

WYROK

z dnia 14 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 kwietnia 2014 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 kwietnia 2014 r. przez wykonawcę

LZ A..... L....., M..... L..... Spółka Jawna
ul. Główna 155A, Zendek, 42-625 Ożarówice

w postępowaniu prowadzonym przez

Międzygminny Związek Komunikacji Pasażerskiej w Tarnowskich Górach
ul. Pokoju 1, 42-600 Tarnowskie Góry

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu w zakresie warunków udziału w postępowaniu w sposób wskazany w uzasadnieniu wyroku,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Międzygminny Związek Komunikacji Pasażerskiej w Tarnowskich Górach i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez LZ A..... L....., M..... L..... Spółka Jawna tytułem wpisu od odwołania,**

2.2. zasądza od Międzygminnego Związku Komunikacji Pasażerskiej w Tarnowskich Górach na rzecz LZ A..... L....., M..... L..... Spółka Jawna kwotę 18 762 zł 75 gr (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt dwa złote siedemdziesiąt pięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu oraz dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Międzygminny Związek Komunikacji Pasażerskiej w Tarnowskich Górach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „wykonywanie usług przewozu osób w autobusowym publicznym transporcie zbiorowym organizowanym przez MZKP w Tarnowskich Górach w latach 2014-2024” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 22 marca 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 058-097609. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący – LZ A..... L....., M..... L..... Sp. Jawna wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu wskazując, iż zamawiający naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez:

1. sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w postaci wiedzy i doświadczenia oraz opisu sposobu dokonania oceny spełniania tego warunku, w sposób naruszający treść art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 4 i 5, art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, §1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane poprzez ustalenie tych warunków i dokonanie opisu sposobu oceny ich spełniania w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, poprzez nieprecyzyjność sformułowanego warunku, poprzez wyłączenie możliwości powołania się na doświadczenie oparte na realizacji umów trwających, poprzez dokonanie opisu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu oceny ich spełnienia, który nie ma na celu weryfikacji jedynie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia, lecz jest opisem stawiającym wymagania nadmierne, niż służące celowi określonemu w art. 22 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, co prowadzi do ograniczenia konkurencji,
2. brak wskazania w treści ogłoszenia o zamówieniu, warunków udziału w postępowaniu i sposobu oceny warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia, co stanowi naruszenie art. 22 ust. 3 oraz art. 41 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz opisanie wymagań przedmiotowych w zakresie taboru autobusowego przeznaczonego do realizacji usług, w sposób naruszający treść art. 7 ust. 1,

art. 22 ust. 4 i 5, art. 25 ust. 1, art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wprowadzenie wymagań nadmiernych, nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia, ograniczających konkurencję, wykraczających poza wymagania homologacyjne dla określonych typów autobusów, częściowo sprzecznych z przepisami wprowadzającymi normy emisji dla silników,

4. sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz opisanie wymagań przedmiotowych w zakresie taboru autobusowego przeznaczonego do realizacji usług, w sposób naruszający treść art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez użycie nieprecyzyjnych określeń,

5. zastrzeżenie możliwości zaliczenia obowiązku zwrotu wadium na poczet uiszczenia przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy pomimo faktu, iż zabezpieczenia tego zamawiający nie wymagał, co stanowi naruszenie art. 46 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stosownie do wskazań zawartych w uzasadnieniu odwołania oraz o przyznanie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zamawiający w rozdziale IX punkt 2.2.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawarł opis sposobu oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia: „Wykonawca musi wykazać, iż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – tym okresie, wykonał usługi (umowy) polegające na wykonywaniu autobusowych usług przewozowych w zakresie regularnego przewozu osób publicznego transportu zbiorowego. Umowy powinny dotyczyć okresu co najmniej 3 lat, 8,5 mln wozo-km rocznie i opiewać na kwotę minimum 45 milionów zł brutto rocznie. Procentowy stopień realizacji usług w okresie trzech lat nie może być niższy niż 99,5 %”.

Opis ten wprowadza warunki zbyt rygorystyczne, nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i nadmierne, a których skutkiem jest ograniczenie konkurencji w niniejszym postępowaniu, a także brak im precyzji.

Zamawiający wprowadził wymóg wykazania się doświadczeniem z okresu ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania, jednocześnie formułując wymaganie, aby doświadczenie, którym wykazywał się będzie wykonawca, wynikało z umowy lub umów wykonywanych w okresie co najmniej 3 lat. Literalne brzmienie tego zapisu prowadzi do wniosku, że wymaga się, aby każda z umów przedstawiona w wykazie usług była umową realizowaną przez okres co najmniej 3 lat. Wyłącza to sytuacje, w których wymagane doświadczenie zostało zgromadzone w okresie ostatnich 3 lat przed datą wszczęcia

postępowania, lecz na podstawie następujących po sobie umów zawartych na krótsze okresy, o ile pozostałe parametry są spełnione.

Brzmienie kwestionowanego zapisu prowadzi również do takiego wniosku, że wymaganie 3-letniego okresu obowiązywania umowy powinno pokrywać się z okresem nabywania doświadczenia wyznaczonym na 3 lata przed datą wszczęcia postępowania. Przy takim rozumieniu umowa, która została zawarta np. na okres 5 lat, z datą zawarcia mieszczącą się w przedziale czasowym 3 lat przed wszczęciem postępowania, lecz z datą wygaśnięcia już po dacie składania ofert, nie będzie spełniała wymagań zamawiającego. Tak sformułowane wymaganie pozostaje w sprzeczności z treścią § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...), a także z samymi postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które dopuszczają wykazanie się usługami będącymi w realizacji.

Przepis § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia wyraźnie przewiduje, że w przypadku świadczeń ciągłych zamawiający może żądać wykazu usług będących w trakcie wykonywania.

Treść tego wymagania jest niespójna z możliwością powołania się na krótsze niż 3-letnie doświadczenie przez wykonawców, których okres prowadzenia działalności jest krótszy niż 3 lata przed wszczęciem postępowania.

Nie ma precyzyjnych podstaw do uznania, czy wykonawca, który wykonywał usługi na podstawie umowy zawartej na okres co najmniej 3 lat, lecz której data rozwiązania przypadła np. 2 lata wstecz przed datą wszczęcia niniejszego postępowania, może zaliczyć ostatni rok wykonywania tej umowy do wykazu doświadczenia.

Zamawiający dopuścił możliwość legitymowania się doświadczeniem zdobytym na podstawie kilku „umów”, należy więc uznać, że podane parametry roczne będą (w przypadku wykazania się kilkoma umowami) sumą parametrów poszczególnych umów. W tym jednak przypadku nie ma pewności, jaki okres roczny brać pod uwagę, czy okres roku kalendarzowego, czy okresy roczne liczone wstecz od daty wszczęcia postępowania.

Ponadto zamawiający w treści wymagania określił, iż procentowy stopień realizacji usług w okresie trzech lat nie może być niższy niż 99,5%. Niezasadnym jest kreowanie tego typu dodatkowych warunków, które prowadzą do ograniczenia zakresu warunku podstawowego posiadania wiedzy i doświadczenia. Skoro bowiem wykonawca ma obowiązek przedłożyć wykaz wykonanych usług, są to rzeczywiście zrealizowane usługi. Jeśli w umowie pomiędzy wykonawcą a organizatorem przewozów zawarto pewną szacunkową wartość zakresu usług, to wykaz usług obejmuje przewozy realnie wykonane, a nie szacowane do wykonania.

Ponadto w § 4 ust. 9 projektu umowy zamawiający przewidział postanowienia o zmniejszeniu wynagrodzenia w przypadku, gdy rzeczywisty zakres wykonanych usług obniży się poniżej 99,5% planowanych wozokilometrów. Natomiast w § 11 ust. 3 lit. e) projektu umowy zamawiający przewidział, że w przypadku stopnia realizacji przedmiotu umowy poniżej 98% zamawiający uprawniony będzie do rozwiązania umowy. Zatem również zamawiający uznaje

wykonanie przewozów na poziomie co najmniej 98% jako uprawniające do pozytywnej oceny stopnia wykonania umowy.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji rozdziału IX pkt 2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez:

- zmianę redakcji punktu 2.2.1 poprzez wyeliminowanie ograniczenia, że przedstawione w wykazie usług umowy muszą być zawarte czy realizowane przez okres co najmniej 3 lat („umowy muszą dotyczyć co najmniej okresu 3 lat”),
- zmianę redakcji punktu 2.2.1 w ten sposób, że w przypadku usług ciągłych będących w trakcie wykonywania, wskazane w wykazie usług umowy nie muszą pokrywać się w całości z okresem wyznaczonym na 3 lata przed datą wszczęcia postępowania, tj. w ten sposób, że mogą to być usługi będące w trakcie realizacji w dacie składania ofert,
- zmianę redakcji punktu 2.2.1 w ten sposób, że przedstawione w wykazie mogą być usługi, rozpoczęte wcześniej, lecz których końcowy okres realizacji zawiera się w okresie wyznaczonym na 3 lata przed datą wszczęcia postępowania,
- zmianę redakcji punktu 2.2.1 w ten sposób, że w przypadku wskazania w wykazie umów, kilku umów, których łączne parametry pozwalają na uznanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, okresem rocznym, o którym mowa przy parametrze liczby wozokilometrów i wartości usług, jest okres roku (lub następnych) wstecz od daty wszczęcia postępowania,
- zmianę redakcji punktu 2.2.1 w ten sposób, że wykreślony zostanie fragment „procentowy stopień realizacji usług w okresie trzech lat nie może być niższy niż 99,5%”, względnie poprzez obniżenie parametru 99,5% do 98%.

W punkcie III.1 ogłoszenia o zamówieniu znalazły się warunki dotyczące zamówienia, w tym warunki dotyczące udziału w postępowaniu. Zgodnie z treścią art. 41 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych ogłoszenie o zamówieniu zawiera co najmniej warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Zestawienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z treścią ogłoszenia prowadzi do wniosku, że ogłoszenie nie zawiera warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, które zostały zawarte w rozdziale IX punkt 2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W rozdziale IX punkt 2.3.2 a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wprowadził opis warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, będący jednocześnie opisem wymagań przedmiotowych. Opis ten znalazł się również w punkcie III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu.

W zakresie taboru typu Bn zamawiający wymaga m.in. następujących autobusów:

2 szt – pojemność co najmniej 80 miejsc – nie starsze niż 2011 – silnik Euro EEV – napęd hybrydowy,

1 szt – pojemność co najmniej 80 miejsc – nie starsze niż 2010 – silnik Euro EEV – napęd hybrydowy.

Zgodnie z Dyrektywą 2005/55/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 28 września 2005 r. w sprawie zbliżenia ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do działań, które należy podjąć przeciwko emisji zanieczyszczeń gazowych i cząstek stałych przez silniki wysokoprężne stosowane w pojazdach oraz emisji zanieczyszczeń gazowych z silników o zapłonie iskrowym zasilanych gazem ziemnym lub gazem płynnym stosowanych w pojazdach – standard typu EEV (pojazd bardziej przyjazdy dla środowiska) jest standardem nieobowiązkowym. Dyrektywa ta obowiązywała do końca 2013 r., natomiast Rozporządzeniem (WE) nr 595/2009 dotyczącym homologacji typu pojazdów silnikowych i silników w odniesieniu do emisji zanieczyszczeń pochodzących z pojazdów ciężarowych o dużej ładowności (Euro VI) oraz w sprawie dostępu do informacji dotyczących naprawy i obsługi technicznej pojazdów – wprowadzono nową normę emisji zanieczyszczeń Euro 6. Oznacza to, że zgodnie z przepisami europejskimi do końca 2013 roku produkowane mogły być autobusy z normą spalania Euro 5.

Wprowadzenie przez zamawiającego wymagania, aby silnik spełniał nieobowiązkową normę EEV dla autobusów nie starszych niż z 2011 i 2010 roku stanowi przejaw chęci ograniczenia konkurencji w niniejszym postępowaniu, skoro zgodnie z przepisami autobusy wyprodukowane w tych latach musiały spełniać normę Euro 5. Ponadto autobusy z takim silnikiem są rzadkością na rynku, wskutek czego pewnego rodzaju preferencje w ubieganiu się o udzielenie tego zamówienia uzyskują te podmioty, które w swoich zasobach posiadają takie konkretne egzemplarze, jak Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Międzygminna Spółka z o.o. w Świerkłańcu (dalej PKM).

Ponadto zamawiający wymaga, aby autobusy były nie starsze niż z 2010 i 2011 r., co oznacza, że mogą to być np. autobusy z 2014 roku. Z tym, że w takim przypadku zgodnie z ww. rozporządzeniem musi to być autobus z silnikiem spełniającym normy emisji Euro 6. Redakcja zapisu wyklucza jednak silnik Euro 6, czyli silnik z niższą emisją spalin niż EEV.

W zakresie taboru Bn zamawiający wymaga również m.in. następującego autobusu:

1 szt. – pojemność co najmniej 80 miejsc – nie starsze niż 2014 r. – silnik Euro 6 – napęd hybrydowy.

O udzielenie zamówienia w niniejszym postępowaniu mogą ubiegać tylko te podmioty, które już na dzień ogłoszenia o zamówieniu dysponują takim nowym autobusem z napędem hybrydowym wyprodukowanym w 2014 roku. Wprowadzenie do warunków przetargu takiego autobusu z silnikiem hybrydowym prowadzi do ograniczenia konkurencji poprzez zawężenie

kręgu potencjalnych wykonawców do podmiotów, które taki autobus na tę chwilę już posiadają lub też go już zamówiły z odpowiednim wyprzedzeniem. Podmiotem takim jest np. Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Międzygminna Spółka z o.o. w Świerklańcu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji rozdziału IX pkt 2.3.2 a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz punktu III.2.3 ogłoszenia poprzez:

- zastąpienie normy spalania EEV normą spalania Euro V,
- rezygnację z wymagania silnika hybrydowego lub obniżenie wymagania co do wieku pojazdu w przypadku autobusu z zakresu taboru typu Bn (1 szt – pojemność co najmniej 80 miejsc – nie starsze niż 2014 r. – silnik Euro 6).

W rozdziale IX punkcie 2.3.2 b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający uzupełnił opis warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, będący jednocześnie opisem wymagań przedmiotowych. Zapis ten znalazł się również w punkcie III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu: „Dla typu taboru innego niż M Zamawiający dopuści świadczenie usług taborem zakupionym w latach 2002-2006 w ilości nie większej niż 12 szt.”

Taka redakcja wymagań przedmiotowych narusza zasady wpływające z treści art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który nakazuje opisywać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. O ile w przypadku wymagań ogólnych dotyczących wieku autobusu zamawiający posługuje się określeniem daty produkcji danego autobusu, w przypadku omawianego uzupełnienia warunków mowa jest o taborze „zakupionym w latach 2002-2006”. Zwrot o zakupieniu pojazdów w tych latach nie jest jednoznaczny z datą produkcji.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji rozdziału IX pkt 2.3.2 b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez zastąpienie zwrotu „taborem zakupionym” zwrotem „taborem wyprodukowanym”.

W rozdziale XV punkt 12. specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający przewidział: „Wykonawca, którego oferta została wybrana, a który wniósł wadium w pieniądzu, może wyrazić zgodę na zaliczenie kwoty wadium na poczet zabezpieczenia należytego wykonania umowy”. Ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz projektu umowy wynika, iż zamawiający nie przewidział obowiązku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Zamawiający dopuszcza się naruszenia treści art. 46 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, która przewiduje niezwłoczny zwrot wadium wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, chyba że żądano wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji rozdziału XV pkt 12 specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wykreślenie treści punktu 12.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie stwierdzając, co następuje.

Odpowiadając na zarzut dotyczący warunku udziału w postępowaniu odnoszący się do wiedzy i doświadczenia wykonawcy uznaje argumentację odwołującego i nadaje punktowi 2.2.1 następujące brzmienie: „Wykonawca musi wykazać, iż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – tym okresie, wykonał usługi (umowy) polegające na wykonywaniu autobusowych usług przewozowych w zakresie regularnego przewozu osób publicznego transportu zbiorowego. Usługi (umowy) powinny obejmować 8,5 mln wozokm rocznie i opiewać na kwotę minimum 45 milionów zł brutto rocznie. Procentowy stopień realizacji wszystkich usług w okresie trzech lat, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, nie może być niższy niż 99,5 %.

W celu uszczegółowienia opisanego warunku Zamawiający stwierdza iż: wskazane usługi mogą być usługami będącymi w trakcie wykonywania i nie muszą pokrywać się w całości z okresem wyznaczonym na trzy lata przed datą wszczęcia postępowania tj. mogą to być usługi będące w trakcie realizacji w dacie składania ofert, wskazane usługi mogą być usługami rozpoczętymi wcześniej, lecz których okres realizacji zawiera się w okresie wyznaczonym na trzy lata przed datą wszczęcia postępowania, w przypadku wskazania kilku usług, parametry wozokm oraz wartość usług zostaną uznane za spełnione, jeżeli suma tych parametrów osiągnie wskazany poziom w każdym roku wymaganego okresu (pkt 2.2.1) liczonego wstecz od daty wszczęcia postępowania.”

Odpowiadając na zarzut dotyczący braku wskazania w treści ogłoszenia o zamówieniu warunków udziału w postępowaniu i sposobów oceny warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia – uznaje argumentację odwołującego. Zamawiający naprawi swoje uchybienie i dokona stosownego uzupełnienia treści ogłoszenia.

Odpowiadając na zarzut dotyczący nieprecyzyjnych określeń warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym – uznaje argumentację odwołującego i nadaje punktowi 2.3.2 lit. b) następujące brzmienie:

„Dla typu taboru innego niż M, zapisanego w pkt 2.3.2 lit. a), w pozycjach zawierających warunek „nie starsze niż 2007 r.” Zamawiający dopuści świadczenie usług taborem wyprodukowanym w latach 2002-2006 w ilości nie większej niż 12 szt. Autobusy te na zasadzie wymiany, z zachowaniem pozostałych kryteriów, zastępują odpowiedni tabor

wymieniony w pkt. 2.3.2. lit a) i będą podlegały ocenie zgodnej z SIWZ (ilość miejsc, autobusy jednoczłonowe).”

Odpowiadając na zarzut dotyczący zbędnego zapisu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia o możliwości zaliczenia kwoty wadium na poczet zabezpieczenia należytego wykonania umowy uznaje argumentację odwołującego i dokona stosownej modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia tj. w rozdziale XV usuwa pkt 12 o treści: „Wykonawca, którego oferta została wybrana, a który wniósł wadium w pieniądzu, może wyrazić zgodę na zaliczenie kwoty wadium na poczet zabezpieczenia należytego wykonania umowy.”

Zamawiający nie zgadza się z zarzutem dotyczącym wymaganych pojazdów, bowiem postawione warunki nie są ani nadmierne, ani nieproporcjonalne, jak i nie ograniczają konkurencji. Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu w całości.

Opis wymagań odnoszący się taboru autobusowego ma zagwarantować odpowiedni poziom jakości realizowanych usług przewozu osób w autobusowym publicznym transporcie zbiorowym i to na całą dekadę. Postawione wymagania w stosunku do taboru są na wysokim poziomie, ale nie naruszają uczciwej konkurencji. Takie są społeczne oczekiwania odbiorców tych usług. Zamawiający w roku 2013 przyjął do realizacji „Plan zrównoważonego rozwoju publicznego transportu zbiorowego dla Międzygminnego Związku Komunikacji Pasażerskiej w Tarnowskich Górach na lata 2013-2023”. Postuluje się w nim, aby zdecydowanie zwiększyć wymagania techniczne względem taboru wyznaczonego do obsługi linii komunikacyjnych jak wiek taboru, spełnianie norm emisji spalin Euro 5, EEV lub wyższe; uwzględnianie adaptacji nowoczesnych napędów (w tym hybrydowych i paliw alternatywnych), wprowadzanie ekologicznych i efektywnych napędów. Potrzeba dysponowania autobusami o tak nowoczesnych napędach związana jest również z koniecznością wjazdu autobusów na teren Górnosląskiego Centrum Rehabilitacji w Reptach Śląskich usytuowanego na obszarze zespołu przyrodniczo-krajobrazowego „Park w Reptach i dolina rzeki Dramy”, gdzie obowiązują podwyższone wymagania dotyczące emisji spalin wynikające z obowiązującej na tym terenie normy EN ISO 14001: 2004, która dotyczy Zarządzania Jakością i Zarządzania Środowiskiem.

PKM Świerklaniec w latach, kiedy stan techniczny jego taboru był niski, zmuszony był do płacenia wysokich kar i powstało zagrożenie rozwiązania umowy. Musiał więc podjąć radykalne kroki w celu odnowienia taboru, tak więc nie można mówić o zakupie taboru pod organizowany przetarg, tym bardziej, że odnowa taboru zakończyła się w 2012 r.

Zamawiający ma prawo do takiego sformułowania wymagań, aby mógł wybrać ofertę najlepiej odpowiadającą potrzebom jego i pasażerów. Sam fakt, że jednemu z wykonawców

łatwiej jest spełnić wymagania zamawiającego, nie może być traktowany jako ograniczanie konkurencji. Standard EEV jest standardem nieobowiązkowym, ale nie zabronionym. PKM podjął trud unowocześnienia swego taboru na ponad 2 lata przed wszczęciem przedmiotowego postępowania, a zamawiający nie żąda, by wykonawca dysponował 43 autobusami z normą Euro EEV, tak jak PKM.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

11 kwietnia 2014 r. zamawiający dokonał jednak zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wskazanym w odpowiedzi na odwołanie.

W wyniku tej zmiany sporne pozostały warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do wiedzy i doświadczenia wykonawcy oraz norm spalania i roku produkcji pojazdów (2014).

Po zmianie specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia wykonawcy brzmi:

2.2.1. Wykonawca musi wykazać, iż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał usługi (umowy) polegające na wykonywaniu autobusowych usług przewozowych w zakresie regularnego przewozu osób publicznego transportu zbiorowego.

Usługi (umowy) powinny obejmować 8,5 mln wozokm rocznie i opiewać na kwotę minimum 45 milionów zł brutto rocznie. Procentowy stopień realizacji wszystkich usług² w okresie trzech lat, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, nie może być niższy niż 99,5 %.

W celu uszczegółowienia opisanego warunku, Zamawiający stwierdza iż:

- wskazane usługi mogą być usługami będącymi w trakcie wykonywania i nie muszą pokrywać się w całości z okresem wyznaczonym na trzy lata przed datą wszczęcia postępowania tj. mogą to być usługi będące w trakcie realizacji w dacie składania ofert,

- wskazane usługi mogą być usługami rozpoczętymi wcześniej, lecz których okres realizacji zawiera się w okresie wyznaczonym na trzy lata przed datą wszczęcia postępowania,
- w przypadku wskazania kilku usług, parametry – wozokm oraz wartość usług zostaną uznane za spełnione, jeżeli suma tych parametrów osiągnie wskazany poziom w każdym roku wymaganego okresu (pkt 2.2.1), liczonego wstecz od daty wszczęcia postępowania.

²procentowy stopień realizacji usługi – iloraz ilości wozokm wykonanych przez ilość wozokm planowanych wyrażony w procentach wyliczany dla określonego przedziału czasu (np. miesiąca, roku, a w odniesieniu do pkt 2.2.1 wyliczany na podstawie sumy wykonanych i planowanych wozokm we wszystkich usługach łącznie w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie)”.

Odwołujący wskazał, że zamawiający częściowo pozytywnie spełnił jego żądania, lecz warunkowi w dalszym ciągu brak precyzji w zakresie sposobu obliczania procentowego stopienia realizacji wszystkich usług. Wniósł też o usunięcie wymogu dotyczącego tego wskaźnika.

Izba uznała, iż całkowite usunięcie wskaźnika procentowego stopienia realizacji wszystkich usług jest żądaniem nadmiernym, gdyż zamawiający jak najbardziej ma prawo żądania pewnego poziomu realizacji usług, a w przypadku usług polegających na przewozie osób w autobusowym publicznym transporcie zbiorowym stopień realizacji planowego rozkładu jazdy jest niezwykle istotny.

Izba uznała jednak, że może przychylić się do wniosku odwołującego, aby wskaźnik ten zmniejszyć do poziomu 98%. Poziom 99,5% rzeczywiście może być zbyt wysoki jak na wstępny warunek kwalifikacji wykonawców do udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do argumentacji zamawiającego należy zwrócić mu uwagę, iż w postępowaniu mogą brać udział nie tylko wykonawcy, którzy już świadczyli u niego usługi i w ubiegłych latach osiągnęli ten wskaźnik w wysokości 99,5%. Oczywiście ci, którzy tak wysoki wskaźnik osiągnęli, nadal będą taki parametr spełniali nawet przy progu 98%. Poza tym jest to warunek wstępny pozwalający na wzięcie udziału w postępowaniu i nie oznacza, że zmieniają się w tym zakresie wymagania zamawiającego dotyczące realizacji przyszłej usługi, a zatem pasażerowie wciąż będą mieli wskazany umową wskaźnik realizacji planowanych kursów autobusów na poziomie 99,5%.

Izba przyznała też rację odwołującemu, że sposób obliczania wskaźnika jest niewystarczająco precyzyjny, a co więcej – wykonawcy będą mogli go obliczać z dużą dowolnością, a tym samym niekoniecznie w sposób porównywalny.

W przepisie nr 2 na str. 6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, iż procentowy stopień realizacji usługi to iloraz ilości wozo-km wykonanych przez ilość wozo-km planowanych wyrażony w procentach wyliczany dla określonego przedziału czasu (np. miesiąca, roku, a w odniesieniu do pkt 2.2.1 wyliczany na podstawie sumy wykonanych i planowanych wozo-km we wszystkich usługach łącznie w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie). Zatem wykonawcy mogą taki wskaźnik obliczać dla „określonego” – przez siebie? – przedziału czasu – miesiąca, roku – albo innego, gdyż okresy te podane są jedynie przykładowo. Zatem wykonawca, który wybierze dla siebie odpowiednio korzystny okres, np. miesiąc, kwartał, tydzień – będzie mógł uzyskać lepszy wskaźnik.

Poza tym zamawiający zmieniając warunek i rezygnując z 3-letniego okresu trwania umowy w ogóle nie określił minimalnego okresu, przez jaki musiała być ona realizowana (dotyczy to zwłaszcza umów będących w trakcie realizacji). A przecież tylko doświadczenie już nabyte można uznać za uzyskane, a przy tym ma to duże znaczenie dla obliczenia wskaźnika procentowego stopnia realizacji wszystkich usług – jak już wyżej wskazano – czy liczy się go jedynie przez miesiąc, czy rok.

Nie wiadomo także, czy wskaźnik obliczany dla sumy umów ma być obliczany jako średnia dla wszystkich umów, czy osobno dla każdej umowy.

Zamawiający powinien więc określić jednolity sposób obliczania tego wskaźnika.

Izba pozostawia ustalenie sposobu takiego obliczenia zamawiającemu jako podmiotowi najbardziej doświadczonemu w tym zakresie. Jedynie jako podpowiedź może zaproponować, że zamawiający mógłby przyjąć jako usługi referencyjne jedynie usługi trwające minimum 12 miesięcy (jest to okres, w którym już można ustalić, czy usługa jest realizowana należycie, a jednocześnie nie nadmiernie długi). Za okres do obliczania wskaźnika zamawiający może przyjąć cały okres realizacji usługi (oczywiście z ograniczeniami dla usług realizowanych dłużej niż wstecz 3 lata od wszczęcia postępowania) lub jeden rok (ostatni) – jest to istotne zwłaszcza w przypadku umów długookresowych i przy porównaniu umów, które są realizowane krótko z umowami długookresowymi. Przy sumowaniu umów usługami referencyjnymi mogłyby być tylko usługi, które spełniają wskaźnik 98% (zatem każda umowa musiałaby być umową „należycie wykonaną” według minimalnych wymagań zamawiającego – z tego też powodu celowe było obniżenie tego wskaźnika z 99,5%).

W zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał dysponowanie potencjałem technicznym (treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia po zmianie z 11 kwietnia 2014 r.):

Tabor typu M

2 szt. – pojemność co najmniej 19 miejsc – nie starsze niż 2002 r.,

4 szt. – pojemność co najmniej 32 miejsca – nie starsze niż 2002 r.,

Tabor typu An

5 szt. – pojemność co najmniej 60 miejsc – nie starsze niż 2014 r.,

7 szt. – pojemność co najmniej 60 miejsc – nie starsze niż 2007 r.,

Tabor typu Bn

1 szt. – pojemność co najmniej 80 miejsc – nie starsze niż 2014 r. – silnik Euro 6 – napęd hybrydowy,

2 szt. – pojemność co najmniej 80 miejsc – nie starsze niż 2011 r. – silnik Euro EEV – napęd hybrydowy,

1 szt. – pojemność co najmniej 80 miejsc – nie starsze niż 2010 r. – silnik Euro EEV – napęd hybrydowy,

5 szt. – pojemność co najmniej 91 miejsc – nie starsze niż 2014 r.,

18 szt. – pojemność co najmniej 91 miejsc – nie starsze niż 2011 r.,

43 szt. – pojemność co najmniej 91 miejsc – nie starsze niż 2007 r.,

Tabor typu Cn

4 szt. – pojemność co najmniej 160 miejsc – nie starsze niż 2012 r. (przegubowe),

4 szt. – pojemność co najmniej 160 miejsc – nie starsze niż 2011 r. (przegubowe),

2 szt. – pojemność co najmniej 160 miejsc – nie starsze niż 2007 r. (przegubowe),

2 szt. – pojemność co najmniej 140 miejsc – nie starsze niż 2007 r. (jednoczłonowe)

W przypadku autobusów z napędem hybrydowym kryterium przydziału do typu taboru (ilość miejsc) zostało obniżone, ze względu na ograniczenie masy pojazdu.

Dla typu taboru innego niż M w pozycjach zawierających warunek „nie starsze niż 2007 r.” Zamawiający dopuści świadczenie usług taborem wyprodukowanym w latach 2002-2006 w ilości nie większej niż 12 szt. Autobusy te na zasadzie wymiany, z zachowaniem pozostałych kryteriów, zastępują odpowiedni tabor i będą podlegały ocenie zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (ilość miejsc, autobusy jednoczłonowe).

W czasie realizacji umowy wiek każdego autobusu użytego do realizacji zamówienia nie może przekroczyć 12 lat, licząc od roku produkcji.

Zatem tylko w przypadku kwestionowanych przez odwołującego pojazdów (1 szt. – pojemność co najmniej 80 miejsc – nie starsze niż 2014 r. – silnik Euro 6 – napęd hybrydowy; 2 szt. – pojemność co najmniej 80 miejsc – nie starsze niż 2011 r. – silnik Euro EEV – napęd hybrydowy; 1 szt. – pojemność co najmniej 80 miejsc – nie starsze niż 2010 r. – silnik Euro EEV – napęd hybrydowy) zamawiający postawił szczególne wymagania co do norm spalania i rodzaju napędu.

Jak zamawiający wyjaśnił, wynika to z tego, że pojazdy te przeznaczone są do obsługi linii biegnących przez obszar zespołu przyrodniczo-krajobrazowego Park w Reptach i dolina rzeki Dramy, gdzie obowiązują podwyższone wymagania dotyczące emisji spalin wynikające z obowiązującej na tym terenie normy EN ISO 14001:2004.

Jak najbardziej należy popierać wymagania ekologiczne, zatem ani odwołujący, ani Izba ich nie kwestionuje, jednak po zapoznaniu się z argumentacją zamawiającego, Izba uznała, że wymóg ten jest sformułowany w sposób, który nie jest kompatybilny z celami zamawiającego.

Co do pojazdu „1 szt. – co najmniej 80 miejsc – nie starsze niż 2014 r. – silnik Euro 6 – napęd hybrydowy” Izba przyznała rację odwołującemu, iż nie ma powodów, by zamawiający nie dopuścił pojazdów spełniających normę Euro 6, lecz wyprodukowanych w roku 2013 lub 2012. Jest to wciąż pojazd spełniający te same parametry ekologiczne i nowy, natomiast łatwiejszy do zakupu, najmu czy leasingu niż pojazd wyprodukowany w roku 2014 r. natomiast biorąc pod uwagę, iż zamawiający zezwala na świadczenie usługi pojazdami 12-letnimi, nie będzie szczególnym w stosunku do pasażerów szczególnym obniżeniem jakości usługi, jeśli jeden pojazd będzie nie z roku 2014, lecz 2012 lub 2013.

Co do pojazdów „2 szt. – pojemność co najmniej 80 miejsc – nie starsze niż 2011 r. – silnik Euro EEV – napęd hybrydowy” oraz „1 szt. – pojemność co najmniej 80 miejsc – nie starsze niż 2010 r. – silnik Euro EEV – napęd hybrydowy” Izba również przychyliła się do stanowiska odwołującego, iż zamawiający musi dopuścić pojazdy spełniające również wyższą normę – Euro 6.

Argument zamawiającego, iż dlatego wskazał na normę EEV, gdyż „nie stać go na normę Euro 6” nie jest logiczny, gdyż wykonawca z autobusami spełniającymi normę Euro 6 może złożyć ofertę korzystniejszą.

Zatem warunek udziału w postępowaniu w tym zakresie powinien otrzymać brzmienie:

„(...)Tabor typu Bn

1 szt. – pojemność co najmniej 80 miejsc – nie starsze niż 2012 r. – silnik Euro 6 – napęd hybrydowy,

2 szt. – pojemność co najmniej 80 miejsc – nie starsze niż 2011 r. – silnik Euro EEV lub Euro 6 – napęd hybrydowy,

1 szt. – pojemność co najmniej 80 miejsc – nie starsze niż 2010 r. – silnik Euro EEV lub Euro 6 – napęd hybrydowy, (...)”.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: