

**WYROK**  
z dnia 2 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kawa**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 21 listopada 2013 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 1, 44-335 Jastrzębie-Zdrój** w postępowaniu prowadzonym przez **Międzygminny Związek Komunikacyjny, ul Przemysłowa 1, 44-335 Jastrzębie-Zdrój** przy udziale wykonawcy **K..... P..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe K..... P....., Biechów 93b, 28-133 Pacanów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2692/13 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu nadanie właściwego znaczenia załącznikowi nr 1 do SIWZ. W zakresie pozostałych zarzutów oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża **Międzygminny Związek Komunikacyjny, ul Przemysłowa 1, 44-335 Jastrzębie-Zdrój** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 1, 44-335 Jastrzębie-Zdrój** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Międzygminnego Związku Komunikacyjnego, ul Przemysłowa 1, 44-335 Jastrzębie-Zdrój** na rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwo Komunikacji**

**Miejskiej Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 1, 44-335 Jastrzębie-Zdrój** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Międzygminny Związek Komunikacyjny ul. Przemysłowa 1, 44-335 Jastrzębie - Zdrój zwany dalej „zamawiającym” 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”

W dniu 13 listopada 2013 roku zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu oraz treść SIWZ dotyczącą przedmiotowego zamówienia.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej sp z .o.o w Jastrzębiu - Zdroju ul. Przemysłowa 1, 44-335 Jastrzębie – Zdrój, zwany dalej „odwołującym” wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od treści postanowień SIWZ wskazując, że zamawiający opracował i udostępnił Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) z naruszeniem podstawowych przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych, w szczególności poprzez określenie sposobu oceny ich spełniania, który utrudnia uczciwą konkurencję, przez co ogranicza odwołującemu możliwość udziału w postępowaniu na równych prawach z innymi uczestnikami.

We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu:

- a)** naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907) poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i z użyciem sprzecznych i niezrozumiałych określeń, bez jednoznacznego uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty,
- b)** naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, naruszenie art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez opisanie sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt. 3 w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia oraz nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia,
- c)** naruszenie art. 25 ust. 1 pkt. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów dnia 19.02.2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 roku poz. 231), zwanego dalej „rozporządzeniem”,
- d)** naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez opracowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a więc przygotowanie postępowania o

udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji w zakresie określenia wymagań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o:

- a) uwzględnienie niniejszego odwołania,
- b) nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wskazanym w odwołaniu, tj. w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, jak również w zakresie opisu wymagań podmiotowych oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, przy zachowaniu zasad, o których mowa w art. 7 ust.1 ustawy Pzp, tj. zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- c) zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego na podstawie przedłożonych na rozprawie rachunków.

Uzasadniając zasadność podniesionych zarzutów odwołujący podał:

- w zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i z użyciem sprzecznych i niezrozumiałych określeń iż z porównania załącznika nr 1 do Projektu umowy (Rozkład jazdy) z załącznikiem nr 2 (Dzienny zakres usług przewozowych) wynika szereg rozbieżności, a mianowicie:
  - w załączniku nr 2 brak jest linii 103 A, podczas, gdy linia ta występuje w rozkładzie jazdy,
  - dla linii 105 w załączniku nr 2 wykazano zapotrzebowanie na 1 autobus, a z rozkładu jazdy wynika, że powinny być 2 autobusy,
  - dla linii E-3 kursującej w soboty w załączniku nr 2 wykazano zapotrzebowanie na 3 autobusy a z rozkładu jazdy wynika, że powinny być 4 autobusy,
  - dla linii 107 w sobotę wykazano zapotrzebowanie na jeden autobus, a z rozkładu jazdy wynika, że powinny być 2 autobusy,
  - dla linii 115 w załączniku nr 2 wykazano zapotrzebowanie na 1 autobus w dni nauki szkolnej i brak potrzeb taborowych w dni wolne od nauki szkolnej, z rozkładu jazdy wynika, że potrzebne są 2 autobusy zarówno w dni nauki szkolnej, jak i w dni wolne od nauki szkolnej,
    - dla linii 122 nie wykazano potrzeb taborowych w dni wolne od nauki szkolnej, natomiast na sobotę i niedzielę wykazano zapotrzebowanie na 1 autobus, a z rozkładu jazdy wynika, że zarówno w soboty, jak i w niedziele, a także w dni wolne od nauki szkolnej potrzebne są 2 autobusy,
    - dla linii 128 w załączniku nr 2 wykazano zapotrzebowanie na 3 autobusy w dni nauki szkolnej jak i w dni wolne od nauki szkolnej, a z rozkładu jazdy wynika, że potrzebne są

autobusy w dni nauki szkolnej jak i w dni wolne od nauki szkolnej,

W załączniku nr 2 podana jest ogólna liczba autokarów w ilości 58 szt. a z rozkładów jazdy - załącznik nr 1 wynika, że potrzeby taborowe wynoszą 59 autobusów,

W niedziele łączna liczba autobusów nie jest sumą pojazdów poszczególnych typów. Brak jest w ogóle w tym załączniku potrzeb przewozowych na dni świąteczne.

Rozkłady jazdy nie zawierają podziału na typy taboru, a załącznik nr 2 do Projektu umowy zawiera wykaz wozokilometrów w rozbiciu na typy A, B i C.

Stwierdził wobec powyższego, że dane w tych załącznikach różnią się od siebie w sposób znaczący, nie jest możliwe określenie ceny za tak opisany przedmiot zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na ten zarzut podał iż że w Rozdziale III ust. 1 zdanie drugie SIWZ wskazano, że „Obsługa zadań odbywać się będzie według rozkładów jazdy, które zostaną przekazane Wykonawcy w dniu podpisania umowy, na zasadach określanych w **Załączniku nr 8** do SIWZ - *Projekt umowy z załącznikami*”. zamawiający zaznaczył więc w SIWZ, że rozkłady jazdy zostaną przekazane wykonawcy dopiero po podpisaniu umowy.

Rozkład jazdy nigdy nie stanowił ani załącznika do SIWZ ani do projektu umowy. Dopiero z chwilą podpisania umowy załącznik w postaci rozkładu jazdy zostałby dołączony w celu umożliwienia wykonania zadania. Zamawiający zaznacza też, że rozkłady jazdy zostały umieszczone na stronie internetowej jedynie informacyjnie i stanowiły pomoc dla potencjalnych wykonawców w zaplanowaniu przewozów i oferty.

Wobec powyższego uznał, że zarzuty odwołującego się, jakoby zachodziły rozbieżności pomiędzy rozkładami jazdy a załącznikiem nr 2 do projektu umowy czy też SIWZ są całkowicie chybione. Nadto dodał, że odwołujący się nie wskazał w treści odwołania w jaki sposób modyfikacja załączników miałyby zastąpić. Podkreślił, że odwołujący żądając dokonania zmian w treści SIWZ obowiązany jest wskazać dokładnie w jaki sposób należy dokonać zmian.

- w zakresie zarzutu oznaczonego lit. b) dotyczącego postanowień załącznika nr 7 do SIWZ, załącznika nr 4 do umowy oraz w Projekcie do umowy zamawiający określił dopuszczalny rok produkcji autobusów, które mają być użyte do realizacji zamówienia na „nie starsze jak 2002 rok”, „nie starsze jak 2004” i „nie starsze jak 1997”, w zależności od typu pojazdów. Odwołujący stwierdził, że podstawą do dopuszczenia danego autobusu do ruchu jest posiadania ważnego badania technicznego, a nie jego wiek. Zakwestionował również zasadność postawionego wymagania aby wybrany wykonawca dla odnowienia posiadanego taboru dokonywał rocznie zakupu 10 szt. nowych autobusów.

Nadto w stosunku do wymogu SIWZ – załącznik nr 7 pkt 5.1.1 gdzie zamawiający określił, iż minimum 70 % okien bocznych powinno posiadać górną część przesuwną lub uchylną, podał, że zapis taki zdaniem odwołującego jest zbędny i sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji, ponieważ o dopuszczeniu pojazdu autobusowego do ruchu w

komunikacji miejskiej decydują określone normy, które każdy producent autobusów powinien zachować. Natomiast określenie tego poziomu przez zamawiającego eliminuje wykonawców posiadających autobusy tych producentów (w tym naszą spółkę), którzy zachowują obowiązujące normy w tym zakresie, lecz przedmiotowy wskaźnik wynosi np. 69 % lub mniej, a więc nie spełnia wymagania zamawiającego.

Podobne zastrzeżenia wniósł do wymagania, o którym mowa w załączniku 7 w pkt. 2.5 i ww. dokumentach SIWZ, tj. wymogu, aby szerokość przejścia pomiędzy nadkolami osi środkowej i tylnej mierzona 100 mm nad podłogą wynosiła min. 550 mm.

Za równie dyskryminujący i świadczący o nierównym traktowaniu wykonawców zapis SIWZ uznał wymóg w załączniku 7 w pkt. 2.2 o treści „*brak stopni poprzecznych w podłodze, czyli podłoga w każdym autobusie na całej długości przedziału pasażerskiego powinna być bez stopni poprzecznych*”, podczas, gdy w dokumentach jak wyżej dopuszcza się występowanie stopni przy wejściu do autobusu niskopodłogowego w trzecich drzwiach, czyli faworyzuje się wykonawców dysponujących konkretnymi typami autobusów, w których dostanie się na część tylną autobusu jest możliwe tylnymi drzwiami, lecz z pokonaniem stopnia, który w innych niedopuszczonych przez zamawiającego autobusach nie występuje w drzwiach lecz w podłodze autobusu.

Zamawiający odpowiadając na powyższe zarzuty wskazał, że nie jest zasadne żądanie odwołującego aby jedynym adekwatnym kryterium wyboru taboru, było posiadanie aktualnego badania technicznego pojazdów. Podał, że badania techniczne poszczególnych pojazdów, za pomocą których wykonawca wykonywałby zamówienie, wykonywane są raz do roku, a tym samym nie gwarantują one w żaden sposób, że pojazd przez cały rok będzie sprawny, ani że zachowana zostanie ciągłość realizacji zadania, tj. wykonywania przewozów na poszczególnych trasach. W pojazdach starszych, nawet jeśli mają odpowiednie badania techniczne, ryzyko wystąpienia awarii jest większe niż w pojazdach nowszych. Podniósł, że oferowane do wykonania usługi autobusy winny spełniać wymogi ekologiczne co do czystości spalin a także wymogi co do przewozu osób niepełnosprawnych. Stwierdził, że autobusy starsze nie spełniają tych wymogów, pojazdy nowsze zapewniają również większy poziom bezpieczeństwa pasażerów oraz są bardziej estetyczne co z kolei ma wpływ na wybór przez pasażerów tego środka transportu.

W zakresie wymagania że minimum 70% okien bocznych na każdej stronie pojazdu musi posiadać górną część przesuwaną lub uchylną, zamawiający stwierdził iż postawił taki wymóg, gdyż *służy on zapewnieniu komfortu pasażerom oraz odpowiedniej cyrkulacji powietrza w autobusie*. Jednakże w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że mniejszy współczynnik okien, np. wspomniane przez odwołującego się 69%, nie stanowiłby podstawy do odrzucenia oferty w rozumieniu zamawiającego, co zamawiający wyjaśniłby i poinformowałby potencjalnego wykonawcę, gdyby ten zgłosił zapytanie w trybie art. 38 pzp.

Odwołujący się nie skierował do zamawiającego żadnych zapytań o wyjaśnienie treści SIWZ.

Natomiast odnośnie wymogu aby szerokość przejścia pomiędzy nadkolami osi środkowej i tylnej mierzona w 100 mm nad podłogą wynosiła min. 550 mm (a więc 55 cm) podał, że zamawiający miał na uwadze przede wszystkim bezpieczeństwo i wygodę pasażerów, którzy muszą mieć zapewnioną możliwość wygodnego przemieszczania się w pojazdach.

Odnośnie wymogu, aby oferowane autobusy nie posiadały stopni poprzecznych w podłodze pojazdu, to zamawiający podał, że wymóg ten ma na celu łamanie barier dla osób niepełnosprawnych oraz osób z wózkami dziecięcymi, inwalidzkimi i osób poruszających się o kulach co w konsekwencji powoduje zapewnienie wysokiej jakości świadczonych usług. Jego zdaniem opis zamówienia w ten sposób w żaden sposób nie powoduje również naruszenia zasady uczciwej konkurencji ani dyskryminacji potencjalnych wykonawców. Nadto określenie wymogu płaskiej podłogi bez stopni poprzecznych nie jest niemożliwe do realizacji dla potencjalnych wykonawców. Nie ogranicza również zamówienia do konkretnych pojazdów.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy Pzp poprzez opisanie sposobu dokonania oceny spełniania warunków o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący nawiązując do już wskazanego zarzutu dotyczącego wieku pojazdów zarzucił zamawiającemu, że wymóg oraz sposób jego oceny tego warunku nie jest związany z przedmiotem zamówienia, w szczególności zaś żądanie daty produkcji taboru jest zbędne dla realizacji zamówienia. Ponadto opis ilości wymaganych do realizacji zamówienia autobusów nie jest zgodny z ilością wymaganą przez zamawiającego.

Nadto zarzucił zamawiającemu, że zamawiający wymaga przedstawienia jedynie wykazu bardzo szczegółowo opisanych autobusów, pomijając zupełnie potrzebę wykazania się przez wykonawcę odpowiednią ilością osób, które będą nimi kierowały, tj. kierowcami z prawem jazdy kategorii D i odpowiednim świadectwem kwalifikacji zawodowej. Wobec tego odwołujący domagał się zmodyfikowania SIWZ, aby został wprowadzony do załącznika 6 A w pkt. 5.1.c) wymóg o treści: „dysponowana odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj.:

- *Wykonawcy, którzy dysponują, lub będą dysponować niezbędnymi narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi do wykonania zamówienia, tzn. taboru w liczbie co najmniej 61 szt., w tym co najmniej 4 szt. Autobusów typu C (ze względu na infrastrukturę drogową po której poruszać się będą te pojazdy) zgodnie z wymogami określonymi w załączniku nr 6 do SIWZ;*
- *Wykonawcy, którzy dysponują min. 100 osobami niezbędnymi do wykonania przedmiotu zamówienia, tj. min 100 kierowców posiadających uprawnienia kierowców (prawo jazdy kat. D, świadectwo kwalifikacji zawodowej), co należy przedstawić w załączniku nr 6*

A”;

Zamawiający w odpowiedzi na ten zarzut podniósł, że zamawiający dokonał wskazania jakim taborem powinien dysponować potencjalny wykonawca ubiegający się o zamówienie. Tabor ten określony został w sposób, który zdaniem zamawiającego zapewni należyte wykonanie zamówienia. Niezasadne są twierdzenia odwołującego jakoby wymóg ten nie miał pokrycia w załączniku nr 7. W załączniku nr 7 opisane zostały wymogi techniczne pojazdów, zaś pkt V.I.c) SIWZ wskazuje na warunki jakie powinien spełniać wykonawca chcąc wziąć udział w postępowaniu.

Wskazał również, że zarzut jakoby zamawiający nie wskazał wymogu dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest chybiony. Zamawiający wskazał bowiem w pkt V.I. c) wymóg dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym (stąd wymagania co do taboru) oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Brak zamieszczenia w SIWZ załącznika w którym wskazany byłby szczegółowy wykaz osób zdolnych do wykonania zamówienia (tj. kierowców) nie stanowi żadnego uchybienia ze strony zamawiającego. Wykaz taki byłby bowiem zbędny i niemiarodajny, jako że krąg kierowców w trakcie wykonywania zamówienia będzie się niewątpliwie zmieniał. Zdaniem Zamawiającego w tym zakresie wystarczające jest oświadczenie wykonawcy o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu.

W zakresie zarzutu ozn. lt. c), dotyczącego potrzeby wykazania się przez wykonawcę odpowiednim potencjałem osobowym wypowiedział się również wykonawca działający pod firmą Usługi Transportowe K..... P....., Biechów 93b, 28-133 Pacanów, który to skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Podniósł iż określony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu dotyczący potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia, w którym zamawiający wymaga od oferentów dysponowania niezbędnym taborem autobusowym jest po pierwsze związany z przedmiotem zamówienia i po drugie proporcjonalnym do tego przedmiotu. Przetarg dotyczy wykonywania usług przewozów autobusowych, więc wymaganie dysponowania odpowiednim taborem autobusowym jest wymaganiem jak najbardziej naturalnym i oczywistym, a przez to pozostającym w zgodzie z opisem przedmiotu zamówienia. Zamawiający ma prawo oczekiwać, że oferenci wykażą, iż dysponują odpowiednim narzędziem do wykonania zamówienia, którym w przypadku niniejszego zamówienia jest tabor autobusowy. Nie sposób więc doszukać się w postawieniu tego warunku oraz opisie sposobu oceny jego spełniania, naruszenia treści art. 22 ust. 4 Ustawy. Analizując stanowisko odwołującego w zakresie zarzutu „c” prowadzi jego zdaniem do wniosku, że odwołujący domaga się w rzeczywistości podwyższenia wymagań zamawiającego w stosunku do oferentów.

W zakresie kolejnego zarzutu oznaczonego litera d) odwołujący zarzucił

zamawiającemu (w zakresie wielokrotnie już podnoszonego zarzutu dotyczącego wymaganego wieku pojazdów- autobusów) iż postawienie takiego wymogu jest zbędne i niezgodne z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów dnia 19.02.2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, gdyż niczego on nie potwierdza w świetle wymogów z art. 22 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający odpowiadając na zarzut i przedstawioną argumentację podał, że przepis ten dotyczy możliwości żądania dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Nie dotyczą one opisu przedmiotu zamówienia. Zaś wskazane przez odwołującego zarzuty co do określenia wieku pojazdów za pomocą których zamówienie ma zostać wykonane nie stanowi warunku udziału wykonawcy w postępowaniu. Warunkiem udziału w postępowaniu jest zgodnie z pkt V.I.c) dysponowanie odpowiednią ilością pojazdów.

Odwołujący podniósł także zarzut naruszenia przez zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia art. 7 ust 1 ustawy Pzp, podając i z tak dokonany opis stwarza warunki, w których wykonawcy niekoniecznie najlepiej przygotowani do realizacji zamówienia mogą to zamówienie uzyskać, zaś wykonawcy dysponujący odpowiednim dla realizacji zamówienia potencjałem sprzętowym i ludzkim, ze względu na nieuzasadnione bariery zawarte w przedmiotowej SIWZ zostaną pozbawieni możliwości ubiegania się o zamówienie.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej**, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ oraz po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i przystępującego złożonych na piśmie i do protokołu rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

**Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, chociaż tylko jeden z podniesionych zarzutów został uwzględniony.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w przypadku odwołań od treści postanowień SIWZ każdy z potencjalnych wykonawców ma interes w wnioskowaniu aby treść tych postanowień

umożliwiła mu złożenie konkurencyjnej oferty. Uniemożliwienie udziału w postępowaniu powoduje powstanie po stronie odwołującego szkody w postaci utraty spodziewanej korzyści - uzyskania zamówienia. Dlatego też zarzut zamawiającego jakoby odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp Izba uznaje za niezasadny.

Za niezbędne Izba uznaje wskazanie, że zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) jak i stanowiskiem doktryny w przypadku zarzutów podniesionych wobec treści postanowień SIWZ ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem formułowanych żądań co do jego nowej treści. To podmiot odwołujący formułując swoje żądania wskazując jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom i jednocześnie jest zgodne z przepisami ustawy Pzp. W przypadku odwołania od treści postanowień SIWZ żądania sformułowane przez odwołującego należy rozpatrywać łącznie z zarzutami oraz wskazanymi ich podstawami faktycznymi i prawnymi.

Przepisy ustawy Pzp nie dają uprawnienia wykonawcom czy organom orzekającym uprawnienia do narzucania zamawiającemu konkretnego określenia jego potrzeb poprzez narzucenie opisu przedmiotu zamówienia jak również zasad oceny spełniania postawionych w SIWZ warunków. Jednakże za niezasadne należałoby uznać przyznanie zamawiającemu prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań specyfikacji (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia konkurencji w stopniu ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego. Niewątpliwie jednak opis przedmiotu zamówienia wskazuje potrzeby zamawiającego i „jest zawsze decyzją własną zamawiającego”. To bowiem zamawiający decyduje o tym co ma być przedmiotem określonego zamówienia.

Dokonany opis wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia ma gwarantować uczciwą konkurencję co nie jest równoznaczne ze sformułowaniem wymagań w sposób pozwalający na spełnienie wymagań wygodnych wszystkim podmiotom działającym w danej branży. Zamawiający ma prawo do takiego sformułowania swych wymagań, by mógł wybrać ofertę najlepiej odpowiadającą jego, potrzebom. Sam fakt, że jednemu z dostawców łatwiej jest spełnić wymagania zamawiającego i łatwiej uzyskać wyższą ocenę oferty, niż innemu dostawcy nie może być traktowany jako ograniczanie konkurencji. Uzasadnione potrzeby zamawiającego stanowią niezdefiniowaną w ustawie Pzp kategorię, służącą ocenie stopnia dopuszczalności ograniczenia konkurencji wynikającego z opisu przedmiotu zamówienia.

Wskazać należy także iż właściwie każdy opis przedmiotu zamówienia niesie ze sobą ograniczenie konkurencji, pośrednio lub bezpośrednio preferując jednych wykonawców obecnych na rynku i dyskryminując innych. Nie ma i nie będzie nigdy konkurencyjności absolutnej – zawsze ograniczenie konkurencji w jakimś stopniu występuje, co wynika wprost chociażby z treści art. 22 ust 1 ustawy Pzp, „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki.”

Zamawiający w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego realizuje różnorakie cele i zadania publiczne, to on wydaje na ten cel środki publiczne i na nim spoczywa obowiązek racjonalnego i celowego ich wydatkowania. Dlatego też to zamawiający ma prawo do takiego opisu przedmiotu zamówienia aby w najbardziej korzystny sposób zamierzony cel zrealizować.

Natomiast jeśli chodzi o obowiązek dowodowy to zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Uwzględniając powyższe stwierdzić należy, iż to na odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia naruszenia zasad uczciwej konkurencji wyrażonej w ustawie, a konkretnie udowodnienia okoliczności faktycznych, które pozwolą takie naruszenie stwierdzić.

Zasad rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym nie zmienia brzmienie art. 29 ust. 2 Pzp stanowiący nie o naruszeniu konkurencji, ale o możliwości naruszenia takiej konkurencji. Przepis ten nie wymaga pełnego udowodnienia naruszenia konkurencji, ale wystarczające jest udowodnienie możliwości wystąpienia takiego naruszenia, a więc wskazania jakiegoś realnego stopnia prawdopodobieństwa jego wystąpienia. Powyższe znaczące osłabienie „celu dowodowego” nie oznacza jednak w ogóle braku obowiązku udowodnienia okoliczności, do których hipoteza przepisu referuje – powołane prawdopodobieństwo niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi więc być rzeczowe, realne i przede wszystkim wykazane.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowego odwołania stwierdzić należy, że odwołujący zasadnie argumentuje nie tylko pewne niedookreślenia w treści SIWZ, ale przede wszystkim wskazuje na takie sytuacje kiedy zasadnym byłoby inne ustalenie kryteriów oceny ofert. Oceniając podniesione zarzuty w świetle powyższych ustaleń wskazać należy, że odwołujący tylko w dwóch przypadkach wskazał w sposób precyzyjny swoje żądania co do oczekiwanej zmiany treści SIWZ. W pozostałych przypadkach wskazał co kwestionuje w treści postanowień SIWZ, ale w żaden sposób nie sformułował proponowanej nowej treści postanowień SIWZ. Izba nie może formułować za strony treści postanowień SIWZ, którą należałoby wprowadzić w miejsce treści dotychczasowej. To odwołujący w zarzutach odwołania kwestionuje dotychczasową treść specyfikacji i wskazuje w żądaniu nową treść SIWZ, która jego zdaniem w danym postępowaniu będzie tą która nie tylko umożliwi uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami, ale także zapewni wykonawcy wykonanie zamawianego przedmiotu zamówienia. Rolą Izby jest zbadanie i rozstrzygnięcie podniesionych zarzutów poprzez pryzmat zgłoszonych żądań odwołującego w tym zakresie.

Odnosząc się do zarzutu pierwszego dotyczącego zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i z użyciem sprzecznych i niezrozumiałych określeń iż z porównania załącznika nr 1 do Projektu umowy (Rozkład jazdy) z załącznikiem nr 2 (Dzienny zakres usług przewozowych) Izba uznała ten zarzut za zasadny, jednocześnie stwierdzając, że w tym stanie faktycznym, podniesione żądanie sformułowane zostało na tyle precyzyjnie, że umożliwiło jego uwzględnienie.

Niewątpliwym w sprawie jest fakt, że z porównania załącznika nr 1 do Projektu umowy (Rozkład jazdy) z załącznikiem nr 2 (Dzienny zakres usług przewozowych) wynika szereg rozbieżności, co do niezbędnej ilości autobusów w poszczególnych dniach tygodnia, zgodnie z podanym orientacyjnym rozkładem jazdy, który będzie obowiązywał o maja 2014 roku. Zamawiający takich rozbieżności nie widzi gdyż uznaje, że załączony do projektu umowy rozkład jazdy jest jeszcze nie obowiązujący i winien być traktowany jako materiał poglądowy.

Oceniając powyższą sytuację Izba uznała za zasadne stanowisko odwołującego, że dla prawidłowego przygotowania oferty niezbędne jest oparcie się na tym załączonym rozkładzie jazdy, gdyż w oparciu o niego wykonawca może dokonać odpowiedniego rozdysponowania autobusów zarówno co do typu autobusu, czasu ich wykorzystania na danej linii, odległości i czasu niezbędnego na przyjazd na przystanek początkowy i zjazd do bazy z przystanku końcowego. Ponadto nie można zaakceptować sytuacji, że zamawiający zamieszcza w dokumentacji przetargowej dokument, mający być również, podstawą kalkulacji kosztu wykonywania zamówienia, a na etapie rozpatrywania odwołania nadaje mu jedynie znaczenie informacyjne. Fakt, że finalny rozkład jazdy może się różnić od tego wskazanego w załączniku nr 1 do projektu umowy nie ma znaczenia dla etapu sporządzania ofert. Postawione warunki w oparciu o które nastąpi sporządzenie ofert przez wykonawców winny być jednoznaczne, gdyż tylko takie warunki umożliwiają sporządzenie i złożenie porównywalnych ofert tj. sporządzonych w oparciu o jasno i jednoznacznie postawione wymagania.

Dlatego też zamawiający winien nadać jednoznacznie ww. załącznikowi charakter dokumentu w postępowaniu w oparciu o który wykonawcy dokonają sporządzenia ofert, a także winien wyeliminować ewentualne sprzeczności pomiędzy przedmiotowymi załącznikami.

W zakresie zarzutu ozn. lit. b) Izba nie uwzględniła tego zarzutu w szczególności z powodu nie wykazania w jaki sposób miałyby nastąpić zmiany treści postanowień SIWZ w tym zakresie. Powyższe stanowisko należy również odnieść do zarzutu dotyczącego tej samej kwestii- wieku autobusów, wskazanych w zarzutach w pkt c) i d).

Wskazać należy jak wyżej podano iż zamawiający ma prawo do takiego sformułowania swych wymagań, by mógł wybrać ofertę najlepiej odpowiadającą jego, potrzebom. Zamawiający ma prawo do ustalenia dopuszczalnego wieku pojazdów które będą eksploatowane w trakcie wykonywania zamówienia. Jednakże przy ocenie tego warunku nie można pominąć faktu, że zamawiający mógł w sposób mniej radykalny ustalić sposób spełniania tego kryterium np. wprowadzając kryterium punktowe za wiek pojazdu, np. pojazd 10 letni otrzymuje 10 pkt, a młodszy jeden pkt więcej, a starszy jeden pkt mniej, itd., ograniczając również dopuszczalny maksymalny wiek pojazdu.

Trudno nie zauważyć w tej sprawie w szczególności jeśli chodzi o odwołującego, że ustalenie warunku granicznego wieku pojazdu na 10 lat powoduje automatyczną jego eliminację z postępowania, gdyż jak podał na rozprawie, aby złożyć ważną ofertę musiałby dokonać zakupu 50 szt. autobusów o wymaganej dacie produkcji. Trudno również pominąć częściowo zasadną argumentację odwołującego, że nie da się w sposób bezpośredni przełożyć roku produkcji autobusu na jego stan techniczny, gdyż niejednokrotnie autobus o większej ilości lat jest w lepszym stanie technicznym niż autobusy pochodzące z nowszej produkcji. Zamawiający nie wykazał dlaczego tylko autobus mający poniżej 10 lat od daty produkcji zapewnia komfort i bezpieczeństwo pasażerom.

Mając na uwadze powyższe wymagania w zestawieniu z zakresem wymogów dotyczących autobusów wskazanych w załączniku nr 7 do SIWZ gdzie postawiono wymóg, aby usługi przewozowe były wykonywane autobusami dopuszczonymi do ruchu zgodnie z prawem polskim oraz spełniającymi następujące warunki:

**1.1. Rok produkcji autobusów :**

*1.6.1. do 31 grudnia 2014 roku - dla 50% autobusów typu **B i C** jest dopuszczalny rok produkcji **2002**, pozostałe 50% autobusów typu **B i C** - nie starsze niż wyprodukowane w **2004r.***

*1.6.2 od 01 stycznia 2015 roku tabor przeznaczony do eksploatacji na liniach komunikacji miejskiej nie może być starszy niż **10 lat** - dotyczy taboru typu **B i C.***

*1.6.3 tabor typu **A** nie starszy niż (rok produkcji) z **1997** roku spełniające normę czystości spalin co najmniej **Euro 2**. W przypadku wprowadzenia do obsługi taboru typu **A** starszego niż wyprodukowane w 2004 roku, autobusy te będą poddawane przez Zamawiającego **corocznym** przeglądom dopuszczającym ten typ taboru do eksploatacji na podstawie odrębnego protokołu*

*1.6.4 na dzień rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych Wykonawca powinien posiadać co najmniej **10** autobusów o roku produkcji **2014** i spełniającym normy **Euro 6***

*1.6.5 w trakcie trwania umowy wiek autobusów **10 lat** od roku produkcji.*

stwierdzić należy, że wymagania zamawiającego nie są tak spójne jak to prezentował w odpowiedzi na odwołanie, zawierają sprzeczności mogące uniemożliwić wykonywanie

przedmiotu zamówienia. Zwrócić uwagę należy na fakt, że postanowienie pkt. 1.6.1 oraz 1.6.2, a także 1.6.3 dopuszczają czasowe odstępstwo od wymogu aby autobusy nie były starsze niż 10 lat. Jednakże w pkt 1.6.3 dotyczącym typu autobusu A, zamawiający postanowił, że *w przypadku wprowadzenie do obsługi linii autobusu starszego niż wyprodukowane w 2004 roku, autobusy te będą poddawane przez Zamawiającego corocznym przeglądom dopuszczającym ten typ taboru do eksploatacji na podstawie odrębnego protokołu.*

Tym samym można wywieść wniosek, że taki autobus mający właściwy stan techniczny nie będzie eliminowany z ruchu, lecz będzie mógł być użytkowany przez cały czas trwania umowy – 10 lat, a więc może się zdarzyć, że usługa będzie wykonywana przez autobusy mające nawet 20 lat.

Kolejną sprzecznością jest postanowienie pkt 1.6.5 powyższego załącznika, z którego wynika, że *„w trakcie trwania umowy wiek autobusów 10 lat od roku produkcji”*. Treść postanowień tego punktu nie zawiera żadnego odniesienia do postanowień go poprzedzających, co tym samym wskazuje, że postanowienia pkt 1.6.1 – 1.6.3, mogą nie mieć żadnego znaczenia, gdyż umowa wg postanowień SIWZ ma obowiązywać od 01 maja 2014 roku.

Zarzut odnośnie wymagania dot. części powierzchni otwieralnej okien autobusu, nie zostaje przez Izbę uwzględniony, gdyż wymóg postawiony jest jednoznacznie, a odwołujący nie wykazał iż tak sformułowane wymaganie faworyzuje jakiegось potencjalnego wykonawcę, czy producenta autobusów. Jednakże zasadnym jest zwrócenie uwagi na prezentowane stanowisko zamawiającego w tej kwestii, w odpowiedzi na odwołanie stwierdził iż *„Zamawiający podkreśla również, że mniejszy współczynnik okien, np. wspomniane przez Odwołującego się 69%, nie stanowiłyby podstawy do odrzucenia oferty w rozumieniu Zamawiającego, co zamawiający wyjaśniłby i poinformowałby potencjalnego wykonawcę, gdyby ten zgłosił zapytanie w trybie art. 38 pzp.”* Zamawiający winien rozważyć jaki jest sens stawiania w SIWZ wymagań w formie warunku granicznego, a następnie w odpowiedzi na odwołanie stwierdzać, że wymóg ten warunkiem ustalonym na takim poziomie już być nie musi.

Odnośnie zarzutu dotyczącego niezasadnego wymagania aby podłoga pojazdu nie posiadała stopni poprzecznych, a także wymagania aby pomiędzy nadkolami osi środkowej i tylnej była zapewniona szerokość co najmniej 550 mm, Izba uznaje w tym zakresie stanowisko zamawiającego za zasadne, nadto odwołujący nie sformułował żądania na czym miałyby polegać zmiana treści postanowień SIWZ.

W zakresie zarzutu c) dotyczącego żądania wprowadzenia do treści SIWZ pkt 5.1 c) nowego wymagania dotyczącego skonkretyzowania wymagań wobec wykonawców w zakresie konieczności wykazania, że dysponują z imienia i nazwiska min. 10 osobami –

kierowcami posiadającymi uprawnienia do kierowania autobusami, Izba zarzut ten oddala jako niezasadny.

Na etapie składania oferty istotne jest jedynie wykazanie potencjalnej możliwości zaangażowania odpowiedniej kadry, nie zaś udowodnienie okoliczności podjęcia się uczestniczenia w realizacji umowy przez konkretne osoby. Nie podlega ocenie zamawiającego okoliczność, na jakiej podstawie wykonawcą tą osobą dysponuje. Wykaz osób, o którym mowa w Rozporządzeniu, służy zaprezentowaniu przez potencjalnych wykonawców posiadanych zasobów kadrowych potrzebnych do realizacji zamówienia. Należy jednocześnie podkreślić, iż nie wymaga się, aby w rzeczywistości - w razie zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego - osoby te uczestniczyły następnie w realizacji zamówienia.

W trakcie realizacji zadania skład osób faktycznie zaangażowanych przez wykonawcę może się zmieniać (zwłaszcza przy zamówieniach długoterminowych). W jednym z orzeczeń KIO stwierdziła, że „nie ma znaczenia podstawa dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, co oznacza iż zamawiający w świetle przepisów Ustawy i Rozporządzenia nie ma podstawy do zawężania i ograniczania form dysponowania osobami zdolnymi do wykonania przedmiotowego zamówienia (wyrok KIO z dnia 24 września 2010 r., KIO/UZP 1947/10).

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia oraz opisie zasad dokonywania oceny ich spełniania postawionych warunków przepisu art. 7 ust. 1 dotyczącego naruszenia zasady uczciwej konkurencji zdaniem Izby zasadne jest wskazanie zamawiającemu, że szereg sformułowań treści postanowień SIWZ objętych przedmiotowym odwołaniem może budzić zastrzeżenia co do jednoznaczności dokonanego opisu.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów, nie miało miejsca w niniejszym postępowaniu

Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a i 2 ppkt.b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 .....