadzą działalność krócej i zobowiązane są wykazać doświadczenie z krótszego okresu. Skutkiem takiej redakcji wymagania jest nierówne traktowania wykonawców zależnie od tego czy prowadzą działalność dłużej czy krócej np. rok lub dwa lata. Jeśli bowiem oferent prowadzi działalność od 1 roku to teoretycznie jest uprawniony do wykazania, iż jedynie w jednym roku prowadzenia działalności wykonał usługi przewozowe w ilości 2,5 mln wzk. Jeśli zaś oferent prowadzi działalność od kilku lat, to musi wykazać, iż w każdym z trzech ostatnich lat wykonał usługi o ilości 2,5 mln wzk. Zamawiający w odniesieniu do tego konkretnego elementu w sposób uprzywilejowany traktuje wykonawców prowadzących działalność krócej np. 1 rok, od wykonawców z dłuższym stażem, którzy nie spełnią warunków udziału w postępowaniu, jeśli np. tylko w dwóch z trzech lat spełnili wymaganie ilości wozokilometrów wynoszące 2,5 mln wzk.

W ocenie odwołującego obecna treść wymagań narusza zasadę równego traktowania wykonawców (art. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 2), ponieważ prowadzi do uprzywilejowania pozycji tych wykonawców, którzy wykonują swoją działalność krócej niż 3 lata.

Usunięciem powyższego naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, byłaby rezygnacja z określenia „rocznie” przy parametrze ilościowym usługi, w ten sposób, że wykonawcy musieliby wykazać, że w okresie 3 lat wstecz wykonali jedną usługę o ilości 2,5 mln wzk. Względnie opis powinien zostać uzupełniony o wskazanie, że wykonawcy nie muszą wykazywać się usługą spełniającą parametr ilościowy w każdym z trzech lat wstecz.

Za usunięciem parametru rocznej ilości usług przemawia nie tylko fakt uprzywilejowania wykonawców prowadzących działalność krócej, ale także nieprecyzyjność tego parametru. Nie zostało bowiem przesądzone czy zamawiający miałby badać okresy roczne pokrywające się z latami kalendarzowymi czy też okresy roczne licząc wstecz od 19.11.2014 r. (termin składania ofert). Tych wątpliwości nie byłoby gdyby zamawiający

zrezygnował z wymagania wykazania się w okresie 3 lat usługą o określonej rocznej wartości, ponieważ wówczas wystarczające byłoby wykazanie określonej ilości wozokilometrów w całym trzyletnim okresie, który wówczas stanowiłby jedyną barierę czasową dla wykazywanego doświadczenia.

4.

W rozdziale XV SIWZ zamawiający wskazał, że nie wymaga wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Tymczasem w rozdziale VIII pkt 15 lit b wskazano, że wadium zostanie zatrzymane jeśli wykonawca, którego oferta została wybrana nie wniesie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Skoro zamawiający nie wymaga wnoszenia zabezpieczenia to nie może zatrzymywać wadium na tej podstawie, że zabezpieczenia nie wpłacono.

Jest to sprzeczność zapisów SIWZ i narusza ona treść art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, który znajduje zastosowanie wyłącznie w przypadku gdy wykonawca był zobowiązany do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Aby usunąć to naruszenie należy wykreślić pkt 15 lit b w rozdziale VIII i wyeliminować tym samym wskazana wyżej sprzeczność.

5.

W § 2 ust. 4 projektu umowy zamawiający wskazał, że zastrzega sobie „możliwość zmiany ilości (zwiększenia lub zmniejszenia) wozokilometrów na liniach oraz zmiany typu taboru w obsłudze linii lub w poszczególnych kursach”.

Jest to kolejny zapis, w którym zamawiający zastrzega sobie prawo jednostronnej ingerencji w ustalony zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia. Odwołujący stwierdził, że o ile co do zasady można zgodzić się, że umowa powinna przewidywać pewne możliwości korekt zakresu rzeczowego w przypadkach wynikających ze zmian w rozkładach jazdy, zmian tras linii itp. o tyle nie może być zgody na używanie tak ogólnych i pojemnych określeń przy redagowaniu zapisów mających tak istotny wpływ na zakres przedmiotu zamówienia.

Przede wszystkim dopuszczając możliwość zwiększenia lub zmniejszenia ilości wozokilometrów, należałoby zastrzec, że będzie to możliwe wyłącznie w ramach rocznego zakresu rzeczowego - podobnie jak w § 13 ust. 3 projektu umowy, gdzie przewidziano zmiany w umowie wymagające aneksu do umowy, lecz zaznaczono, iż nie mogą one naruszać rocznego zakresu rzeczowego.

Następnie zmiana typu taboru mogłaby mieć miejsce wyłącznie w ramach pojazdów zgłoszonych do obsługi zamówienia — podobnie jak w §13 ust. 7 projektu umowy, gdzie przewidziano zmiany w umowie wymagające aneksu do umowy i zaznaczono, że zmiana rodzaju taboru może dotyczyć wyłącznie pojazdów zgłoszonych do obsługi zamówienia.

Brak sugerowanych wyżej zmian skutkowałby przyznaniem zamawiającemu niczym nieuzasadnionych możliwości dokonywania zmian w zakresie rzeczowym zamówienia a także zmian wymagałby na wykonawcy dokonywanie zmian w taborze przeznaczonym do obsługi zamówienia. Zwłaszcza istotny jest element nienaruszalności taboru, zgłoszonego do obsługi zamówienia, ponieważ jest to ten element, w który wykonawca inwestuje najwięcej kapitału i który stanowi główny czynnik kosztotwórczy, a co za tym idzie wywiera najbardziej znaczący wpływ na kalkulację oferty. Z perspektywy wykonawcy przy takich wymaganiach co do taboru, jakie określił zamawiający, najkorzystniej jest zainwestować w pozyskanie nowych autobusów, co jeszcze bardziej podnosi wagę tej kwestii. Jeśli zamawiający uzyskałby nieograniczone możliwości wpływania na zmiany w zakresie taboru autobusowego, oferent nie byłby w stanie dokonać rzeczowej kalkulacji kosztów, ponieważ powstałby element niepewny i nieprzewidywalny, a co za tym idzie znacząco utrudniona zostałaby możliwość skalkulowania ceny ofertowej.

Pozostawienie kwestionowanych zapisów w dotychczasowym kształcie oznaczałoby naruszenie treści art. 29 ust. 1 ustawy Pzp - albowiem opis przedmiotu zamówienia nie pozwalałby na rzetelne sporządzenie oferty, poprzez nieuwzględnienie wszystkich wymagań i okoliczności wpływających na treść oferty, a to poprzez zastrzeżenie takich uprawnień na rzecz Zamawiającego, które powodują, że przedstawione w opisie przedmiotu zamówienia okoliczności i wymagania, nie miałyby waloru pewności i nie pozwalały na rzetelne sporządzenie oferty.

Ponadto, w ocenie odwołującego, obecne zapisy naruszają treść art. 353¹ k.c. i art. 5 w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie do projektu umowy zapisów sprzecznych z właściwością stosunku i zasadami współżycia społecznego a skutkujących naruszeniem równowagi kontraktowej stron poprzez przyznanie jednej ze stron nieuzasadnionego uprawnienia do jednostronnego kształtowania treści stosunku prawnego.

Usunięciem powyższych naruszeń byłaby zmiana treści kwestionowanego zapisu na poniższą: „Zamawiający zastrzega sobie w trakcie realizacji umowy możliwość zmiany ilości (zwiększenia lub zmniejszenia) wozokilometrów na liniach w ramach rocznego zakresu rzeczowego oraz zmiany typu taboru w obsłudze linii lub w poszczególnych kursach w ramach pojazdów zgłoszonych do obsługi zamówienia.”

6.

W § 14 ust. 4 zamawiający przewidział możliwość wypowiedzenia umowy w sprawie zamówienia publicznego w trzech wymienionych w tym ustępie przypadkach. O ile możliwość wypowiedzenia umowy w przypadku rozwiązania związku międzygminnego jakim jest zamawiający jest uzasadniona, o tyle wypowiedzenie umowy lub jej części na skutek likwidacji linii komunikacyjnej stanowi naruszenie zasady równowagi kontraktowej stron, zasady swobody umów oraz zasad systemu zamówień publicznych.

Zgodnie z treścią § 14 ust. 4 lit a zamawiający może wypowiedzieć w całości lub w części umowę w przypadku likwidacji linii komunikacyjnej. Przy czym to przecież zamawiający jako organizator publicznego transportu zbiorowego, opracowujący plan transportowy, ma wpływ na sieć komunikacyjną i przebiegi linii komunikacyjnych. Prowadzi to do sytuacji, że możliwość wypowiedzenia umowy zależna jest od decyzji pozostających w kompetencji jednej ze stron umowy.

Odwołujący zwrócił uwagę na treść przepisu art. 145 ust 1 ustawy Pzp, który daje zamawiającemu prawo do odstąpienia od umowy w razie zaistnienia istotnych zmian okoliczności, nie dających się przewidzieć a skutkujących naruszeniem interesu publicznego w przypadku kontynuowania realizacji umowy. W ocenie odwołującego przepis ten powinien być pewną wskazówką dla wprowadzania w umowach i interpretowania zapisów pozwalających na „wycofanie” się z umowy przez zamawiającego.

Odwołujący powołał się na rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 maja 2013 r. w sprawach o sygn. akt KIO 912/13 i KIO 981/13.

7.

Zamawiający w rozdziale V pkt 1 lit c zawarł opis warunków udziału w postępowaniu dotyczących potencjału technicznego. Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą spełnianie warunku dotyczącego „dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, bazą transportową, punktem dyspozytorskim oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia - tj. wykonawcy, którzy dysponują lub będą dysponować niezbędnymi narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi do wykonania zamówienia tj. taborem w liczbie co najmniej 61 sztuk, w tym co najmniej 4 sztuki autobusów typu C, zgodnie z wymaganiami określonymi w załączniku nr 7 do SIWZ.”

W rozdziale VI pkt 2 lit e zamawiający zawarł opis dokumentów wymaganych dla potwierdzenia powyższych warunków, który stanowi wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i

urządzeń technicznych tj. taboru dostępnego wykonawcy w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami wg wzoru z załącznika nr 6, dokładny adres bazy transportowej i punktu dyspozytorskiego wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że załącznik nr 6 stanowiący wzór oświadczenia zawiera wyłącznie pozycje do wskazania parametrów autobusów, którymi dysponuje wykonawca.

Ponadto w rozdziale III pkt 12 zamawiający wskazał, że wykonawca jest zobowiązany do prowadzenia punktu dyspozytorskiego usytuowanego na terenie miasta Jastrzębia-Zdroju.

Odwołujący podkreślił, że opis warunków udziału w postępowaniu, sposobu oceny ich spełniania oraz wykaz składanych dokumentów i oświadczeń, służyć ma wyłącznie zweryfikowaniu potencjału wykonawcy do realizacji zamówienia a nie służyć ustaleniu czy wykonawca posiada już obecnie przed rozpoczęciem realizacji zamówienia określone zasoby, które zostaną wprost wykorzystane do realizacji zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że nie zostało to co prawda wprost określone w opisie wymagań, opisie sposobu oceny ich spełniania ani w wykazie dokumentów, aby należało wykazać dysponowanie bazą czy punktem dyspozytorskim o określonych parametrach, więc wydaje się, że zamawiający chce zweryfikować jedynie to czy wykonawca w swojej bieżącej działalności takie zasoby posiada. Jednak zapis w rozdziale III pkt 12, wskazujący na konieczność prowadzenia punktu dyspozytorskiego w czasie realizacji umowy, na terenie miasta Jastrzębie-Zdrój, wprowadza uzasadnioną wątpliwość co do tego, czy zamawiający nie uczynił jednak warunkiem udziału w postępowaniu posiadania takiego punktu zlokalizowanego na terenie miasta Jastrzębie- Zdrój, lub co najmniej wymaga już podania adresu przyszłej bazy i punktu dyspozytorskiego na terenie miasta Jastrzębie-Zdrój.

W ocenie odwołującego, gdyby tak odczytywać warunki udziału w postępowaniu to oczywiście wymaganie aby o zamówienie mógł ubiegać się podmiot posiadający na dzień składania ofert punktem dyspozytorskim w Jastrzębiu-Zdroju byłoby naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, przez co naruszałoby treść art. 7 ustawy Pzp. Gdyby zaś wymóg dotyczył wykazania posiadania ustalonej lokalizacji punktu dyspozytorskiego w Jastrzębiu-Zdroju, w sytuacji gdy punkt ten jest wymagany dopiero na czas realizacji umowy, zamawiający naruszyłby treść art. 7 oraz art. 22 ust. 4 ponieważ wymaganie wykazania posiadania tej lokalizacji byłoby nieproporcjonalne do wymagania opisanego w warunkach udziału w postępowaniu, w których wskazano wyłącznie na konieczność posiadania bazy transportowej i punktu dyspozytorskiego. Przy wykładni literalnej rozdz. V pkt 1 lit c oraz rozdz. VI pkt 2 lit e bezcelowym zdaje się być oczekiwanie podania przez wykonawcę adresu bazy transportowej oraz punktu dyspozytorskiego. Natomiast uwzględniając wymaganie

posiadania punktu dyspozytorskiego w Jastrzębiu-Zdroju w czasie realizacji umowy, powstają uzasadnione wątpliwości czy właśnie nie zweryfikowaniu tej okoliczności służy wymaganie podania adresu bazy transportowej i punktu dyspozytorskiego. Zdaniem odwołującego w każdym z przypadków dochodzi do naruszenia przepisów Ustawy - w pierwszym poprzez niewłaściwą redakcję opisu warunków i opisu sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu - która w zestawieniu z opisem przedmiotu zamówienia, nie pozwala na ustalenie ponad wszelką wątpliwość rzeczywistych warunków udziału w postępowaniu i rzeczywistego sposobu ich oceniania. W drugim przypadku - jeśli zamawiający jednak ma zamiar weryfikować czy punkt dyspozytorski jest lub zostanie zlokalizowany w Jastrzębiu Zdroju - dochodzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców (art. 7) i przepisu art. 22 ust. 4.

W ocenie odwołującego, aby usunąć powyższe naruszenia, należałoby przeredagować omawiane zapisy SIWZ w ten sposób, aby ponad wszelką wątpliwość wynikało z nich, że warunkiem udziału w postępowaniu jest wyłącznie posiadanie bazy transportowej i punktu dyspozytorskiego, bez względu na ich aktualną na dzień składania ofert lokalizację.

8.

W załączniku nr 7 do SIWZ zamawiający zawarł opis techniczny autobusów wymaganych do realizacji przewozów. W pkt 1.1 wskazano na długości maksymalne pojazdów ale nie wskazano długości minimalnych. W ten sposób autobus typu C o długości do 10 metrów spełnia wymaganie dla autobusu typu B, ponieważ nadal jego długość jest do 12,5 m.

Ponadto zamawiający powinien określić czy wymiary autobusów będzie weryfikował wg ich rzeczywistych wymiarów czy wg wymiarów wskazanych w homologacji danego typu autobusów. W rzeczywistości często bywa tak, że wymiar z homologacji nie jest przez producenta idealnie spełniony i autobus może zostać wyprodukowany np. dłuższy niż wynika z homologacji. Będzie to miało znacznie przy tych pojazdach które będą miały długości zbliżone do długości granicznych przy przyjętych przez zamawiającego typach.

Brak dookreślenia tych elementów stanowi naruszenie treści art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nie przedstawienie wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na przygotowanie oferty.

Usunięciem tego naruszenia będzie wprowadzenie długości minimalnych oraz wskazanie czy weryfikacja tych rozmiarów będzie przeprowadzana w odniesieniu do homologacji czy rzeczywistych rozmiarów autobusów.

9. W dniu 10 października 2014 r. ukazało się ogłoszenie o niniejszym zamówieniu. Zgodnie z treścią art. 41 pkt 7 ustawy ogłoszenie o zamówieniu zawiera „warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”. Zamawiający w ogłoszeniu w części dotyczącej warunków udziału w postępowaniu i sposobu oceny ich spełniania zamieścił jedynie odniesienie do treści Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. oraz odniesienie do SIWZ, ze szczegółowych warunków zawarł tylko warunki dotyczące zdolności ekonomicznej i finansowej oraz wymagania posiadania licencji na wykonywanie transportu drogowego. Brak jest warunków udziału w postępowaniu obejmujących wiedzę i doświadczenie oraz potencjał techniczny, a wskazanych w SIWZ rozdział V pkt 1 lit b i c. Braki te stanowią naruszenie przepisu art. 41 ust. 7 ustawy i usunięciem naruszenia byłaby publikacja modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu uzupełnionego o niezbędną treść.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 23 października 2014 roku wniósł o oddalenie odwołania w zakresie punktów 1, 3, 5, 6 i 8 oraz o zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych. Zamawiający uwzględnił zarzuty wskazane w pkt. 2, 4, 7 i 9 odwołania.

W zakresie zarzutu 1 zamawiający podniósł, że zarzut odwołującego opiera się na błędnych wyliczeniach i założeniach. W § 2 ust. 1 projektu umowy zamawiający wskazał wprost, że przewidywany roczny zakres rzeczowy wynosi ok. 3.460.000 wozokilometrów. Oznacza to, że przewidywany zakres rzeczowy w całym okresie trwania umowy wynosi 34.600.000 wozokilometrów. Możliwa korekta odnosi się tymczasem do rocznego zakresu rzeczowego.

Zamawiający podkreślił, że na dzień dzisiejszy nie da się enumeratywnie wskazać możliwych przyczyn obniżenia rocznego zakresu rzeczowego. Zamawiający jest międzygminnym związkiem komunikacyjnym i jest obowiązany do zaspokajania potrzeb transportowych gmin wchodzących w skład związku. Nie ma przy tym wpływu na podejmowane przez poszczególne gminy działania w zakresie transportu (np. remonty, przebudowy dróg). Wyjaśnił ponadto, że nawet gdyby przyjąć, iż zamawiający obniżałby każdego roku roczny zakres zamówienia o 10%, zakres rzeczowy za cały okres trwania umowy zmniejszyłby się o 6,51% całkowitego 10-letniego zakresu rzeczowego (tj. o 2.253.574 wozokilometry w stosunku do zakładanych 34.600.000 wozokilometrów).

W zakresie zarzutu 3 zamawiający stwierdził, że w stosunku do każdego wykonawcy stawia ten sam warunek – wykonania lub wykonywania usługi przewozowej w liczbie co najmniej 2.500.000 wozokilometrów rocznie. Liczba ta stanowi 72,25% rocznego zakresu rzeczowego przewidywanego przez zamawiającego na gruncie niniejszego postępowania

przetargowego. Zamawiający stwierdził, że sposób sformułowania przez zamawiającego warunku wiedzy i doświadczenia jest zgodny z § 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

W zakresie zarzutu 5 zamawiający wskazał, iż z uwagi na czas trwania umowy, jak i charakter świadczonych usług, zakres rzeczowy może ulegać zmianie w trakcie trwania umowy. Może to być spowodowane bardzo wieloma czynnikami, jak zmiany ilości linii, zmiany tras linii komunikacyjnych, zmiany rozkładów jazdy. Wykonawca musi być także przygotowany na wyjątkową sytuację zmiany typu taboru w obsłudze linii w poszczególnych kursach. Trudno bowiem, aby w sytuacji zmiany parametrów drogi, która to zmiana uniemożliwi poruszanie się po niej największym gabarytowo autobusom, wykonawca zaprzestał wykonywania usługi na tej linii. Taka sama sytuacja może zaistnieć w sytuacji zmiany ilości pasażerów korzystających z autobusów na danej linii.

W zakresie zarzutu 6 zamawiający wskazał, że zamawiający ma możliwość zarówno zwiększenia, jak i zmniejszenia rocznego zakresu rzeczowego do 10% zakresu szacowanego. Uprawnienie zamawiającego do wypowiedzenia umowy, zgodnie z § 14 ust. 4 pkt a dotyczy zarówno likwidacji jednej linii, jak i wielu linii. Nie można przy tym na chwilę obecną dokonać rozgraniczenia, kiedy zamawiający będzie upoważniony do wypowiedzenia częściowego umowy, a kiedy do wypowiedzenia umowy w całości. Poszczególne linie komunikacyjne mają bowiem dla świadczenia usług przewozowych diametralnie różne znaczenie (inne długości linii, obsługa zupełnie różnej ilości pasażerów).

W zakresie zarzutu 7 zamawiający dokonał zmiany w rozdz. VI punkt 2 lit. e SIWZ poprzez nadanie mu brzmienia: *wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, tj. taboru dostępnego Wykonawcy w celu realizacji zamówienia, wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami (wzór wykazu taboru stanowi Załącznik nr 6 do niniejszej SIWZ) oraz zobowiązanie, że Wykonawca będzie dysponował bazą transportową i punktem dyspozytorskim na terenie Jastrzębia-Zdroju.*

W zakresie zarzutu 8 zamawiający stwierdził, że nie widzi podstaw do zmiany SIWZ zgodnie z żądaniem odwołującego. Punkt 1.1 załącznika nr 7 do SIWZ jest sformułowany w sposób prawidłowy. Dla zamawiającego oczywistym jest bowiem, iż weryfikacja pojazdów odbywa się na podstawie homologacji oraz miejsc siedzących i stojących w pojeździe, a to według wpisów w dowodzie rejestracyjnym pojazdu.

W wyniku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania odwołujący cofnął zarzuty wskazane w punkcie 2, 4 i 9 odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że zakwestionowane zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia posiadają brzmienia zgodne z przytoczonymi przez odwołującego w treści odwołania. Brzmienia zakwestionowanych zapisów nie są pomiędzy stronami sporne.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut wskazany w pkt. 3 odwołania Izba uznała za zasadny.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Zgodnie z ust. 4 wskazanego artykułu opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Z powyższego wynika, że zamawiający powinien ustalić warunki udziału w postępowaniu w taki sposób, by były one jednakowe dla każdego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu ustalił, iż warunek określony w rozdz. V pkt 1 lit. b uzna za spełniony, gdy wykonawca wykaże wykonanie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (lub w krótszym okresie jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy) usługi przewozowej w liczbie co najmniej 2.500.000 wozokilometrów rocznie. Oznacza to, że wykonawcy, którzy wykonują działalność przez 3 lata lub dłużej muszą wykazać, że wykonali usługi przewozowe w liczbie co najmniej 7.500.000 wozokilometrów, wykonawcy, którzy wykonują działalność przez 2 lata – 5.000.000 wozokilometrów, a wykonawcy, którzy wykonują działalność przez okres 1 roku – 2.500.000 wozokilometrów. Izba podzieliła stanowisko odwołującego, iż taki sformułowany warunek narusza zasadę równego traktowania wykonawców, preferując tych wykonawców, którzy wykonują działalność w okresie krótszym.

Izba uznała za zasadny zarzut wskazany w pkt. 5 odwołania.

Izba co do zasady podziela stanowisko zamawiającego, iż zarówno w czasie trwania umowy, jak i charakter świadczonych usług zakres rzeczowy może ulegać zmianie w trakcie trwania umowy. Analogicznie wykonawca musi być przygotowany na sytuację zmiany typu taboru w obsłudze linii w poszczególnych kursach. Niemniej jednak uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań specyfikacji (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego. Zamawiający w szczególności ma obowiązek ukształtować stosunek prawny w granicach określonych treścią art. 353¹ oraz art. 5 K.c., co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Właściwość (naturę) stosunku należy rozumieć jako nakaz respektowania podstawowych cech stosunku kontraktowego, które stanowią o jego istocie. Sąd Najwyższy w uchwale podjętej w składzie 7 sędziów z dn. 22 maja 1991 roku podkreślił, iż „Natura umowy gospodarczej i generowanego przez nią stosunku sprowadza się generalnie do tego, że wyraża ona i pozwala realizować interes każdej ze stron, ponieważ zaś interesy te bywają przeciwstawne, istotę umowy stanowi uzgodnienie woli stron, wyrażające ich interesy. Zgoda obydwu stron jest oczywistym wymogiem tak przy zawarciu umowy, jak i przy zmianach jej treści, stąd też nawet przy najdalej idących ułatwieniach w realizacji inicjatywy zmian pozostawiona jest drugiej stronie możliwość odmowy zgody na zmiany. W tym stanie rzeczy za sprzeczne z naturą umowy gospodarczej należy uznać pozostawienie w ręku jednej tylko strony możliwości dowolnej zmiany jej warunków”.

Podkreślić należy, że zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przyznał, że wynikająca z § 2 ust. 6 zał. Nr 8 do SIWZ (projekt umowy) możliwość zmiany zakresu rzeczowego do 10% odnosi się również do postanowienia zawartego w § 2 ust. 4 projektu umowy. Z uwagi jednak na możliwość odmiennych interpretacji wskazanych zapisów, zakwestionowane postanowienie § 2 ust. 4 projektu umowy winno zostać doprecyzowane w sposób wskazany w sentencji niniejszego orzeczenia. Z kolei brak jakichkolwiek ustaleń w kwestii zmiany typu taboru uniemożliwia wykonawcom skalkulowanie ceny oferty i stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba uwzględniła zarzut zawarty w pkt 6 odwołania, dotyczący zakwestionowania § 14 ust. 4 lit. a projektu umowy. Zgodnie z zakwestionowanym postanowieniem zamawiający uprawniony jest do wypowiedzenia umowy w sytuacji likwidacji linii komunikacyjnej.

Rozpoznając niniejszy zarzut Izba podtrzymuje argumentację przytoczoną wyżej, przy rozpoznawaniu zarzutu dotyczącego możliwości zmiany ilości wozokilometrów oraz typu

taboru w obsłudze linii lub w poszczególnych kursach. Ponadto Izba wskazuje, iż wypowiedzenie umowy w przypadku likwidacji linii komunikacyjnej jest konsekwencją zbyt daleko idącą i zbyt restrykcyjną w stosunku do przyczyny tegoż wypowiedzenia i nie da się usprawiedliwić uzasadnionymi potrzebami zamawiającego. Podstawą takiego zapisu nie może być również podnoszony przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie fakt, iż uprawnienie zamawiającego do wypowiedzenia umowy zgodnie z § 14 ust. 4 lit. a dotyczy zarówno sytuacji likwidacji jednej linii, jak i wielu linii. Możliwość skorzystania z uprawnienia do wypowiedzenia umowy przy tak szerokim spektrum możliwości – likwidacja jednej, kilku, wielu linii komunikacyjnych – stanowi naruszenie art. 353¹ i art. 5 K.c. Wskazać także należy, że umowy o zamówienie publiczne zawierane na czas określony zostały przez ustawodawcę skonstruowane jako źródło zobowiązań o charakterze trwałym, które, jeżeli tylko są wykonywane należycie, to powinny istnieć aż do upływu terminu, na jaki zawarta została umowa. Jest to podyktowane tym, że wykonawcy będą mogli racjonalnie skalkulować cenę, wysokość opłat oraz inne parametry finansowe, a także przewidzieć ryzyko związane z kontraktem (w tym ryzyko, czy poniesione przez nich nakłady zostaną zrekomensowane przychodami uzyskanymi w określonym okresie obowiązywania umowy), jedynie wówczas, gdy będą mogli przewidzieć czas, przez jaki strony umowy pozostaną nią związane. Zgodnie z ustaloną linią orzecniczą zakazane jest redagowanie postanowień umowy o zamówienie publiczne w taki sposób, że zakres czy wolumen zamówienia zależy w całości od zdarzeń przyszłych i niepewnych. Potwierdził to m.in. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 13 września 2005 sygn. akt V Ca 1110/04, zgodnie z którym wykonawca: „Musi mieć zatem pewność, że zrealizuje w przyszłości (...) zamówienie w pewnym minimalnym zakresie. Dlatego też sąd uznał, że zapisy projektu umowy winny być zmodyfikowane w taki sposób, aby dostawca, stosując zasadę pewności obrotu i możliwości zaplanowania sprzedaży na określonym poziomie, miał pewność, że zawarta umowa pozwoli mu sprzedać co najmniej określoną część zamówionej ilości towaru”.

Ponadto Izba podkreśla, iż zamawiający może realizować swe uprawnienia do ograniczenia zakresu rzeczowego korzystając z § 2 ust. 6 projektu umowy.

Izba uznała za zasadny zarzut wskazany w pkt. 7 odwołania. W ocenie Izby brak jest podstaw do wymagania od wykonawców biorących udział w postępowaniu dysponowania bazą transportową na terenie Jastrzębia-Zdroju. Wskazać należy, iż – zgodnie z art. 22 ust. 5 zd. 1 ustawy Pzp – warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełnienia mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. Zamawiający nie wykazał dlaczego, w jego przekonaniu, tylko wykonawca mający bazę transportową na terenie Jastrzębia-Zdroju gwarantuje należyte wykonanie zamówienia. Podkreślenia wymaga, iż zamawiający nie będzie ponosił żadnych

kosztów związanych z dojazdem pojazdu do miejsca rozpoczęcia świadczenia usługi, w związku z czym wymóg posiadania takiej bazy na terenie miasta ograniczy uczciwą konkurencję, względnie spowoduje konieczność poniesienia przez wykonawcę niewspółmiernie wysokich kosztów, związanych ze zorganizowaniem bazy transportowej na terenie Jastrzębia-Zdroju.

Izba uznała natomiast za uzasadniony wymóg zorganizowania punktu dyspozytorskiego na terenie miasta Jastrzębia-Zdroju. Specyfika zamawianych usług i sprawne ich wykonywania wymaga dogodnej lokalizacji takiego punktu.

Izba uznała za zasadny zarzut wskazany w pkt 8 odwołania, nakazując zamawiającemu wprowadzenie w zał. nr 7 pkt 1.1 długości minimalnych pojazdów oraz wskazanie, że weryfikacja tych rozmiarów będzie przeprowadzona w odniesieniu do homologacji. Izba podkreśla, że zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że jest dla niego oczywistym, że weryfikacja pojazdów odbywa się na podstawie homologacji oraz miejsc siedzących i stojących w pojeździe, a to według wpisów w dowodzie rejestracyjnym pojazdu. W ocenie Izby przyznanie przez zamawiającego, iż będzie dokonywał weryfikacji na podstawie wskazanych dokumentów wymaga doprecyzowania tego we wskazanym załączniku do SIWZ. Skoro bowiem mogą wystąpić różnice pomiędzy faktycznymi parametrami pojazdu, a parametrami wskazanymi w homologacji, może dojść do sytuacji, w której wykonawcy zaoferują pojazdy o różnych parametrach, co doprowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba nie uwzględniła zarzutu wskazanego w pkt. 1 odwołania, polegający na zakwestionowaniu zawartego w rozdziale III pkt 7, rozdziale XVI pkt 3.3 lit e zastrzeżenia, że zamawiający może zmniejszyć roczny zakres rzeczowy zamówienia o 10%, gdy będzie to wynikać z „potrzeb przewozowych” lub ze „zmian tras linii komunikacyjnych”, a także zawartego w § 2 ust. 6 oraz § 13 ust. 4 projektu umowy postanowienia o dopuszczeniu istotnych zmian umowy w ten sposób, że roczny zakres rzeczowy może zostać zmieniony przez zamawiającego o 10% gdy będzie to wynikać z „potrzeb przewozowych” lub ze „zmian tras linii komunikacyjnych”.

Izba podkreśla, że zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający jego uzasadnione potrzeby, o ile nie narusza przy tym zasady uczciwej konkurencji. To zamawiający jako gospodarz postępowania, określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy, charakteryzujący cel jaki zamierza osiągnąć. Biorąc pod uwagę termin, na jaki umowa ma zostać zawarta (10 lat) zamawiający musiał uwzględnić okoliczności związane ze zmianą zakresu rzeczowego umowy. Jednocześnie Izba wskazuje, że zapis pozwalający na zmniejszenie rocznego zakresu rzeczowego o 10% nie umożliwia

zniwelowanie zakresu przedmiotu zamówienia, a jedynie zmniejszenie jego zakresu maksymalnie o 10%. Zamawiający nie przewidział bowiem możliwości zmniejszenia co roku globalnego zakresu zamówienia o 10 %, ale zmniejszenie tylko rocznego zakresu.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....