

**WYROK**  
**z dnia 6 listopada 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 listopada 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 października 2015 r. przez wykonawcę

**Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Międzygminna Sp. z o.o.**

**ul. Parkowa 3, 42-622 Świerklaniec**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego**

**ul. Barbary 21A, 40-053 Katowice**

przy udziale wykonawców:

A) **SED-BAZ Sp. z o.o. ul. Wiosenna 35, 41-235 Czeladź** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

B) **T. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą R. T. Firma Usługowo-Handlowa ul. Fabryczna 2c, 42-674 Zbroslawice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

C) **A. K.-S. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą TRAF LINE ul. Modrzewiowa 1, 43-200 Pszczyna** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

D) **K. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe K. P. Biechów 93B, 28-133 Pacanów** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu zmianę ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez:**
  - 1.1. wykreślenie wymogu dotyczącego równomiernego rozmieszczenia drzwi,**
  - 1.2. wykreślenie wymogu dotyczącego przedłożenia uwiarygodnionych kserokopii dowodów rejestracyjnych autobusów przeznaczonych do obsługi linii,**
  - 1.3. zmianę warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu 2 autobusami o długości powyżej 12 metrów i pojemności co najmniej 140 miejsc na dysponowanie 2 autobusami o długości do 12 metrów i pojemności co najmniej 91 miejsc,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Międzygminna Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2.2. zasądza od Komunikacyjnego Związku Komunalnego Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego na rzecz Przedsiębiorstwa Komunikacji Miejskiej Międzygminna Sp. z o.o. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu 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 Katowicach.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „wykonywanie usług autobusowego transportu publicznego na linii komunikacji miejskiej nr 168” 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 17 października 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 202-366814. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Międzygminna sp. z o.o. w Świerklańcu wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 i 2 oraz z art. 22 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję oraz sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem technicznym, tj. dysponowaniem 2 autobusami o długości powyżej 12 m i pojemności co najmniej 140 miejsc (tabor typu CN), w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także utrudniający uczciwą konkurencję – pkt 5.1 ppkt 3. tiret drugi specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz pkt III.2.3) ppkt 1.3 tiret drugi ogłoszenia o zamówieniu,

2. art. 22 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem technicznym, tj. dysponowania w celu wykazania spełniania warunku oraz realizacji zamówienia autobusami wyprodukowanymi w 2015 roku oraz spełniającymi normę emisji spalin EURO 6, w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także utrudniający uczciwą konkurencję – pkt 5.1 ppkt 3. tiret pierwszy i drugi specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz pkt III.2.3) ppkt 1.3 tiret pierwszy i drugi ogłoszenia o zamówieniu,

3. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niedookreślenie terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia,

4. art. 22 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez sporządzenie opisu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem technicznym w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz utrudniający uczciwą konkurencję, poprzez nieprecyzyjne określenie parametrów dotyczących drzwi oferowanych autobusów – pkt 5.1 ppkt 3. tiret ósmy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz pkt III.2.3) ppkt 1.3 tiret ósmy ogłoszenia o zamówieniu,

5. art. 25 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez żądanie przedłożenia dokumentów, które nie są niezbędne do prowadzenia postępowania tj. uwiarygodnionych kserokopii dowodów rejestracyjnych autobusów przeznaczonych do obsługi linii – pkt 14.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

6. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także inne przepisy wskazane lub wynikające z uzasadnienia niniejszego odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez:

1. modyfikację postanowienia pkt 5.1 ppkt 3. tiret pierwszy i drugi specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz pkt III.2.3) ppkt 1.3 tiret pierwszy i drugi ogłoszenia o zamówieniu poprzez ich wykreślenie i utworzenie jednego tiret o następującym brzmieniu: „pięć autobusów, o długości do 12 m i pojemności co najmniej 91 miejsc (tabor typu BN) nie starsze niż z 2011 roku spełniające normę czystości spalin EEV”, a także:

a. modyfikację stosownych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu poprzez zmianę wymogu dysponowania 3 autobusami o długości do 12 m i pojemności co najmniej 91 miejsc (tabor typu BN) oraz 2 autobusami o długości powyżej 12 m i pojemności co najmniej 140 miejsc (tabor typu CN) na wymóg dysponowania 5 autobusami o długości do 12 m i pojemności co najmniej 91 miejsc (tabor typu BN),

b. modyfikację stosownych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu poprzez zmianę wymogu spełniania przez autobusy normy emisji spalin z EURO 6 na EEV oraz zmianę roku produkcji autobusów z roku 2015 na rok 2011,

c. zmianę postanowienia pkt 3.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz pkt II.2.1) ogłoszenia o zamówieniu oraz stosownych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu dotyczących przedmiotu zamówienia poprzez

uwzględnienie, iż przedmiot zamówienia będzie realizowany za pomocą 5 autobusów o długości do 12 m i pojemności co najmniej 91 miejsc (tabor typu BN),

d. ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia żądań wskazanych powyżej w pkt 1., oraz lit. a., b. i c., zmianę punktu 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz stosownych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu dotyczących planowanego terminu rozpoczęcia realizacji umowy poprzez wyznaczenie terminu rozpoczęcia realizacji umowy na 1 maja 2016 r.,

2. usunięcie z punktu 5.1 ppkt 3. tiret ósmy specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz pkt III.2.3) ppkt 1.3 tiret ósmy ogłoszenia o zamówieniu oraz stosownych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu, wymagania, aby drzwi pasażerskie do autobusu rozmieszczone były „równomiernie”,

3. usunięcie z punktu 14.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz stosownych postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagania, aby wykonawca przedłożył uwiarygodnione kserokopie dowodów rejestracyjnych autobusów przeznaczonych do obsługi linii.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że opis przedmiotu zamówienia utrudnia uczciwą konkurencję i narusza zasadę równego traktowania wykonawców w zakresie, w jakim zamawiający wymaga, aby zamówienie było realizowane za pomocą 2 autobusów o długości powyżej 12 m i pojemności co najmniej 140 miejsc (tabor typu CN). Również opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, w zakresie, w jakim zamawiający wymaga, aby wykonawca dysponował 2 autobusami o długości powyżej 12 m i pojemności co najmniej 140 miejsc (tabor typu CN), jest wymogiem nieproporcjonalnym i nie znajdującym wyrazu w rzeczywistej charakterystyce zamówienia.

Odwołujący od kilkadziesiąt lat realizuje usługi transportu publicznego na trasie odpowiadającej linii nr 168 i w dotychczasowej historii tej linii usługi transportu publicznego były pełnione wyłącznie za pomocą autobusów, których długość nie przekraczała 12 m, co wynikało z ilości pasażerów, którzy podróżują tą linią. Nie ma żadnych przesłanek, które uzasadniałyby żądanie w obecnym postępowaniu autobusów o długości powyżej 12 m i pojemności co najmniej 140 miejsc. Od roku 2011 odwołujący posiada na linii 168 elektroniczny system liczenia pasażerów, dzięki któremu może precyzyjnie wskazać, jaka liczba pasażerów korzysta z linii, na którym kursie i pomiędzy którymi przystankami. Z obliczeń odwołującego wynika, że maksymalna liczba przewożonych pasażerów w godzinach szczytu, na najbardziej obłożonym fragmencie linii wynosi ok. 60 osób. Na mniej obciążonych odcinkach linii 168, a także poza godzinami szczytu liczba pasażerów wynosi niekiedy kilkunastu pasażerów. Zatem całkowicie wystarczające dla osiągnięcia celu,

jakemu służy przedmiot zamówienia, jest jego realizacja za pomocą autobusów o długości do 12 m i pojemności co najmniej 91 miejsc (tabor typu BN). Tego typu autobusy posiadają zazwyczaj ok. 103 miejsc, co jest całkowicie wystarczającą pojemnością nawet w godzinach szczytu na najbardziej obłożonych fragmentach linii 168. Liczba pasażerów na tej linii w ostatnich latach utrzymuje się na podobnym poziomie i nie ma przesłanek, które pozwalałyby przypuszczać, że wzrośnie w najbliższym czasie, co uzasadniałoby realizację zamówienia z wykorzystaniem taboru typu CN.

Również opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, dotyczący dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, w zakresie, w jakim zamawiający wymaga, aby wykonawca dysponował autobusami nie starszymi niż z 2015 roku spełniającymi normę czystości spalin co najmniej EURO 6, jest nadmierny i nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie znajduje on również uzasadnienia w obiektywnych potrzebach zamawiającego. W prowadzonych przez siebie postępowaniach zamawiający niejednolicie wprowadza postanowienia dotyczące świadczenia usług za pomocą coraz nowszych autobusów. W niektórych postępowaniach zamawiający wprowadza bardzo rygorystyczne wymagania dotyczące dysponowania autobusami wyprodukowanymi nie wcześniej niż w roku 2015, natomiast w innych dopuszcza świadczenie usług za pomocą starszych autobusów. W okresie obowiązywania normy emisji spalin EURO 6, tj. od 1 stycznia 2014 r., KZK GOP ogłosił postępowania przetargowe w sumie na 266 szt autobusów do obsługi linii, z czego 63 autobusy spełniały normę EURO 6. W tym okresie dominowały zamówienia z wykorzystaniem autobusów z normą emisji spalin EURO 5 tj. 203 sztuki. Wymagania zamawiającego co do rocznika produkcji autobusów oraz normy emisji spalin autobusów, jakimi mają dysponować wykonawcy na potwierdzenie spełniania warunku udziału, nie wynikają ani z powszechnie obowiązujących aktów prawa, ani z jego wewnętrznych regulacji. Zgodnie z obowiązującym Planem Zrównoważonego Rozwoju Publicznego Transportu Zbiorowego Komunikacyjnego Związku Komunalnego Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego, przyjętym uchwałą nr CXIX/12/2013 zgromadzenia Komunikacyjnego Związku Komunalnego GOP w Katowicach z dnia 25 kwietnia 2013 r. w okresie trwania umów zawieranych przez zamawiającego wiek najstarszego autobusu nie może przekroczyć 15 lat, a dopuszczalnym poziomem emisji spalin jest poziom odpowiadający normie EURO 5. Dla zrealizowania ww. wymagań zamawiającego wystarczające byłoby wymaganie autobusów wyprodukowanych nie wcześniej niż w 2011 r. wyposażonych w normę emisji spalin EEV, czyli normę o wyższych parametrach od normy EURO 5. Tego typu autobusy będą miały w roku 2023, tj. z chwilą zakończenia realizacji zamówienia 12 lat (3 lata mniej niż wymaga zamawiający w Planie). Wymaganie, aby usługi transportu publicznego na linii nr 168 były świadczone za pomocą taboru wyprodukowanego w roku 2015, a w związku z tym spełniającego normę

emisji spalin Euro 6 jest tym bardziej nieproporcjonalne, że liczba wozokilometrów, jaką mają do przejechania na tej linii autobusy w trakcie realizacji zamówienia, jest stosunkowo niska. W postępowaniach prowadzonych na obsługę linii, które mają podobną liczbę wozokilometrów zamawiający nie stawiają tak wygórowanych żądań w zakresie roku produkcji autobusów oraz normy emisji spalin. Wymagania postawione w tym postępowaniu, są również nadmierne ze względu na okres amortyzacji nowych autobusów. Poniesienie dużych nakładów na zakup nowych autobusów, w tym dużo droższych autobusów o długości ponad 12 m, spowoduje znaczący wzrost kosztów amortyzacji, a w związku z tym również wzrost ceny, za jaką może zostać zrealizowane zamówienie.

Wymaganie dysponowania dwoma autobusami o długości powyżej 12 m i pojemności co najmniej 140 miejsc wyprodukowanymi w roku 2015 oraz spełniającymi normę emisji spalin Euro 6, jest wymogiem nie tylko nieproporcjonalnym, ale również naruszającym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, uniemożliwia bowiem udział w postępowaniu wykonawcom, którzy byłoby w stanie w należyty sposób zrealizować zamówienie.

Zgodnie z treścią punktu 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia rozpoczęcie realizacji zamówienia jest planowane na 1 stycznia 2016 r., w tym dniu wykonawca powinien więc dysponować autobusami przeznaczonymi do realizacji zamówienia. Tymczasem termin składania ofert został wyznaczony dopiero na 24 listopada 2015 r., zatem umowa z wykonawcą zostanie zawarta najwcześniej w grudniu 2015 r. Odwołujący nie posiada obecnie zakupionych autobusów typu CN z roku 2015, które mógłby przeznaczyć do obsługi linii nr 168. Koszt takich autobusów jest bowiem bardzo znaczący i zakup tego typu pojazdów przy braku gwarancji dla możliwości ich wykorzystania stanowi zbyt duże ryzyko ekonomiczne. Termin dostawy autobusu przegubowego typu CN ze względów na jego większą pracochłonność jest dłuższy średnio o 40 dni roboczych od terminu dostawy standardowego autobusu 12-metrowego. Nie ma możliwości zakupu gotowych autobusów przegubowych przechowywanych w fabryce i oczekujących na potencjalnego klienta. Autobusy tego typu produkowane są na potrzeby konkretnego zamówienia oraz wyposażone w parametry wymagane przez danego klienta. Odwołujący wystosował pisma do producentów autobusów z zapytaniem dotyczącym możliwości dostawy do 31 grudnia 2015 r. nowych autobusów przegubowych (CN) z normą emisji spalin EURO 6. Żaden z producentów nie potwierdził możliwości dokonania dostawy. Zamawiający znając czas produkcji tego typu autobusu oraz wiedząc, do kiedy musi wybrać nowego wykonawcę, mógł dużo wcześniej wszcząć postępowanie umożliwiając wszystkim zainteresowanym podmiotom przygotowanie się do udziału w postępowaniu oraz złożenia ofert. Na skutek zaniechań zamawiającego powstała sytuacja, w której zostały naruszone zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez uniemożliwienie podmiotom

zdolnym do realizacji zamówienia, w tym odwołującemu, złożenia oferty w niniejszym postępowaniu. W związku z tym, w przypadku gdyby Izba nie uwzględniła zarzutów w zakresie nieproporcjonalnych warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania autobusami o długości ponad 12 m, wyprodukowanymi w roku 2015 oraz wyposażonymi w normę emisji spalin Euro 6, niezbędne jest przynajmniej przesunięcie terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia do czasu, w którym odwołujący będzie mógł uzyskać nowy tabor nie tylko typu BN, ale również typu CN, tj. do 1 maja 2016 r.

Zamawiający wbrew dyspozycji art. 29 ust. 1 oraz art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych nie określił precyzyjnie terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia. Zamawiający wskazał jedynie, iż „planowany” termin rozpoczęcia realizacji usługi wyznaczony jest na 1 stycznia 2016 r. W związku z tym odwołujący nie wie, czy jest to data, w której będzie musiał dysponować już autobusami gotowymi do rozpoczęcia realizacji zamówienia, czy też termin ten może zostać przesunięty przez zamawiającego, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, nie będzie do tego czasu mógł sprowadzić nowych autobusów. Konieczne jest więc przesunięcie terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia w sposób, który będzie gwarantował możliwość sprowadzenia nowych autobusów w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę zarzutów dotyczących roku produkcji autobusu, normy emisji spalin oraz długości i pojemności pojazdów.

Zamawiający w postanowieniach dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem technicznym w pkt 5.1 ppkt 3. tiret ósmy specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz pkt III.2.3) ppkt 1.3 tiret ósmy ogłoszenia o zamówieniu wprowadził wymagania dotyczące drzwi pasażerskich autobusu. Zamawiający wymaga, aby autobus był wyposażony w: „co najmniej troje drzwi o szerokości minimalnej 1200 mm; każde z drzwi wyposażone w układ automatycznego powrotu po napotkaniu oporu przy zamykaniu, chroniący pasażera przed przyciśnięciem (rewersyjne drzwi przy zamykaniu); drzwi rozmieszczone równomiernie na całej długości prawej ściany, uruchamiane mechanicznie ze stanowiska kierowcy spełniające wymogi techniczne ujęte w Polskiej Normie PN-S-47010”. W treści przywołanego postanowienia zamawiający nie sprecyzował, na czym ma polegać „równomierne rozmieszczenie drzwi”. Powszechnie wiadomym jest, że skoro zamawiający wymaga wyposażenia autobusów w co najmniej troje drzwi, będą one rozmieszczone nie w jednej części autobusu, lecz proporcjonalnie, w pewnych odstępach, na całej długości autobusu. Na rynku są bowiem dostępne wyłącznie modele autobusów, które zawierają rozumiane w ten sposób proporcjonalne rozmieszczenie drzwi. Zawarcie w postanowieniu dotyczącym spełnienia warunku udziału w postępowaniu jedynie lakonicznego postanowienia co do konieczności równomiernego rozmieszczenia drzwi pozostawia wiele wątpliwości co do sposobu, w jaki zamawiający będzie oceniał spełnianie tego warunku przez wykonawców. Istnieje prawdopodobieństwo, że zamawiający na etapie



oceny spełniania warunku, we własnym zakresie doprecyzuje, jakie rozmieszczenie drzwi będzie w jego ocenie równomierne. Zasadne jest więc usunięcie wymagania dotyczącego równomiernego rozmieszczenia drzwi, jego utrzymanie stwarza znaczące ryzyko naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Skarżone sformułowanie nie wnosi też nowej treści co do parametrów oferowanego autobusu, gdyż i tak drzwi do autobusów są rozmieszczone na całej długości autobusów. W związku z tym, jest to postanowienie zbędne.

Zamawiający w sposób nieuprawniony wprowadził w punkcie 14.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganie, aby przy zawarciu umowy dostarczyć uwiarygodnione kserokopie dowodów rejestracyjnych autobusów przeznaczonych do obsługi linii. Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Uwiarygodnione kopie dowodów rejestracyjnych autobusów nie są dokumentami, które mieszczą się w powyższych kategoriach, nie mieszczą się również w żadnej z kategorii dokumentów wymienionych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. W związku z tym dokumenty te nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, a więc ich wymaganie przez zamawiającego jest niedopuszczalne. Dodatkowo, jeżeli wykonawca będzie zamawiał nowe autobusy, w chwili zawarcia umowy może nie dysponować jeszcze dowodami rejestracyjnymi tych pojazdów, co również potwierdza niedopuszczalność takiego wymagania.

## II Ustalenia Izby

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.

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

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania (treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu) nie jest sporny między stronami i odpowiada stanowi opisanemu przez odwołującego w odwołaniu (nie był kwestionowany przez zamawiającego ani przystępujących).

Zamawiający uwzględnił podczas rozprawy zarzuty i żądania odwołania dotyczące:

1. usunięcia z punktu 5.1 ppkt 3. tiret ósmy specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz punktu III.2.3) ppkt 1.3 tiret ósmy ogłoszenia o zamówieniu oraz innych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu, wymagania, aby drzwi pasażerskie do autobusu rozmieszczone były „równomiernie”,

2. usunięcia z punktu 14.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz innych postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagania, aby wykonawca przedłożył uwiarygodnione kserokopie dowodów rejestracyjnych autobusów przeznaczonych do obsługi linii.

W konsekwencji Izba uznała, że zamawiający uznał słuszność tych zarzutów i przestały być one kwestią sporną pomiędzy stronami. Ze względu jednak na to, że zamawiający przed rozprawą i wydaniem wyroku nie zmienił treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu, Izba formalnie ujęła te zarzuty w sentencji wyroku również je uwzględniając i wskazując na konieczność zmiany odpowiednich postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu.

W ramach warunków udziału w postępowaniu (punkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia) zamawiający wymaga, aby wykonawcy dysponowali pięcioma autobusami niskopodłogowymi spełniającymi m.in. następujące wymagania: trzy autobusy o długości do 12 m i pojemności co najmniej 91 miejsc (tabor typu BN) nie starsze niż z 2015 r. spełniające normę czystości spalin EURO 6 oraz dwa autobusy o długości ponad 12 m i pojemności co najmniej 140 miejsc (tabor typu CN) nie starsze niż (rok produkcji) z 2015 roku i spełniające normę czystości spalin EURO 6, przy czym liczba miejsc siedzących nie może być mniejsza niż 25% ogólnej, wskazanej przez producenta pojemności autobusu.

Powyższe wymagania odwołujący zakwestionował z dwóch względów:

1. wymagania, by dwa autobusy posiadały długość powyżej 12 m i pojemność co najmniej 140 miejsc, podczas gdy wystarczające do wykonania usługi są autobusy mniejsze, a tym samym wystarczające by było, gdyby zamawiający wymagał 5 autobusów o długości do 12 m i pojemności minimum 91 miejsc,

2. wymagania, by wszystkie pięć wymaganych autobusów posiadało rok produkcji 2015 (lub ewentualnie późniejszy) oraz spełniało normę czystości spalin EURO 6, co jest zdaniem odwołującego wymaganiem nadmiernym i nieuzasadnionym.

Po zapoznaniu się z argumentacją obu stron Izba uznała pierwsze wymaganie za nieuzasadnione, a drugie za uzasadnione i zgodne z prawem.

Zamawiający wymóg dysponowania autobusami o długości powyżej 12 metrów uzasadnił jedynie tym, iż w przyszłości – w ciągu 8 lat trwania umowy – możliwe jest, że liczba pasażerów podróżujących na trasie linii 168 się zwiększy ze względu na powstanie nowych

miejsc pracy w Katowicach, a także tym, że dla komfortu pasażerów większa ich liczba powinna mieć miejsca siedzące w czasie jazdy. Wskazał też, że być może w przyszłości funkcjonowanie linii 168 oraz linii o podobnej trasie zostanie zmodyfikowane.

Z kolei odwołujący przedstawił wydruki z programu zliczającego liczbę pasażerów podróżujących na tej linii w ciągu 7 wybranych dni w okresie ostatnich 3 lat. Z wydruków tych wynika, że pasażerów najczęściej podróżuje jednocześnie kilku, kilkunastu, dwudziestu- czy trzydziestukilku – jak wskazał odwołujący, maksymalnie 60 osób. Zamawiający tych danych nie negował.

Zatem, zdaniem Izby, wymaganie obecnie, by wykonawcy dysponowali autobusami o pojemności ponad 140 osób, podczas gdy (obecnie i od kilku lat) podróżujący pasażerowie nie zapełniają nawet autobusu przewidzianego na 91 osób, jest nieuzasadnione okolicznościami, a sam argument, że w przyszłości liczba ta może się zwiększyć – przy czym nie wiadomo ani kiedy, ani o ile, ani czy na tej linii, ani czy w ogóle – jest zupełnie nieprzekonywujący. Do tego przeczy założeniom, na które zamawiający się powołał jako podstawę swoich działań w tym postępowaniu, tj. względem ekonomicznym i ekologicznym. Powszechnie wiadome w branży jest, że wozokilometr wykonywany autobusem o długości powyżej 12 m jest znacznie droższy niż wozokilometr wykonywany autobusem 12-metrowym (m.in. ze względu na wyższy koszt zakupu autobusu czy zwiększone spalanie), a do tego emisja spalin, nawet przy zastosowaniu normy EURO 6, jest wyższa niż autobusu krótszego. Zasadniczo nawet komfort podróży pasażerów takim pojazdem bywa niższy – przy mniejszym zapełnieniu pojazdu pasażerami. Owszem, teoretycznie liczba miejsc siedzących w autobusie dłuższym jest większa, jednak należy zwrócić uwagę, że kwestia konkretnej liczby miejsc siedzących dla pasażerów została przez zamawiającego zupełnie pominięta (wskazał on jedynie na 25% powierzchni ogólnej, jednak w zależności od sposobu rozmieszczenia foteli, nawet ich mniejsza liczba może zajmować większą powierzchnię). Zamawiający nie wartościował też pojazdów pod względem miejsc siedzących, pomimo że w różnych markach czy konfiguracjach pojazdów różnica ta jest dość znacząca (jak wskazano podczas rozprawy, dla autobusu 12-metrowego to nawet 7 miejsc).

Poza tym, zdaniem Izby, jeśli zamawiający uważa, że w przyszłości liczba pasażerów może się zwiększyć, ale nie wie on kiedy i o ile, to bardziej stosownym sposobem postępowania w takiej sytuacji jest przewidzenie w umowie ewentualnej zmiany autobusów na większe w razie zaistnienia tych okoliczności (należy jedynie pamiętać o przewidzeniu sposobu obliczenia ceny usługi przy zwiększonych kosztach jej wykonywania oraz czasie na nabycie przez wykonawcę takich autobusów).

Tym samym Izba uznała, że kwestionowana część warunku narusza przepis art. 22 ust. 4 i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie jest proporcjonalna do przedmiotu zamówienia, tzn. jest nadmierna dla osiągnięcia celu oraz przekracza cel warunku, czyli

zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Odnosi się bowiem nie do rzeczywistego zakresu zamówienia (liczby pasażerów podróżujących linią 168), ale przyszłego i niepewnego, który być może nigdy nie zaistnieje.

Jeśli chodzi zaś o wymóg wykorzystania do wykonania usługi wyłącznie autobusów nowych (rok produkcji 2015) i spełniających najwyższe obecnie normy emisji spalin, to nie można uznać go ani za nieuzasadniony, ani za nielegalny. Wymogi tego typu są oficjalnie akceptowane i uznawane za uzasadnione co najmniej od chwili wydania przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej 17 września 2002 r. wyroku w sprawie C-513/99 Concordia Bus. W wyroku tym Trybunał wskazał, że fakt, iż postawione wymogi (uznane za uzasadnione) mogą zostać spełnione jedynie przez niewielką liczbę przedsiębiorstw, sam w sobie nie stanowi naruszenia zasady uczciwej konkurencji: „85. Należy zatem stwierdzić, że w takim kontekście faktycznym okoliczność, iż jedno z kryteriów przyjętych przez instytucję zamawiającą celem zidentyfikowania oferty najkorzystniejszej ekonomicznie mogło zostać spełnione jedynie przez niewielką liczbę przedsiębiorstw, sama w sobie nie stanowi naruszenia zasady równego traktowania. 86. W tej sytuacji na pytanie trzecie należy udzielić odpowiedzi, że zasada równego traktowania nie sprzeciwia się kryteriom związanym z ochroną środowiska naturalnego, takim jak te sporne w sprawie przed sądem krajowym, z tego tylko względu, że przedsiębiorstwo transportowe należące do instytucji zamawiającej jest jednym z nielicznych przedsiębiorstw, które mają możliwość zaoferowania sprzętu spełniającego te kryteria.”

Co więcej, w ciągu lat od wydania ww. wyroku można zauważyć nie tylko przyzwolenie, ale wręcz nacisk prawa unijnego na kwestie ekologiczne, czego przykładem jest nie tylko dyrektywa wskazana przez zamawiającego, ale także nowe dyrektywy zamówieniowe z 2014 r. (2014/24/UE i 2014/25/UE). Jego śladem zaś musi pójść zarówno ustawodawstwo krajowe, jak i, przede wszystkim, praktyka.

Powyższego wymagania zamawiającego, nawet jeśli potencjalnie ograniczałoby udział wykonawców w postępowaniu do tych, którzy mają dostęp do autobusów z 2015 r. (*notabene* – każdy z wykonawców miał możliwość takie pojazdy nabyć, wziąć w leasing, wynająć itd.), nie można uznać za naruszające zasadę równego traktowania wykonawców czy uczciwej konkurencji, bowiem wszyscy wykonawcy muszą spełnić takie same warunki na takich samych zasadach. Sama zaś uczciwa konkurencja powinna być definiowana jako dążenie do uzyskania jak najlepszych ofert (w tym obejmujących jak najlepszy, najnowszy, najbardziej komfortowy, najbardziej ekologiczny itd. tabor), a nie dostosowywanie (minimalizowanie) wymagań do takiego taboru, jakim akurat dany odwołujący chciałby realizować przewozy. Wysokie wymagania zatem same w sobie nie stanowią naruszenia uczciwej konkurencji, lecz są nakierowane na wysoką jakość usługi.

Nie można też stwierdzić, że wymóg nie znajduje żadnego racjonalnego uzasadnienia – jest nim choćby czynnik ekologiczny, który na gruncie prawa unijnego (a zatem i polskiego) jest uznawany za dobro samo w sobie, niezależnie od bezpośrednich korzyści, które mógłby odnieść zamawiający czy beneficjenci usług, a także komfort pasażerów związany z podróżowaniem nowym pojazdem.

Izba nie widzi też, żeby wymagania były nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia czy z nim niezwiązane – wymogi obejmują pojazdy do obsługi wskazanej przez zamawiającego linii autobusowej. Należy bowiem zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 22 ust. 4 i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych warunki te muszą być związane z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalne oraz mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Zdaniem Izby ta część warunku dotycząca wymagań sprzętowych te dyspozycje przepisów spełnia.

Co do terminu realizacji zamówienia, to Izba nie widzi podstaw, by nakazać realizację usługi dopiero od 1 maja 2016 r., zamawiający niewątpliwie musi zachować ciągłość obsługi tej linii. Zgodnie z planem zamawiającego rozpoczęcie realizacji usługi powinno rozpocząć się 1 stycznia 2016 r. i trwać 96 miesięcy (pkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia). To, że zamawiający nie jest w stanie wskazać konkretnej daty rozpoczęcia realizacji usługi wynika z tego, że niewiadoma jest data zakończenia postępowania i zawarcia umowy. Jak wynika z powyższego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, celem zamawiającego jest jak najszybsze rozpoczęcie realizacji usługi po zawarciu umowy.

Na marginesie Izba wskazuje jednak, że niezależnie od tego, że owo postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest zgodne z prawem i dopuszczalne, zamawiający powinien rozważyć, czy na pewno jest dla niego strategicznie korzystne. Okresy pomiędzy datą wszczęcia postępowania, składaniem ofert, zawarciem umowy a rozpoczęciem jej realizacji nie są długie, wykonawcy również co do zasady nie posiadają niezagospodarowanych autobusów o roku produkcji 2015 – są one kupowane dla obsługi konkretnych kontraktów, a ich nabycie następuje dopiero po zawarciu umowy i jest czasochłonne, gdyż autobusy nie są dostępne od ręki. W związku z powyższym także najem czy leasing takiego autobusu nie jest łatwo dostępny. Tym samym możliwe jest, że zamawiający nie uzyska takiej liczby ofert, jaką mógłby czy chciałby uzyskać. Dlatego Izba zwraca uwagę, że zamawiający powinien rozważyć, czy wymogu obsługi linii autobusami o roku produkcji nie wcześniejszym niż 2015 nie wprowadzić z opóźnieniem, np. w ciągu 6 miesięcy od dnia rozpoczęcia realizacji usługi, tak, aby wybrany wykonawca mógł spokojnie wymagane autobusy nabyć dopiero po zawarciu umowy.

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:** .....