

WYROK

z dnia 10 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 sierpnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lipca 2015 r. przez **D. G.** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Olsztyn - Zarząd Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Miastu Olsztyn – Zarządowi Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie** – modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

- treści pkt. 4.5 załącznika Nr 1 do wzoru umowy – Opis Techniczny Autobusów poprzez wykreślenie sformułowania: *Szyba na tylnej ścianie pojazdu na pełnić funkcję wyjścia awaryjnego*

- treści pkt. 6.4.6 załącznika nr 1 do wzoru umowy – Opis Techniczny Autobusów poprzez wykreślenie sformułowania: *zasilenie układu klimatyzacji (sprężarka) bezpośrednia transmisja z silnika.*

2. Kosztami postępowania obciąża **Miasto Olsztyn – Zarząd Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **D. G.** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Miasta Olsztyn – Zarządu Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie** na rzecz **D. G.** 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 **Olsztynie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Olsztyn – Zarząd Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług komunikacji miejskiej w Olsztynie w zakresie przewozów autobusowych w latach 2015-2025.

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

W dniu 24 lipca 2015 roku wykonawca D. G. (dalej odwołujący) wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: s.i.w.z.).

Odwołujący postawił zamawiającemu:

a) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, że w rezultacie opis ten utrudnia uczciwą konkurencję a ponadto postawione przez zamawiającego wymagania w nieuzasadniony sposób znacząco ograniczają krąg potencjalnych wykonawców poprzez dobór parametrów, które uniemożliwiają złożenie oferty wykonawcom dysponującym pojazdami napędzanymi paliwem LNG oraz pojazdami napędzanymi olejem napędowym wyposażonymi w silniki o pojemności poniżej 9 dm³.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu, aby:

- a) zmienił treść s.i.w.z. w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,
- b) zmianę s.i.w.z. opublikował na stronie internetowej, na której s.i.w.z. jest udostępniana,
- c) przesunął termin składania ofert o czas umożliwiający uwzględnienie zmian w ofercie.

Odwołujący, uzasadniając swój interes we wniesieniu odwołania, stwierdził, iż poprzez wskazane powyżej czynności zamawiający pozbawił go możliwości wzięcia udziału w postępowaniu i uzyskania niniejszego zamówienia. Zamawiający doprowadził bowiem do sytuacji, w której odwołujący nie jest w stanie złożyć prawidłowej oferty. W rezultacie odwołujący nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia i osiągnąć zysku, który odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (*lucrum cessans*). Odwołujący podkreślił, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy

niewątpliwie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy P.z.p. Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić odwołanie. Efektem wskazanej powyżej czynności i zaniechań zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, co może w istotny sposób wpłynąć na wynik postępowania.

W zakresie zarzutu dotyczącego minimalnej pojemności silnika odwołujący podniósł, że zamawiający w pkt. 1.1.11 Załącznika nr 1 do Wzoru umowy, która stanowi załącznik nr 7 do SIWZ wskazał, że pojemność minimalna silnika ma wynosić 9,0 dm³ z zastrzeżeniem, że nie dotyczy to pojazdów z napędem hybrydowym. W ocenie odwołującego powyższy zapis jest niczym nie uzasadniony biorąc pod uwagę przedmiot niniejszego postępowania oraz zmierza jedynie do ograniczenia konkurencji, preferując pojazdy z silnikami producentów MAN oraz DAF.

W zakresie zarzutu dotyczącego nieuprawnionego wymogu, by szyba na tylnej ścianie pojazdu pełniła funkcję wyjścia awaryjnego, odwołujący podniósł, że zakwestionowany zapis jest nieuzasadniony a prowadzi jedynie do ograniczenia konkurencji, poprzez wykluczenie pojazdów zasilanych skroplonym paliwem metanowym LNG.

Odwołujący wskazał, że treść punktu 4.5 uniemożliwia ubieganie się o udzielenie zamówienia całej grupie wykonawców którzy dysponują pojazdami zasilanymi skroplonym paliwem metanowym LNG, ponieważ w miejscu tylnego okna zabudowany jest zbiornik paliwa LNG. Należy wskazać, że nie istnieje techniczna możliwość zabudowania zbiornika w innym miejscu w autobusie miejskim niskopodłogowym.

Pojazdy, które zamierza zaoferować odwołujący, zamiast wyjścia awaryjnego na tylnej szynie pojazdu, posiadają dwa wyjścia awaryjne na dachu. Odwołujący wskazał, że zastosowane rozwiązanie jest zgodne z Regulaminem nr 107 Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ) - Jednolite przepisy dotyczące homologacji pojazdów kategorii M2 i M3 w odniesieniu do ich budowy ogólnej (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej L 373 z dnia 27 grudnia 2006 r.). Zgodnie bowiem z pkt 7.6.2.4 ww. Regulaminu „Co najmniej jedno wyjście musi znajdować się odpowiednio na tylnej albo na przedniej ścianie pojazdu. W przypadku pojazdów klasy I oraz w przypadku pojazdów z tylną częścią trwale oddzieloną od przedziału pasażerskiego, wymóg ten jest spełniony, jeśli wyposażone są one w luk ratunkowy. W pojazdach dwupokładowych wymóg ten dotyczy tylko pokładu górnego.” Pojazdy, które ma zaoferować do wykonania przedmiotowego zamówienia odwołujący (bez drzwi awaryjnych na tylnej szybie), mają

homologacje i spełniają wszystkie normy pozwalające na świadczenie usług miejskiego transportu publicznego.

W ocenie odwołującego uniemożliwienie podmiotom oferującym pojazdy zasilane skroplonym gazem ziemnym LNG poprzez zastosowanie przedmiotowego rozwiązania w specyfikacji jest niezgodne z zasadą uczciwej konkurencji sformułowaną w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., a nadto narusza przepis art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p..

Odwołujący wskazał, również że postępowanie zamawiającego jest sprzeczne również z art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p. Należy bowiem wskazać, że ww. przepis zawiera wyraźny zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zakazane jest więc dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, lecz także takiego, który hipotetycznie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku.

Odwołujący wniósł o zmianę zapisu pkt.4.5. Załącznika nr 1 do Umowy - Opis Techniczny Autobusów: „Szyba na tylnej ścianie pojazdu ma pełnić funkcję wyjścia awaryjnego” poprzez wykreślenie tego sformułowania.

W zakresie zarzutu nieuprawnionego wymogu w zakresie zasilenia układu klimatyzacji (sprężarka) bezpośrednia transmisja z silnika odwołujący podniósł, że zamawiający w pkt. 6.4.6. Załącznika nr 1 do Wzoru umowy, która stanowi załącznik nr 7 do SIWZ postawił warunek: „zasilenie układu klimatyzacji (sprężarka) bezpośrednia transmisja z silnika”

W ocenie odwołującego, biorąc pod uwagę przedmiot niniejszego postępowania, przedmiotowy zapis jest nieuzasadniony i prowadzi jedynie do ograniczenia konkurencji. W ocenie odwołującego zamawiający w zbyt ni sposób ingeruje w kwestię budowy pojazdów, przy użyciu których mają być wykonywane usługi transportu publicznego. Zamawiający powinien w większym stopniu zwrócić uwagę na określenie sposobu wykonywania zamówienia, a nie określać najdrobniejsze szczegóły budowy autobusów. Wyżej wspomniany wymóg, jak i pozostałe wymagania zarzucone zamawiającemu, nie wpływają w żaden sposób na komfort jazdy pasażerów. Przedmiotem bowiem niniejszego postępowania jest świadczenie usług komunikacji miejskiej w Olsztynie w zakresie przewozów autobusowych a nie zakupu czy budowy autobusu ze szczegółowo określonymi warunkami technicznymi.

Odwołujący wniósł o zmianę zapisu pkt.6.4.6. Załącznika nr 1 do Umowy - Opis Techniczny Autobusów - „zasilenie układu klimatyzacji (sprężarka) bezpośrednia transmisja

z silnika, czynnik chłodzący R134A lub równoważny” poprzez wykreślenie z tego punktu sformułowania „zasilenie układu klimatyzacji (sprężarka) bezpośrednia transmisja z silnika”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 6 sierpnia 2015 roku oświadczył, że uwzględni odwołanie w części dotyczącej zarzutu dotyczącego minimalnej pojemności silnika.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie. W odpowiedzi na odwołanie oraz w oświadczeniu złożonym na rozprawie stwierdził, że wymóg wyposażenia pojazdu w tylną szybę będącą jednocześnie dodatkowym wyjściem bezpieczeństwa, uzasadniony jest koniecznością zapewnienia dobra, bezpieczeństwa i komfortu pasażerów. W ocenie zamawiającego, w przypadku awarii, kolizji, pożaru w pojeździe znajdującym się na wydzielonym pasie ruchu, po którym będą poruszać się zarówno autobusy, jak i tramwaje, wyjście awaryjne na dach, nad którym znajduje się sieć trakcyjna pod napięciem, jest niebezpieczne dla pasażerów. W uszkodzonym pojeździe, który nie posiada szyby tylnej, przebieg ewakuacji będzie realizowany wolniej niż w sytuacji, kiedy do dyspozycji pasażerów byłaby możliwość wyjścia przez tylną szybę. Korzyścią jest również możliwość obserwowania przez pasażerów sytuacji, gdyż poprawia komfort jazdy i umożliwia podejmowanie przez pasażerów decyzji o przesiadkach.

Zamawiający oświadczył, że wymogi dot. klimatyzacji wynikają z doświadczeń zebranych w trakcie realizacji umowy przez konsorcjum z udziałem odwołującego oraz doświadczeń wewnętrznego przewoźnika autobusowego – MPK Sp. z o.o. w Olsztynie. Doświadczenia te wskazują na zdecydowanie lepsze wyniki MPK, a problem niesprawnej i niewydajnej klimatyzacji dot. pojazdów odwołującego.

Zamawiający przedstawił dane statystyczne, z których wynika, iż w przypadku MPK Sp. z o.o. ilość uchybień w przeliczeniu na pojazd wynosił 0,6, a w przypadku odwołującego – 5,3.

Wymogi w zakresie klimatyzacji mają zmniejszyć problem niesprawności i niewydajności urządzeń i poprawić komfort podróży pasażerów.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w załączniku nr 1 do wzoru umowy – Opis Techniczny Autobusów w pkt. 4.5 zawarł zapis:

Szyba na tylnej ścianie pojazdu ma pełnić funkcję wyjścia awaryjnego.

W pkt. 6.4.6. załącznika nr 1 do wzoru umowy – Opis Techniczny Autobusów wskazano:

Zasilenie układu klimatyzacji (sprężarka) bezpośrednia transmisja z silnika, czynnik chłodzący R134A lub równoważny.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. Wymagania w zakresie pojazdów, za pomocą których świadczony będzie przedmiot zamówienia, mogą uniemożliwić odwołującemu wzięcie udziału w postępowaniu i uzyskanie zamówienia. Powyższe potwierdza, iż odwołujący, mający interes w uzyskaniu zamówienia, może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p.

Analiza zaskarżonych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia uzasadnia stwierdzenie, że postawione przez zamawiającego wymogi dotyczące pojazdów, za pomocą których ma być realizowany przedmiot zamówienia, naruszają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Sporządzanie opisu przedmiotu zamówienia należy do wyłącznych uprawnień oraz obowiązków zamawiającego i jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ wskazuje na rzeczywiste potrzeby zamawiającego. Zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p). Ustawa P.z.p. nie definiuje zasady zachowania uczciwej konkurencji. Prawo zamówień publicznych posiłkuje się w tym zakresie definicjami zawartymi w innych aktach prawnych. I tak, zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku, Nr 153, poz. 1503 ze zm.), czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Izba wskazuje, iż, konieczności zachowania zasady uczciwej konkurencji nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa opisać przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego uzasadnione potrzeby. To zamawiający jako gospodarz postępowania określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy, charakteryzujący cel jaki zamierza osiągnąć. Zamawiający nie ma także obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży. Prawie nigdy nie

jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwia części wykonawcom w ogóle złożenie oferty, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem nienaruszania konkurencji jest w takim przypadku brak uniemożliwiania z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz brak sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekreślające jakąkolwiek konkurencję. Postępowanie o udzielenie zamówienia musi być prowadzone tak, aby nie prowadziło do wyłączenia bez uzasadnionej przyczyny chociażby jednego wykonawcy z możliwości złożenia oferty, stwarzając korzystniejszą sytuację pozostałym wykonawcom. Oznacza to dla zamawiającego konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które eliminowałyby konkretnych wykonawców uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych. Taki pogląd został wyrażony między innymi przez Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 24 stycznia 2012 roku Sygn. akt VI ACa 965/11.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszego postępowania Izba uznała, że zamawiający nie wykazał zasadności zakwestionowanych wymogów dotyczących autobusów.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz w oświadczeniu złożonym na rozprawie stwierdził, że wymóg wyposażenia pojazdu w tylną szybę będącą jednocześnie dodatkowym wyjściem bezpieczeństwa, uzasadniony jest koniecznością zapewnienia dobra, bezpieczeństwa i komfortu pasażerów. W ocenie zamawiającego, w przypadku awarii, kolizji, pożaru w pojeździe znajdującym się na wydzielonym pasie ruchu, po którym będą poruszać się zarówno autobusy, jak i tramwaje, wyjście awaryjne na dach, nad którym znajduje się sieć trakcyjna pod napięciem, jest niebezpieczne dla pasażerów. W uszkodzonym pojeździe, który nie posiada szyby tylnej, przebieg ewakuacji będzie realizowany wolniej niż w sytuacji, kiedy do dyspozycji pasażerów byłaby możliwość wyjścia przez tylną szybę.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 66 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 roku – Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. z 2012 roku, poz. 1137 ze zm.), pojazd uczestniczący w ruchu ma być tak zbudowany, wyposażony i utrzymany, aby korzystanie z niego nie zagrażało bezpieczeństwu osób nim jadących lub innych uczestników ruchu, nie naruszało porządku ruchu na drodze i nie narażało kogokolwiek na szkodę.

Potwierdzeniem, że dany pojazd jest zgodny z krajowymi normami i przepisami, jest świadectwo homologacji, wydane na podstawie art. 70a i nast. Prawa o ruchu drogowym. Pojazdy, którymi dysponuje odwołujący takie świadectwa posiadają (okoliczność bezsporna). Brak jest zatem podstaw do twierdzenia, iż nie zapewniają one właściwego poziomu bezpieczeństwa podróżującym pasażerom.

Okolicznością bezsporną jest również fakt, iż autobusy, którymi dysponuje odwołujący, posiadają wyjścia awaryjne w szybach bocznych. W przypadku jakiegokolwiek sytuacji stwarzającej niebezpieczeństwo dla pasażerów, będą oni mogli korzystać również z tych właśnie wyjść awaryjnych. Nie budzi wątpliwości fakt, iż w przypadku konieczności ewakuacji, osoby ewakuowane korzystają z wyjść najbliższych, najłatwiej dostępnych, niekoniecznie z wyjścia znajdującego się w tylnej ścianie autobusu.

Podkreślenia wymaga, że zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność wykazania, że wymagane przez niego rozwiązanie jest niezbędne z uwagi na charakter zamawianych usług. Dowodem takim nie są przedłożone przez zamawiającego zdjęcia, na których zaznaczono odległość pomiędzy dachem autobusu i liniami trakcyjnymi. Zamawiający za pomocą tych zdjęć wykazywał, iż pasażerom wydostającym się przez dach, grozi bezpośredni kontakt z liniami trakcyjnymi pod napięciem, co może grozić śmiercią. Ze zdjęć nie wynika, ile ta odległość wynosi i czy stanowi zagrożenie dla człowieka. Na potwierdzenie powyższego zamawiający nie przedstawił żadnych innych dowodów.

Bez znaczenia jest podnoszony przez zamawiającego argument, iż możliwość obserwowania przez pasażerów sytuacji na drodze poprawia komfort jazdy i umożliwia podejmowanie przez pasażerów decyzji o przesiadkach. W ocenie Izby zamawiający dysponuje możliwością zastosowania innych rozwiązań umożliwiających pasażerom podejmowanie szybkich decyzji o przesiadkach i poprawienia komfortu podróżowania niż opisywanie przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający udział w postępowaniu wykonawcom, którzy posiadają pojazdy odpowiadające właściwym normom i przepisom.

W zakresie zarzutu bezpodstawnego wymogu dotyczącego klimatyzacji, odnosząc się do argumentacji zamawiającego, Izba wskazuje, że zamawiający oparł wymóg o ilość nieprawidłowości w funkcjonowaniu instalacji w pojazdach odwołującego, który wykonuje usługę przewozu pasażerów dla zamawiającego, oraz spółki miejskiej wykonującej ten sam rodzaj usług pojazdami wyposażonymi w rozwiązanie wymagane przez zamawiającego.

W ocenie Izby przedstawione przez zamawiającego dane nie dowodzą, iż nieprawidłowości układu klimatyzacyjnego wiążą się ze sposobem jego zasilania. Wszelkie zarzuty wobec działania urządzeń technicznych winny opierać się na ekspertyzach i opiniach specjalistów w danej branży technicznej. Są to wiadomości specjalne, wymagające przedstawienia dowodu w postaci opinii ekspertów bądź biegłych. Sam fakt występowania awarii nie umożliwia Izbie dokonania oceny, na podstawie czego do takich awarii dochodzi. Podkreślić należy, że w tym zakresie również żadne dowody nie zostały przez zamawiającego wskazane.

Zgodnie z wyrażoną w art. 6 K.c. zasadą rozkładu ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, to na zamawiającym ciążył obowiązek wykazania, że sposób, w jaki opisał przedmiot zamówienia, jest uzasadniony jego rzeczywistymi potrzebami. Należy zwrócić uwagę, że do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Z przepisu tego wynika bowiem zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji. W ocenie Izby zamawiający nie uczynił zadość ciążącemu na nim obowiązkowi udowodnienia zasadności opisu przedmiotu w zakresie zakwestionowanych postanowień.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....