

WYROK

z dnia 15 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 maja 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 30 kwietnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Usługi Transportowe K. P., Biechów**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usług w zakresie publicznego transportu drogowego na liniach komunikacji miejskiej nr 0, 1, 2, 3, 5, 6, 9, 11, 12, 14, 24, 30, 31, 33, 41, 44, 46, 48, 206, 208, 210, 213, 222, 224, 227, 229, 239 oraz N w Tarnowie* (nr postępowania TOK-271/6/2015)

prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Dróg i Komunikacji w Tarnowie**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołania i nakazuje zamawiającemu – Zarządowi Dróg i Komunikacji w Tarnowie dokonania zmian treści ogłoszenia lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia obejmujących:**
 - 1.1. zmianę daty początkowej terminu wykonania zamówienia na 1 września 2015 r.,**
 - 1.2. wprowadzenie terminu oględzin autobusów przypadającego nie wcześniej niż 7 dni przed rozpoczęciem realizacji zamówienia oraz procedury przewidującej wezwanie wykonawcy do usunięcia stwierdzonych podczas oględzin usterek i ostateczne oględziny w terminie przypadającym nie wcześniej niż 3 dni przed rozpoczęciem realizacji zamówienia,**
 - 1.3. rezygnację z kary umownej albo odstąpienia od umowy na wypadek negatywnego wyniku oględzin.**
- 2. Oddala odwołanie w zakresie pozostałych podtrzymanych zarzutów.**
- 3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – Zarząd Dróg i Komunikacji**

w Tarnowie i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwoływającego – Usługi Transportowe K. P. z Biechowa** tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2. zasądza od **zamawiającego – Zarządu Dróg i Komunikacji w Tarnowie** na rzecz **odwoływającego – Usług Transportowych K. P. z Biechowa** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. 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 **Tarnowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Zarząd Dróg i Komunikacji w Tarnowie {poprzednio działający pod nazwą Tarnowski Organizator Komunalny} prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; dalej zwana również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usług w zakresie publicznego transportu drogowego na liniach komunikacji miejskiej nr 0, 1, 2, 3, 5, 6, 9, 11, 12, 14, 24, 30, 31, 33, 41, 44, 46, 48, 206, 208, 210, 213, 222, 224, 227, 229, 239 oraz N w Tarnowie* (nr postępowania TOK-271/6/2015).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 22 kwietnia 2015 r. pod nr 2015/S_078-138398, z tym że 17 kwietnia 2015 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a także zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (<http://tok.tarnow.pl/bip/tok>), na której udostępnił od 22 kwietnia 2015 r. specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

30 kwietnia 2015 r. Odwołujący – Usługi Transportowe K. P. z Biechowa wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej odwołanie (zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu) wobec postanowień specyfikacji oraz treści ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że w następującym zakresie postanowienia specyfikacji naruszają przepisy ustawy pzp {ewentualnie w zw. z przepisami Kodeksu cywilnego, dalej również: „kc”}:

1. Postanowienia dotyczące terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia w zestawieniu z terminem składania ofert i wymaganiami przedmiotowymi co do wyposażenia autobusów – art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 pzp.
2. Postanowienia dotyczące opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymagania dotyczącego systemu łączności z pojazdem – art. 29 ust. 1 pzp.
3. Postanowienia projektu umowy umożliwiające Zamawiającemu domaganie się zmian w przedmiocie zamówienia – art. 353¹ i art. 5 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1, a także art. 140 ust. 1 pzp.
4. Postanowienia projektu umowy, które przewidują warunki odstąpienia od umowy – art.

353¹ i art. 5 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 pzp, względnie art. 29 ust. 1 pzp.

5. Postanowienia projektu umowy, które określają czas zapewnienia autobusu zastępczego określony na 20 minut – art. 353¹ i art. 5 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 pzp.
6. Postanowienia projektu umowy, które formułują zapisy o karach umownych – art. 29 ust. 1 pzp {zarzut 6 a)}. Postanowienia projektu umowy, które formułują zapisy o karach umownych i warunki uwolnienia się od odpowiedzialności wykonawcy z tego tytułu – art. 353¹ i art. 5 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 pzp {zarzut 6 b)}.
7. Postanowienia projektu umowy, które nie przewidują warunków rozwiązania umowy przez wykonawcę w przypadku naruszenia zobowiązania do zapłaty wynagrodzenia przez Zamawiającego – art. 353¹ i art. 5 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian ogłoszenia o zamówieniu lub specyfikacji:

1. Zmiany terminu rozpoczęcia świadczenia usług co najmniej na dzień 1 września 2015 r. i odpowiednio terminu zakończenia na dzień 30 sierpnia 2016 r.
2. Doprecyzowania, że system łączności należy rozumieć jako wyposażenie w łączność telefoniczną albo wskazania, że Zamawiający wymaga innego systemu, wraz z opisem elementów tego systemu, które pozwolą na określenie kosztów niezbędnych do poniesienia na ich pozyskanie lub przygotowanie przez wykonawcę.
3. Zawężenia możliwości dokonywania zmian taboru wyłącznie do przesunięć w ramach pojazdów zgłoszonych do realizacji zamówienia przez wykonawcę.
4. Rezygnacji z uprawnienia do odstąpienia od umowy przewidzianego w § 6 ust. 4 projektu umowy albo szczegółowego opisanie procedury oględzin i negatywnych skutków dla wykonawcy adekwatnie dla skali naruszenia wymagań technicznych ujawnionych w trakcie oględzin, w pierwszej kolejności przez umożliwienie wykonawcy usunięcia dostrzeżonych usterek czy braku spełnienia wymagań, a także przez określenie terminu oględzin nie wcześniejszego niż na 3 dni przed rozpoczęciem realizacji zamówienia.
5. Określenia, że wykonawca jest zobowiązany do wyjechania autobusem zastępczym z bazy w terminie do 20 minut od momentu awarii pojazdu znajdującego się na linii komunikacyjnej.
6. Określenia, że kary umowne będą naliczane od ceny netto wozokilometra {do zarzutu nr 6 a)}. Usunięcia postanowienia § 6 ust. 4 oraz istotnego zmniejszenia kary umownej przewidzianej w § 11 ust. 1 lit. w do 1000 wozokilometrów. Ponadto określenia, że termin 5 dni, o którym mowa w § 11 ust. 3 rozpoczyna swój bieg od daty powiadomienia wykonawcy przez Zamawiającego o naliczeniu kary umownej {do zarzutu nr 6 b)}.

7. Wprowadzenia postanowienia w następującym brzmieniu: *Wykonawca jest uprawniony do rozwiązania niniejszej Umowy, ze skutkiem na dzień doręczenia oświadczenia o rozwiązaniu, w przypadku zalegania przez Zamawiającego z płatnością wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy, jeśli opóźnienie to przekracza 14 dni, przy czym Wykonawca jest zobowiązany do uprzedniego wezwania Zamawiającego do zapłaty i wyznaczenia dodatkowego 14 dniowego terminu na uregulowanie zaległości.*

Po zapoznaniu się z treścią odpowiedzi na odwołanie Odwołujący wycofał zarzuty wymienione powyżej w pkt 2, 3, 6 a) i 7.

Ponadto Odwołujący dodatkowo sprecyzował powyższe zarzuty przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania {poniżej pominięto uzasadnienie dotyczące zarzutów, które ostatecznie zostały wycofane}.

{ad zarzutu nr 1}

Odwołujący podał, że zgodnie z częścią 4 przedmiot zamówienia ma być realizowany w okresie od 1 lipca 2015 r. do 30 czerwca 2016 r. Zaś termin składania ofert ustalono na 29 maja 2015 r.

W pierwszej kolejności Odwołujący podniósł, że ustalając tak krótki okres pomiędzy złożeniem ofert a rozpoczęciem realizacji zadania (33 dni), Zamawiający nie przewidział zdarzeń, które mogą wydłużyć postępowanie jak (np. wzywanie do uzupełnienia ofert, składanie odwołań) i może okazać się, że do 1 lipca 2015 r. nie dojdzie do prawomocnego rozstrzygnięcia przetargu.

Przede wszystkim Odwołujący zarzucił, że ustalenie tak krótkiego terminu na przygotowanie się oferenta do realizacji zamówienia preferuje dotychczasowego wykonawcę zamówienia – Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne spółkę z o.o. w Tarnowie (w której 100% udziałów posiada Miasto Tarnów, którego jednostką budżetową jest Zamawiający), które nie będzie potrzebowało zbyt wiele czasu na zorganizowanie działalności przewozowej oraz na wypełnienie precyzyjnych wymagań Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego taki wniosek poparty jest również analizą kolejnych postanowień SIWZ, zawartych w części 6 {Odwołujący dodał, że wymagania te zostały powtórzone w § 6 projektu umowy – załączniku nr 11 do SIWZ, a nadto wzmiankowane w części III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu}, w których Zamawiający przewidział wymagania przedmiotowe dla oferowanych pojazdów, w tym:

– pkt 1 lit. c do f – kasowniki spełniające wymagania określone w załączniku nr 2 do SIWZ;

- pkt 2 – wyposażenie autobusu w autokomputer spełniający szczegółowe wymagania określone w załączniku nr 3 do SIWZ;
- pkt 3 – system informowania o rzeczywistych odjazdach z przystanków;
- pkt 4 – zapewnienie Zamawiającemu ciągłego dostępu do bazy danych posiadanego *systemu zarządzającego informacją w zakresie niezbędnym do przekazywania informacji o rzeczywistym czasie odjazdów pojazdów do elektronicznych tablic informacyjnych na przystankach. Udostępnione bazy danych muszą być kompatybilne z posiadanym przez zamawiającego oprogramowaniem do tworzenia rozkładu jazdy (System MUNICOM – Rozkład Jazdy MRJ-H-) aby zapewnić zamawiającemu stały bieżący monitoring punktualności każdego z pojazdów*
- pkt 5 – zapewnienie Zamawiającemu ciągłego dostępu do baz danych o transakcjach rejestrowanych przez kasowniki dwufunkcyjne w sposób gwarantujący kompatybilność z wdrożonym u zamawiającego systemem Tarnowskiej Karty Miejskiej.

Odwołujący podniósł, że zarówno postawienie wymagań dotyczących kasowników, jak i autokomputera, które z uwagi na poziom wymagań są urządzeniami niestandardowymi, dla każdego z wykonawców (poza wykonawcą aktualnie wykonującym obsługę przewozów), będzie oznaczał konieczność pozyskania urządzeń i przeprowadzenia prac dostosowawczych, w celu wypełnienia wymagań Zamawiającego oraz zapewnienia kompatybilności z posiadanym przez Zamawiającego systemem informatycznym. Zwłaszcza wymagania dotyczące współpracy z Tarnowską Kartą Miejską, zawierające szczegółowe techniczne parametry jakie muszą spełnić kasowniki (pkt 2 załącznika nr 2 do SIWZ), powodują konieczność pozyskania dedykowanych urządzeń, odpowiedniego oprogramowania i jego dostosowania.

Odwołujący dodał, że ponieważ Zamawiający ma tak szczegółowo określone wymagania, aby zminimalizować czas przygotowania odpowiedniego oprogramowania, wykonawca musi je zamówić u tego producenta, który wyposażył Zamawiającego w system informatyczny, z którym kompatybilne mają być kasowniki i autokomputer, gdyż inny producent potrzebowałby dodatkowego czasu na przygotowanie swojego systemu informatycznego.

Odwołujący stwierdził, że z uwagi na dużą liczbę urządzeń, nawet gdyby zamówienie wpłynęło w dacie złożenia oferty, nie udałoby się zrealizować takiego zamówienia przez producenta urządzeń do dnia 1 lipca 2015 r. Odwołujący dodał, że opiera się na wstępnym oświadczeniu przedstawicieli tego producenta, do których zwrócił się o pisemne potwierdzenie tej okoliczności.

Odwołujący zarzucił ponadto, że przez brak szczegółowego opisu technicznego posiadanego oprogramowania, Zamawiający uniemożliwił skorzystanie przez wykonawcę

z innego producenta oprogramowania. Tytułem przykładu wskazał na pkt 3 i 4 załącznika nr 3 do SIWZ, w którym wymaga się aby autokomputer przysyłał do serwera systemu centralnego wykonawcy dane o transakcjach, a także aby pobierał z tego serwera określone dane, podczas gdy nie przedstawiono żadnych informacji co do formatu danych, struktury plików z danymi itp., które to informacje umożliwiłyby opracowanie odpowiedniego oprogramowania przez innego producenta.

Odwołujący stwierdził ponadto, że przygotowanie systemu informowania o rzeczywistych odjazdach z przystanków wymaga wprowadzenia dużej ilości danych do systemu i poświęcenia na to co najmniej 2 miesięcy pracy.

Odwołujący podsumował, że takie ukształtowanie szczegółowych wymagań przedmiotowych w zestawieniu z czasem, jaki zamawiający przewidział pomiędzy rozstrzygnięciem przetargu a rozpoczęciem wykonywania zamówienia, nie pozwala na udział w postępowaniu podmiotów innych niż MPK Tarnowie, co narusza art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp. Odwołujący podkreślił, że naruszeniem nie jest określenie wymagań technicznych, lecz ustalenie zbyt krótkiego czasu na przygotowanie wykonawcy do rozpoczęcia świadczenia usług.

Zdaniem Odwołującego potwierdzenie taką ocenę potwierdza dotychczasowe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z 24 lipca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 707/08) Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że *wskazanie na etapie postępowania przetargowego, konkretnej daty rozpoczęcia usługi nie daje pewności, że przed tym terminem zostanie dokonany wybór oferty i zawarta umowa z wykonawcą zamówienia, umożliwiającą rozpoczęcie usługi w wymienionej dacie*. Podobne stanowisko zaprezentowano w wyroku z 25 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1123/10), w którym uznano, że *przewidzenie zbyt krótkiego, a w dodatku nieokreślonego okresu przeznaczonego na przygotowanie wykonawcy do rozpoczęcia spełniania świadczenia, gdy konieczne jest dosyć skomplikowane przygotowanie wykonawcy do spełniania świadczenia, nie może być uznane jako właściwe stosowanie art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych*. Podobnie w wyrokach w sprawie o sygn. akt KIO 1756/10 czy sprawie o sygn. akt KIO 1246/10 Izba uznała, że wskazanie konkretnej daty rozpoczęcia realizacji zamówienia jest niezgodne z obowiązującym stanem prawnym. Z kolei w wyroku z 11 grudnia 2013 r. (sygn. akt KIO 2708/13) uznano, że: *Termin rozpoczęcia świadczenia usług powinien być tak wyznaczony, aby dawał możliwość wywiązania się ze zobowiązania zarówno podmiotowi, który dotychczas świadczył usługi na rzecz zamawiającego i posiada infrastrukturę sieciową, jak i tym wykonawcom, którzy w celu realizacji umowy muszą nabyć lub wypożyczyć niezbędny sprzęt*.

{ad zarzutu nr 4}

Odwołujący podał, że w § 6 ust. 1 projektu umowy {załącznik nr 11 do SIWZ} zawarto wymagania techniczne dla autobusów, którymi świadczona będzie usługa. W § 6 ust. 3 Zamawiający zobowiązał wykonawcę do przedstawienia autobusów do oględzin przeprowadzanych przez Zamawiającego w celu zweryfikowania spełnienia wymagań technicznych przez autobusy. W zakresie terminu oględzin wskazano jedynie, że będą one dokonane przed dniem rozpoczęcia świadczenia usług.

Odwołujący stwierdził, że w § 6 ust. 4 projektu umowy Zamawiający dokonał następującej próby określenia konsekwencji niewypełnienia zapisów ust. 3: *Niedotrzymanie warunków przedstawionych w § 6 ust. 3 spowoduje odstąpienie Zamawiającego od niniejszej umowy oraz skutki określone w § 11 ust. 1 lit. w.*

W pierwszej kolejności Odwołujący zarzucił, że § 6 ust. 4 jest nieprecyzyjny, a ponieważ przewiduje najdotkliwszą sankcję dla wykonawcy, powinien w sposób jasny opisywać przesłanki umożliwiające jego zastosowanie. Według Odwołującego nie wiadomo, czy przesłanką odstąpienia od umowy jest wyłącznie brak przedstawienia autobusów do oględzin, o których mowa w § 6 ust. 3, czy też brak spełnienia przez autobusy warunków technicznych przewidzianych w § 6 ust. 1, 2 i 17. Według Odwołującego jeżeli uznać, że chodzi o to drugie, powstaje dalsza wątpliwość, czy za brak spełnienia warunków technicznych uznać np. brak zainstalowania jakiegoś urządzenia, np. kasownika, czy też brak jego prawidłowego działania. Odwołujący zarzucił, że to ostatnie należałoby uznać za zbyt restrykcyjne w stosunku do wagi możliwych naruszeń, np. usterek w autobusie, które mogłyby zostać usunięte do dnia rozpoczęcia świadczenia usług.

Odwołujący zarzucił w konsekwencji, że przez to § 6 ust. 4 narusza równowagę kontraktową stron, gdyż przewiduje zbyt duży zakres uprawnień dla jednej strony stosunku prawnego, a nadto regulacja ta sprzeciwia się naturze stosunku zobowiązaniowego i zasadom współżycia społecznego.

Odwołujący wywiódł, że do naruszonych zasad współżycia społecznego można zaliczyć zasadę przewidującą konieczność zachowania partnerskich relacji w stosunkach gospodarczych, przy dopuszczeniu pewnych nierówności w pozycji stron, lecz niewykraczających ponad to, co wynika z reprezentowania przez Zamawiającego interesu publicznego wyrażającego się koniecznością dyscyplinowania wykonawcy zamówienia publicznego.

Zdaniem Odwołującego uprawnienie wynikające z § 6 ust. 4 nie jest przejawem dbałości o interes publiczny, gdyż może to zostać zapewnione innymi środkami, a raczej zapewnieniem sobie możliwości wycofania się z zawartej umowy, jeśli kontrahentem nie byłby wykonawca preferowany przez Zamawiającego.

Niezależnie od powyższego Odwołujący zarzucił, że w razie pozostawienia kompetencji Zamawiającego do odstąpienia od umowy na mocy § 6 ust. 4, aktualna treść tego postanowienia co najmniej narusza art. 29 ust. 1 pzp, gdyż przez brak wyczerpującego i jednoznacznego opisanie podstaw odstąpienia od umowy, nie pozwala wykonawcy oszacować ryzyka kontraktowego, na jakie będzie narażony zawierając umowę, co oznacza, że postanowienia SIWZ nie zawierają opisu wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Kolejnym zarzutem Odwołującego w stosunku do § 6 ust. 4 jest brak prawidłowego określenia terminu dokonania oględzin, gdyż może to nastąpić zarówno na jeden dzień, jak i na dwa tygodnie przed rozpoczęciem świadczenia usług. Zamawiający pozostawił sobie swobodę, stawiając wykonawcę na nierównej pozycji, gdyż również odmowa przedwczesnych oględzin może powodować odstąpienie od umowy przez zamawiającego. Zdaniem Odwołującego wykonawca powinien mieć możliwość przygotowania odpowiedniego taboru dopiero na dzień realizacji usług, gdyż nie ma podstaw, aby Zamawiający, który już zweryfikował potencjał techniczny oferenta i zawarł z nim umowę, po raz kolejny sprawdzał, czy wykonawca dysponuje taborem spełniającym wymagania.

Odwołujący stwierdził że o ile można byłoby uznać kompetencje Zamawiającego do weryfikacji taboru autobusowego, o tyle termin oględzin powinien być możliwie bliski dacie rozpoczęcia świadczenia usług – zdaniem odwołującego nie wcześniej niż 3 dni przed rozpoczęciem wykonywania zamówienia.

Odwołujący dodał, że brak sprecyzowania terminu oględzin stanowi utrudnienie przy kalkulacji oferty, gdyż wykonawca nie wie dokładnie jaki termin powinien narzucić swoim dostawcom, co ma wpływ na oczekiwane przez nich wynagrodzenie (im krótszy tym wyższa cena usługi). Jak powyżej Odwołujący upatruje w tym naruszenie art. 29 ust. 1 pzp przez brak wyczerpującego określenia okoliczności, które mogą wpływać na sporządzenie oferty.

{ad zarzutu nr 5}

Odwołujący podał, że w § 6 ust. 8 projektu umowy zawarto zobowiązanie wykonawcy w przypadku awarii na linii do podstawienia autobusu zastępczego w czasie 20 minut.

Zdaniem Odwołującego jest to czas, który w określonych przypadkach nie będzie mógł zostać dotrzymany, chociażby z uwagi na odległość miejsca awarii od bazy wykonawcy, warunki drogowe, pogodowe itp.

Odwołujący zarzucił, że jest to nadmiernie wygórowane wymagania, nieuzasadnione naturą i przedmiotem stosunku zobowiązaniowego.

{ad zarzutu nr 6 b)}

Odwołujący zarzucił, że niektóre z przewidzianych kar umownych są nieprecyzyjnie opisane, a nadto rażąco wygórowane.

Odwołujący podał, że w § 11 ust. 1 lit. w określono karę za niedotrzymanie warunków określonych w § 6 ust. 3 w wysokości równowartości ceny 30 000 wozokilometrów. Odwołujący powołał się na okoliczności wskazane przy pierwszym zarzucie, stwierdzając, że przy tak nieprecyzyjnym zapisie obowiązek zapłaty kilkudziesięciu tysięcy złotych należy uznać za nadmierne uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego względem wykonawcy. Ponadto zarzucił, że Zamawiający określił dwie różne konsekwencje prawne tego samego uchybienia, raz dając sobie prawo do odstąpienia od umowy, na mocy § 6 ust 4 umowy, a raz do naliczenia kary umownej na mocy §11 ust. 1 lit w.

Odwołujący zrelacjonował, że w § 11 ust. 2 Zamawiający przewidział sytuacje, które mogą stanowić podstawę do uwolnienia się przez wykonawcę z obowiązku zapłaty kar umownych, przy czym Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał mu w ciągu 5 dni od zaistnienia takiej okoliczności fakt jej wystąpienia, z podaniem okoliczności i informacji dotyczących kursu. Jednocześnie jako okres rozliczeniowy dla stosowania kar przyjęto do 15 dnia miesiąca następującego po miesiącu, w którym wystąpiło zdarzenie.

Odwołujący zarzucił, że jest to kolejny przykład zaburzenia równowagi kontraktowej stron, gdyż Zamawiający daje sobie aż połowę kolejnego miesiąca na naliczenie kar, a od wykonawcy wymaga, aby już w ciągu 5 dni od danego zdarzenia dokładnie je Zamawiającemu udokumentował, nie wiedząc jeszcze wówczas, czy Zamawiający oceni dany przypadek jako nadający się na naliczenie kary umownej. Zdaniem Odwołującego Zamawiający ma możliwość samodzielnego dostrzeżenia, czy w danym dniu była śnieżyca, powódź, klęska żywiołowa lub inne gwałtowne zdarzenia atmosferyczne.

13 maja 2015 r. Zamawiający wniósł do Izby odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie {poniżej pominięto stanowisko dotyczące wyłącznie zarzutów, które ostatecznie zostały wycofane}.

{stanowisko odnośnie zarzutu nr 1 }

Zamawiający stwierdził, że nie naruszył art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 pzp, gdyż ustalony termin realizacji zamówienia dotyczy każdego wykonawcy, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą. Zamawiający dodał, że data rozpoczęcia nie została również przyjęta przez niego w sposób dowolny, ale wynika z konieczności zapewnienia ciągłości usług, a poprzednio zawarta umowa obowiązuje do 30 czerwca 2015 r.

Zamawiający powołał się na to, że Gmina Miasta Tarnowa występując w roli organizatora publicznego transportu zbiorowego w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 9 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym od wejścia w życie tej ustawy, czyli od 1 marca 2011 r., nie musi wybierać przewoźnika (operatora) w trybie zamówień publicznych i ma możliwość zawrzeć umowę na świadczenie usług bezpośrednio z podmiotem wewnętrznym w rozumieniu rozporządzenia (WE) nr 1370/2007, powołanym do świadczenia usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego (art. 19 ust. 1 i art. 22 tej ustawy), a takim jest MPK sp. z o.o.

Zamawiający powołał się na to, że dla zwiększenia konkurencyjności zamówienie podzielono na dwie części, aby umożliwić start większej liczbie wykonawców, w tym wykonawcom, dla których pełny zakres byłby zbyt duży.

Zdaniem Zamawiającego orzeczenia Izby zostały przywołane w odwołaniu w wyrwanych z kontekstu fragmentach, a ponadto są nieadekwatne ze względu na odmienność stanów faktycznych związanych ze świadczeniem innego typu usług (telekomunikacyjnych). Ponadto wyrok z 11 grudnia 2013 r. (sygn. akt KIO 2708) dotyczył sytuacji, gdzie zamawiający w ogóle nie określił terminu, w którym wykonawca zobowiązany będzie rozpocząć świadczenie usług. Z kolei w sprawie rozstrzygniętej wyrokiem z 25 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 1123/10) zamawiający, pomimo unieważnienia jednego postępowania i wszczęcia kolejnego, nie zmienił pierwotnego terminu rozpoczęcia świadczenia usługi. W sprawie zakończonej wyrokiem z 24 lipca 2008 r. (sygn. akt KIO 707/08) wykonawca domagał się wprowadzenia terminu rozpoczęcia świadczenia usługi odsuniętego kilka tygodni od podpisania umowy, co było uzasadnione czasem potrzebnym na zawarcie umowy dzierżawy łączu ATM z operatorem sieci, czemu zamawiający nie zaprzeczył.

Ponadto Zamawiający zwrócił uwagę, że w przypadku usług transportowych ze względu na wymogi art. 23 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym wykonawcy są z dużym wyprzedzeniem informowani o zamiarze przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający wskazał, że już 4 marca 2014 w Biuletynie Informacji Publicznej zamieszczono ogłoszenie Nr 2/2014 Dyrektora TOK informujące o zamiarze przeprowadzenia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, które zamieszczono także na stronie internetowej zamawiającego. Zdaniem Zamawiającego informacja ta pozwalała wykonawcom na przygotowanie się do rozpoczęcia świadczenia usług z bardzo dużym wyprzedzeniem. Tym bardziej, że Zamawiający organizując kolejne przetargi na usługi przewozowe nie zmieniał wymogów i wymagania sprzętowe były takie same w poprzednio prowadzonych postępowaniach: 1. Nr TOK-271/14/2013 – na świadczenie usług w okresie od 1 stycznia 2014 do 30 czerwca 2015 r. (na 25 linii) 2. Nr

TOK 271/20/2014 – na świadczenie usług w okresie od 1 kwietnia 2015 do 30 czerwca 2015 r. (na linii nr 11) 3. Nr TOK-271/15/2014 – na świadczenie usług w okresie od 1 stycznia 2015 do 30 czerwca 2015 r. (na linii nr 12).

Zdaniem Zamawiającego twierdzenia Odwołującego o długotrwałości procesu dostaw urządzeń i ich przystosowywania do potrzeb Zamawiającego nie są poparte żadnymi dowodami. Z informacji jakie pozyskał Zamawiający od jednego z dostawców urządzeń i oprogramowania wynika, że dostawę i montaż urządzeń może rozpocząć po 14 dniach roboczych od złożenia zamówienia, a zatem spełnienie tych wymagań w terminie jest możliwe.

Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem o niestandardowości autokomputerów oraz kasowników w pojazdach ze względu na poziom wymagań i konieczność dostawiania do współpracy z Tarnowska Kartą Miejską. Zamawiający podniósł, że wiele miast w Polsce wdrożyło systemy kart miejskich opartych na wykorzystaniu przez podróżnych elektronicznych kart bezstykowych, takich jak karty stosowane w Systemie Tarnowskiej Karty Miejskiej, a pojazdy są wyposażone są w autokomputery sterujące pracą kasowników, które współpracują z elektronicznymi kartami bezstykowymi (Warszawa, Olsztyn, Białystok, Biała Podlaska, Głogów, Radom, Jaworzno, Zielona Góra, Siedlce, Piotrków Trybunalski, Elbląg, Kielce, Częstochowa, Lublin). Przy czym większość z tych miast (ponad 64%) posiada kasowniki dwufunkcyjne tzn. obsługujące elektroniczne karty bezstykowe oraz dodatkowo bilety papierowe. Pozostałe miasta posiadają kasowniki współpracujące tylko z elektronicznymi kartami bezstykowymi (miasta nieposiadające w ofercie biletów papierowych) lub dodatkowo w pojazdach umieszcza jeszcze inne urządzenia, które dokonują kasowania biletów papierowych. Zamawiający wyjaśnił, że ponieważ stosowanie podwójnej liczby urządzeń do kasowania zwiększa koszty eksploatacji tych urządzeń (obsługa, konserwacja, naprawy), stąd – mając w taryfie przewozowej bilety papierowe oprócz elektronicznych kodowanych na Tarnowskiej Karcie Miejskiej – zdecydował o wyposażeniu pojazdów w kasowniki dwufunkcyjne. Zamawiający podsumował, że autokomputery i kasowniki są urządzeniami stosowanymi powszechnie w komunikacji miejskiej.

Według Zamawiającego podoba sytuacja występuje w odniesieniu systemu informowania o rzeczywistych odjazdach pojazdów z przystanków. Miasta w Polsce sukcesywnie udostępniają swoim klientom informacje o rzeczywistych odjazdach pojazdów komunikacji miejskiej. Informacja ta może być udostępniana podróżnym poprzez strony internetowe, poprzez urządzenia mobilne (tablet, smartfon) a także na przystankach na tablicach elektronicznych (odnośnie tego ostatniego wariantu Zamawiający podał jako przykładowe miasta: Lublin, Wrocław, Radom, Poznań, Szczecin, Opole, Katowice, Kraków,

Jastrzębie, Zielona Góra, Rzeszów, Olsztyn, Rybnik, Bydgoszcz, Mielec, Gdańsk, Radom).

Zamawiający dodał, że wymaga, aby system informatyczny wykonawcy umożliwił podróżnym informację o odjazdach rzeczywistych dostępną na stronie internetowej oraz na urządzeniach mobilnych typu tablet, smartfon. Dodatkowo dla Zamawiającego, w celu sprawnego analizowania punktualności oraz udzielania podróżnym informacji o odjazdach, informacja ta ma być poszerzona o dane dotyczące numeru bocznego pojazdu oraz numer kursówki. Z kolei planując montaż na przystankach tablic elektronicznych, Zamawiający zastrzegł sobie prawo ciągłego dostępu do baz danych systemu wykonawcy zarządzającego informacją w zakresie niezbędnym do przekazywania informacji o rzeczywistym czasie odjazdów pojazdów do elektronicznych tablic informacyjnych na przystankach. Zamawiający podsumował, że precyzując powyższe wymagania nawiązuje do powszechnie obowiązujących standardów w komunikacji miejskiej, w czym nie należy upatrywać szczególnych utrudnień niemożliwych do spełnienia przez Odwołującego, lecz realizację wymogów nałożonych w art. 25 ust. 3 pkt 5 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym, zgodnie z którym w umowie należy określać w stosunku do środków transportu wymagania dotyczące wprowadzania nowoczesnych rozwiązań technicznych.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie zauważa, że sugerując zmianę terminu rozpoczęcia świadczenia usług na 1 września 2015 r. proponuje rozwiązanie, które zmusi zamawiającego do zlecenia usług w okresie od 1 lipca 2015 do 1 września 2015 z wolnej ręki a więc w trybie, który trudno uznać za sprzyjający konkurencji.

{uwagi wstępne dotyczące zarzutów nr 3 - 7}

Według Zamawiającego już sama konstrukcja zarzutów sięgających po klauzule generalne zawarte w art. 5 oraz art. 353¹ kc wskazuje na to, że Odwołujący nie jest w stanie wykazać, że Zamawiający naruszył jakiś konkretny przepis prawa cywilnego. Zamawiający powołał się na to, że w wielu orzeczeniach sądów zwracano uwagę, że przez odwoływanie się do klauzuli generalnej przewidzianej w art. 5 kc nie można podważać pośrednio mocy obowiązującej przepisów prawa, gdyż taka praktyka mogłaby prowadzić do naruszenia zasady praworządności w demokratycznym państwie prawnym, a w życiu gospodarczym do podważenia pewności obrotu, która w gospodarce rynkowej ma szczególne znaczenie. Ponadto norma art. 5 kc ma charakter wyjątkowy i można ją stosować w sytuacji, gdy w innej drodze nie można zabezpieczyć interesu osoby zagrożonej wykonaniem prawa podmiotowego drugiej osoby.

Zamawiający dodał, że ustawa pzp modyfikuje zasadę równości stron i zamawiający z założenia ma możliwość ukształtowania przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób odpowiadający jego potrzebom. W piśmiennictwie zwraca się uwagę

na to, że odbywa się to w sposób podobny do tego w jaki kształtuje się treść umów adhezyjnych {w tym miejscu, a także jako źródło dalszych cytatów wskazano na: *M. Sieradzka, Zakres kontraktowej swobody stron stosunku prawnego nawiązanego wskutek udzielania zamówienia publicznego, PUG 10/2013*}. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 pzp to zamawiający, a nie wykonawca decyduje o kształcie wzoru umowy i w tym zakresie swoboda umów (art. 353¹ kc) podlega pewnemu ograniczeniu.

Ponadto według Zamawiającego wykonawcy, mimo z założenia nierównej pozycji wobec zamawiającego, mają jednak możliwość wpływać na SIWZ i tym samym zakres swych zobowiązań, bo mogą korzystać z instytucji zapytań do treści SIWZ (art. 38 pzp). Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie skorzystał z możliwości zapytań i wniósł odwołanie, z góry zakładając nadużywanie prawa przez zamawiającego, co nie może zyskać aprobaty.

Zamawiający zgodził się z zacytowaną przez siebie tezą stawianą w piśmiennictwie, że *nie stanowi naruszenia zasady swobody umów ukształtowanie przez zamawiającego wymagań w sposób nieodpowiadający wykonawcom*, a brak akceptacji przez wykonawców wymogów ustanowionych przez zamawiającego powinien skutkować albo rezygnacją z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo wkalkulowaniem ciężaru narzuconych zobowiązań i wynikającego z niego ryzyka w cenie oferty. Tym samym *błędem jest utożsamianie podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego*.

{stanowisko odnośnie zarzutu nr 4 }

Dla Zamawiającego oczywiste jest, że surowa konsekwencja w postaci odstąpienia od umowy jest uzasadniona, jeżeli wykonawca nie jest w stanie przedstawić autobusów przed dniem rozpoczęcia świadczenia usługi.

Ponadto według Zamawiającego z ust. 16 pkt 6 lit. b i c SIWZ wynika jednoznacznie, że termin oględzin nie będzie ustalony przed 23 czerwca 2015 r., więc obawy Odwołującego nie są uzasadnione.

W opinii Zamawiającego po zapoznaniu się z protokołem z oględzin autobusów (stanowiącym załącznik nr 5 do projektu umowy) łatwo wywnioskować, że brak spełniania przez autobusy warunków technicznych przewidzianych w § 6 dostrzeżony w trakcie oględzin, spowoduje ujawnienie tych braków w protokole oględzin w postaci szczegółowego wykazu niezgodności. Przedstawienie wykazu niezgodności nie ma na celu jedynie ich opisanie, ale wskazanie ich w celu umożliwienia wykonawcy usunięcia tych niezgodności przed rozpoczęciem świadczenia usługi. Oznacza to, że umożliwiono wykonawcy usunięcie dostrzeżonych usterek.

Zamawiający dodał, że ewentualne wątpliwości Wykonawcy w tym zakresie byłyby wyjaśnione, gdyby zwrócił się o wyjaśnienie treści SIWZ.

{stanowisko odnośnie zarzutu nr 5 }

Zamawiający podniósł, że oczekiwanie od wykonawcy podstawienia autobusu rezerwowego w czasie nieprzekraczającym 20 minut od zaistnienia awarii jest uzasadnione, z jednej strony dbałością o interes podróżnych, którzy nie mogą długo oczekiwać na przyjazd autobusu rezerwowego i dla których nawet 20 minut oczekiwania może stanowić bardzo długi czas, z drugiej dbałością o interes przewoźnika. W przypadku długotrwałych opóźnień przewoźnik może spotkać się z roszczeniami o odszkodowanie za szkodę jaką poniósł podróżny wskutek opóźnionego przyjazdu regularnie kursującego środka transportowego. Roszczenia takie mogą być oparte na podstawie art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 15 listopada 1984 r. – Prawo przewozowe, a w świetle wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 2 grudnia 2008 r. odpowiedzialność ta została jeszcze zaostrożona.

Z tego względu zdaniem Zamawiającego jego wymagania nie są wcale nadmiernie wygórowane i tworzą z regulacją dotyczącą naliczania kar umownych za odjazd po czasie określonym w rozkładzie jazdy (zawartą w § 11 ust. 1 lit. c i d projektu umowy) konsekwentny system dyscyplinowania przewoźnika co do punktualności odjazdów, w ramach którego opóźnienie powyżej 20 minut traktuje się jako kurs niewykonany, za który nalicza się kary umowne.

W ocenie Zamawiającego przy braku określenia przez niego odległości w jakiej ma się znajdować baza, zapis proponowany w odwołaniu mógłby prowadzić do powstania absurdalnych sytuacji, które byłyby jednak zgodne z umową. Przykładowo wyjazd autobusem z bazy usytuowanej w gminie Pacanów w województwie świętokrzyskim (siedziba Odwołującego), czy też z Katowic w województwie śląskim (siedzibę w tej miejscowości Krzysztof Pawelec wskazuje na stronie www.pawelec.com.pl), w terminie do 20 minut od momentu awarii dla pasażera nie będzie miał kompletnie znaczenia, bo zanim pojazd dotrze z Pacanowa czy Katowic do Tarnowa minie tak wiele czasu, że przejazd będzie już nieaktualny.

Zamawiający podniósł, że kara z § 11 ust. 1 lit. w za niedotrzymanie warunków określonych w § 6 ust. 3 w wysokości równowartości ceny 30 000 wozokilometrów, przy przewidywanej w SIWZ maksymalnej liczbie kilometrów wynoszącej 4.902.171, stanowi zaledwie 0,61%, czyli nie można jej uznać za wygórowaną a co dopiero za rażąco wygórowaną.

Izba ustaliła, że 30 kwietnia 2015 r. Zamawiający zamieścił kopię odwołania na swojej stronie internetowej.

Izba ustaliła, że do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpisy od niego zostały uiszczone – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Na posiedzeniu z udziałem Stron nie zostały również złożone w tym zakresie odmienne wnioski.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska, z tą zmianą, że Odwołujący wycofał powyżej wskazane zarzuty, których Izba nie rozpoznawała.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, o którego udzielenie mogą się ubiegać. Jednocześnie objęte zarzutami odwołania naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp mogą narażać na szkodę Odwołującego, skoro – jak twierdzi – zaskarżone postanowienia s.i.w.z. utrudniają mu złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podlegających rozpoznaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, gdyż potwierdziły się niektóre zarzuty.

Na wstępie Izba ustaliła, że w zakresie objętym rozpoznaniem specyfikacja nie była dotychczas zmieniana ani wyjaśniana przez Zamawiającego.

Przedmiot zamówienia został podzielony na dwie części (w nawiasie podano minimalny gwarantowany i maksymalny możliwy zakres zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji):

– część 1 – obejmującą linie nr: 0, 1, 2, 3, 5, 6, 9, 30, 31, 33, 41, 44, 46, 48, 206, 208, 210, 213, 222, 224, 227, 229, 239 oraz N (3.894.627 - 4.304.588 km);

– część 2 – obejmującą linie nr: 11, 12, 14 oraz 24 (540.670 - 497.583 km).

{co wynika z ust. 3 pkt 1 - 5 s.i.w.z.; przy czym Zamawiający przyjął konwencję określania głównych punktów s.i.w.z. jako ustępów (w odwołaniu określanych mianem części), co poniżej zachowano}

I. zarzut odwołania dotyczący terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia w powiązaniu z terminem składania ofert i wymaganiami przedmiotowymi co do wyposażenia autobusów {zarzut nr 1}

Izba ustaliła uzupełniająco, co następuje.

Ust. 6 s.i.w.z. pn. *Wymagania zamawiającego dotyczące taboru, którym będą świadczone usługi* obejmuje wymagania wyszczególnione w pkt 1 - 6.

Wśród wymagań wyszczególnionych w pkt 1 lit. c - f dla każdego rodzaju autobusów {wg terminologii s.i.w.z. autobusy zaliczane do grup A, B, C i D} znajduje się wymaganie wyposażenia ich w 2 (autobusy grup A i B) lub 3 sztuki (autobusy grup C i D) kasowników elektronicznych bezkontaktowych dwufunkcyjnych, tj. kasowników biletów elektronicznych i papierowych, współpracujących z Tarnowską Kartą Miejską – spełniających wymagania przedstawione w załączniku nr 2 do s.i.w.z.

Załącznik nr 2 do s.i.w.z. pn. *Opis wymagań jakie musi spełnić kasownik bezkontaktowy dwufunkcyjny (kasownik biletów elektronicznych i papierowych)* obejmuje w pkt 1 ppkt 1 - 23 wymagania dotyczące kasownika bezkontaktowego dwufunkcyjnego, a w pkt 2 ppkt 1 - 4 wymagania w zakresie współpracy kasownika z Tarnowską Kartą Miejską.

Ust. 6 pkt 2 lit. a - d zawiera listę następującego dalszego wymaganego dla każdego autobusu wyposażenia:

– autokomputer sterujący kasownikami i modułami łączności, który ma spełniać wymagania oraz realizować funkcje przedstawione w załączniku nr 3 do s.i.w.z. {lit. a};

– odbiornik GPS oraz łącze przekazujące informacje o lokalizacji pojazdu na trasie

do systemu informatycznego wykonawcy (systemu informacji pasażerskiej), informującego pasażerów o odjazdach on-line pojazdów z przystanków {lit. b};

– system łączności z pojazdem {lit. c};

– wyświetlacze elektroniczne (czołowy, boczny i tylny) podające informację zewnętrzną o trasie przejazdu autobusu lub numerze linii {lit. d}.

Załącznik nr 3 do s.i.w.z. pn. *Opis wymagań, jakie muszą spełniać autokomputery w pojazdach wykonawcy* obejmuje w pkt 1 ppkt 1 - 9 wymagane funkcje autokomputera, a w pkt 2 wymaganie dotyczące przedziału temperatur, w jakich wymagana jest bezawaryjna praca komputera.

Zgodnie z brzemieniem ust. 6 pkt 3 s.i.w.z.: *Wykonawca jest zobowiązany posiadać funkcjonujący system informowania pasażerów o rzeczywistych odjazdach pojazdów z przystanków i o standardzie pojazdów na trasie (m.in. niska podłoga, klimatyzacja), lokujący pojazdy na trasach linii, udostępniony bezpłatnie dla pasażerów na stronie internetowej oraz możliwy do bezpłatnego zainstalowania w urządzeniach mobilnych (dostęp on-line na urządzeniach typu smart fon, tablet itp.).*

Zgodnie z ust. 6 ppkt 4 s.i.w.z. *Wykonawca w terminie wykonania zamówienia jest zobowiązany zapewnić zamawiającemu ciągły dostęp do bazy danych posiadanego systemu zarządzającego informacją w zakresie niezbędnym do przekazywania informacji o rzeczywistym czasie odjazdów pojazdów do elektronicznych tablic informacyjnych na przystankach. Udostępnione bazy danych muszą być kompatybilne z posiadanym przez zamawiającego oprogramowaniem do tworzenia rozkładu jazdy (System MUNICOM – Rozkład Jazdy MRJ++) aby zapewnić zamawiającemu stały bieżący monitoring punktualności każdego z pojazdów z wyszczególnieniem obsługiwanej linii, numeru bocznego pojazdu, numeru kursówki obsługiwanej przez pojazd, a także z możliwością odtworzenia historii przejazdu autobusów obsługujących linie komunikacji miejskiej co najmniej do 7 dni wstecz.*

Zgodnie z brzmieniem ust. 6 pkt 5 s.i.w.z.: *Wykonawca w terminie wykonania zamówienia jest zobowiązany zapewnić zamawiającemu ciągły dostęp do baz danych o transakcjach rejestrowanych przez kasowniki dwufunkcyjne w sposób gwarantujący kompatybilność z wdrożonym u zamawiającego systemem Tarnowskiej Karty Miejskiej.*

Wymagany do realizacji zamówienia tabor obejmuje łącznie 84 autobusy, w tym:

– część 1 – 52 grupy A, 14 grupy A lub B, 5 grupy A, B lub C i 2 grupy A, B, C lub D;

– część 2 – 4 grupy A, B lub C, 3 grupy A, B, C lub D, 4 grupy C.

{co wynika z ust. 3 pkt 9 lit a oraz b s.i.w.z.}

Ponadto Izba ustaliła, że s.i.w.z., w tym wzór umowy, nie zawierają żadnych postanowień precyzujących zakres współpracy Zamawiającego przy realizacji powyższych

wymagań przez wykonawcę zamówienia.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jednocześnie na mocy art. 29 ust. 2 pzp przedmiotu zamówienia nie można opisać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Niezależnie od powyższego według art. 7 ust. 1 pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Izba stwierdziła, że wymaganie przez Zamawiającego, aby wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie na 1 lipca 2015 r. dysponował co najmniej wymienioną powyżej liczbą autobusów spełniających powyżej przywołane wymagania, w sytuacji gdy upływ terminu składania ofert przypada na 29 maja 2015 r., narusza uczciwą konkurencję i jest przejawem nierównego traktowania wykonawców, gdyż preferuje dotychczasowego wykonawcę usług objętych przedmiotem zamówienia, czyli MPK sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie.

Nie ma wątpliwości, że potencjalny wykonawca dopiero na podstawie treści s.i.w.z. mógł w ogóle zapoznać się z wymaganiami odnośnie wyposażenia autobusów. Bezprzedmiotowe jest zatem powoływanie się przez Zamawiającego na wstępne ogłoszenie o zamiarze przeprowadzenia tego postępowania, które nie zawierało żadnych informacji w tym zakresie.

Z kolei w ocenie Izby nieuzasadnione jest oczekiwanie, aby każdy potencjalny wykonawca od daty udostępnienia s.i.w.z. faktycznie rozpoczął przygotowania do realizacji zamówienia, co przecież ostatecznie będzie dotyczyło jednego wykonawcy, a nie wszystkich, którzy złożą ofertę. Najwcześniej po publicznym otwarciu ofert każdy z wykonawców może zatem racjonalnie ocenić, czy ma szansę na uzyskanie zamówienia, a w konsekwencji podjąć ryzyko poczynienia nakładów na dostosowanie taboru do specyficznych wymagań Zamawiającego.

Izba podziela zatem stanowisko Odwołującego, że Zamawiający wskazując w ogłoszeniu o zamówieniu i s.i.w.z. sztywno datę rozpoczęcia realizacji zamówienia, *de facto* określił, że potencjalny wykonawca będzie miał 33 dni od otwarcia ofert na spełnienie wymagań dotyczących wyposażenia autobusów. W konsekwencji dla tak określonego okresu należało odnieść możliwość spełnienia wymagań przedmiotowych przez potencjalnego wykonawcę, który nie jest dotychczasowym wykonawcą usług objętych

przedmiotem zamówienia.

Istotne znaczenie ma to, że wymagania te nie sprowadzają się wyłącznie do wyposażenia autobusów w dodatkowe urządzenia (kasowniki, autokomputery, odbiorniki GPS, wyświetlacze elektroniczne), a obejmują również wdrożenie oprogramowania w zakresie sprecyzowanym w s.i.w.z. Po pierwsze – oprogramowania zapewniającego wewnętrzne współdziałanie tych urządzeń w zakresie funkcjonalności opisanych w s.i.w.z. (np. autokomputer ma sterować kasownikami i modułami łączności). Po drugie – oprogramowania zapewniającego współpracę z systemami informatycznymi funkcjonującymi już u Zamawiającego, czyli systemem Tarnowskiej Karty Miejskiej i używanym przez Zamawiającego oprogramowaniem do tworzenia rozkładu jazdy. Obejmuje to system informatyczny wykonawcy, który ma być kompatybilny z systemem Tarnowskiej Karty Miejskiej i umożliwiać Zamawiającemu ciągły dostęp do baz danych o transakcjach rejestrowanych przez kasowniki. Ponadto system informatyczny wykonawcy przekazujący informacje o rzeczywistym czasie odjazdu autobusów do elektronicznych tablic informacyjnych na przystankach, kompatybilny z systemem Municom – Rozkład Jazdy MRJ++. Po trzecie – systemu informowania pasażerów o rzeczywistych odjazdach autobusów z przystanków, który będzie umożliwiał lokalizację konkretnego pojazdu na trasie na stronie internetowej i urządzeniach mobilnych (smartfon, tablet).

W ocenie Izby Odwołujący udowodnił, że nie jest możliwe, aby w ciągu miesiąca powyższe wymagania mógł spełnić wykonawca, który dotychczas nie wykonywał przewozów objętych przedmiotem zamówienia, gdyż wymaga to co najmniej 8-10 tygodni {korespondencja z pracownikami firmy R&G Plus sp. z o.o. siedzibą w Mielcu}, a nawet 18 tygodni {korespondencja z PIXEL sp. z o.o. z siedzibą w Osielsku}. Przy czym krótszy okres jest osiągalny w przypadku zwrócenia się do producenta urządzeń i systemu informatycznego dotychczas używanych na potrzeby obsługi komunikacji miejskiej w Tarnowie. Z kolei Zamawiający wykazał jedynie, że producent ten jest w stanie rozpocząć montaż kasowników i autokomputerów po 14 dniach roboczych od otrzymania zamówienia. Jednakże Zamawiający nie uzyskał odpowiedzi na pytanie, które również zadał, jaki może być minimalny okres realizacji zamówienia obejmującego dostawę i zamontowanie tych urządzeń wraz z oprogramowaniem zapewniającym ich współpracę z Tarnowską Kartą Miejską. Zamawiający nie podważył również twierdzenia Odwołującego, że wdrożenie nowego systemu informowania o rzeczywistych odjazdach z przystanków wymaga wprowadzenia tak dużej ilości danych, że zajmie to co najmniej 2 miesiące.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w ogóle pominął akcentowane w odwołaniu aspekty dotyczące wdrożenia przez wykonawcę zamówienia systemów informatycznych współpracujących z konkretnymi systemami użytkowymi przez Zamawiającego. Zamiast

tego skupił się na wykazywaniu niesporej okoliczności, że wiele miast w Polsce wdrożyło systemy kart miejskich opartych na bezstykowych kartach elektronicznych. Z kolei na rozprawie Zamawiający podniósł, że na początku nie będzie wymagał obsługi wszystkich funkcjonalności Tarnowskiej Karty Miejskiej (np. elektronicznej portmonetki), a podłączenie do tego systemu będzie już domeną jego informatyków, podobnie jak wprowadzeni danych. Izba zważyła, że Zamawiający nie był w stanie wskazać żadnego postanowienia s.i.w.z., z którego wynikałoby takie ograniczenie wymagań stawianych wykonawcy lub nałożenie na Zamawiającego konkretnych obowiązków przy integracji systemów informatycznych czy zasilaniu ich danymi.

Izba zważyła, że bez znaczenia jest okoliczność, czy Zamawiający mógłby bez stosowania ustawy pzp powierzyć wykonywanie zamówienia MPK Tarnów sp. z o.o. jako swojemu podmiotowi wewnętrznemu, gdyż nie jest to przedmiotem rozpoznania w tej sprawie. Ponieważ Zamawiający zdecydował się na tryb przetargu nieograniczonego z ustawy pzp, ma obowiązek przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie tego zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, które należą do podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. Z tego punktu widzenia ma natomiast znaczenie, że tylko MPK Tarnów sp. z o.o. jako dotychczasowy wykonawca przewozów komunikacji miejskiej jest w stanie spełnić wymagania przedmiotowe Zamawiającego w krótkim okresie czasu narzuconym przez Zamawiającego.

Jeżeli dla Zamawiającego było rzeczywiście istotne, aby świadczenie usług rozpoczęło się nie później niż 1 lipca 2015 r., powinien wszcząć przedmiotowe postępowanie z odpowiednim wyprzedzeniem. Zamawiający nie wskazał żadnych okoliczności, które stałyby temu na przeszkodzie.

Biorąc powyższe pod uwagę należało uznać, że Zamawiający przez ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia i terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia naruszył art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 pzp. Jak wynika z orzeczeń przywołanych w odwołaniu, zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wymaga takiego wyznaczenia terminów w postępowaniu (w szczególności terminu realizacji zamówienia), aby wykonawcy zdolni do spełnienia wymagań opisu przedmiotu zamówienia mieli realną możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia.

Zamawiający nie odniósł się do zarzutu, że brak szczegółowego opisu technicznego użytkowanego przez niego oprogramowania uniemożliwia skorzystanie z oprogramowania innego producenta. Natomiast Odwołujący przedstawił pismo PIXEL sp. z o.o. z siedzibą w Osielsku {datowane na 7 maja 2015 r.}, w którym spółka ta odmówiła mu złożenia oferty na systemy informacji pasażerskiej dla Tranowa, oświadczając, że nie jest w stanie zapewnić

połączenia z systemem Municom w zakresie Tarnowskiej Karty Miejskiej. Izba zważyła jednak, że Odwołujący nie domagał się uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia, a ponadto podkreślał, że samego opisu wymagań technicznych nie uważa za dokonany z naruszeniem przepisów ustawy pzp. Wobec tego brak było podstaw, aby stwierdzić, że opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie został dokonany z naruszeniem art. 29 ust. 1 pzp.

Z tych względów Izba nakazała Zamawiającemu przesunięcie terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia na 1 września 2015 r., a więc zgodnie z żądaniem Odwołującego. Natomiast Izba uznała, że do Zamawiającego należy decyzja, czy w związku z tym przesunie datę zakończenia wykonywania zamówienia. W ocenie składu orzekającego Izby samo wskazanie datą terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia nie stanowi naruszenia przepisów ustawy pzp. Jednakże nieelastyczność takiego rozwiązania powoduje, że Zamawiający powinien baczyć, aby ewentualnemu przesunięciu terminu składania ofert towarzyszyło odpowiednie przesunięcie terminu rozpoczęcia i (ewentualnie) zakończenia realizacji zamówienia.

II. zarzuty odwołania dotyczące procedury oględzin autobusów przed rozpoczęciem realizacji zamówienia {zarzut nr 4 i 6 lit. b (pierwszy akapit na str. 9)}

Izba ustaliła uzupełniająco, co następuje.

Wymagania opisane w ust. 6 pkt 1 i 2 zostały powtórzone w pkt 1 - 5 § 6 ust. 1 wzoru umowy, na mocy którego wykonawca zobowiązuje się świadczyć usługę przy użyciu autobusów wskazanych w załączniku nr 6 do umowy {wypełniony załącznik nr 10 do s.i.w.z. – wykaz pojazdów, którymi będzie realizowana usługa} oraz wymienionych w protokole, o którym mowa w § 6 ust. 3.

Na mocy § 6 ust. 2 umowy wykonawca zobowiązuje się posiadać w pojazdach sprawnie działające urządzenia wymienione w § 6 ust. 1 pkt 1 - 5 {czyli kasowniki, autokomputery, odbiorniki GPS z łączem przekazującym informacje, system łączności z pojazdem, wyświetlacze elektroniczne} oraz wymienione w załączniku nr 6 do umowy {w wykazie przewidziano miejsce na zadeklarowanie, czy autobus jest wyposażony w takie urządzenia jak: klimatyzacja, urządzenie głośnomówiące i wewnętrzny wyświetlacz oraz monitoring, co wg ust. 15 pkt 5 s.i.w.z. jest podstawą do przyznania punktów w ramach kryterium oceny ofert dotyczącym jakości świadczenia usługi przewozu}.

Z kolei § 6 ust. 17 umowy powtarza wymaganie, o którym mowa w ust. 6 pkt 3 s.i.w.z. {funkcjonujący system informowania pasażerów}.

Według § 6 ust. 3 umowy wykonawca ma przedstawić Zamawiającemu do oględzin:

po pierwsze – autobusy spełniające warunki określone w § 6 ust. 1 pkt 1 - 5 i ust. 2, po drugie – system informowania pasażerów, o którym mowa w ust. 17. Oględziny mają być dokonane przed dniem rozpoczęcia świadczenia usługi w siedzibie wykonawcy i zostać potwierdzone protokołem z oględzin (załącznik nr 5 do umowy) podpisanym przez przedstawicieli Zamawiającego i wykonawcy.

Załącznik nr 5 zawiera w szczególności odrębne oświadczenia dotyczące: po pierwsze – spełniania przez wszystkie autobusy warunków określonych w umowie i zgodności tych autobusów z wykazem z załącznika nr 6 do umowy, po drugie – zgodności z wymaganiami Zamawiającego systemu informacji dla pasażerów o rzeczywistych odjazdach z przystanków. Według brzmienia uwagi zamieszczonej poniżej: *w przypadku nie spełniania warunków lub występowania niezgodności z umową i/lub załącznikiem nr 6 do umowy – do protokołu dołącza się szczegółowy wykaz niezgodności.*

§ 6 ust. 4 umowy brzmi następująco: *Niedotrzymanie warunków przedstawionych w § 6 ust. 3 spowoduje odstąpienie Zamawiającego od niniejszej umowy oraz skutki określone w § 11 ust. 1 lit. w.*

W § 11 ust. 1 lit. w za niedotrzymanie warunków określonych w § 6 ust. 3 przewidziano karę umowną w wysokości równowartości zapłaty za 30 tys. wozokilometrów.

W ust. 16 (informacja o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy) pkt 6 s.i.w.z. Zamawiający przewidział obowiązek przedstawienia przed podpisaniem umowy dokumentów potwierdzających dysponowanie autobusami przeznaczonymi do realizacji zamówienia. W lit. a - c opisano trzy alternatywne możliwości: a) dokumenty poświadczające, że wykonawca dysponuje lub będzie dysponował taborem *w ilości niezbędnej do realizacji zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (ust. 3 i ust. 6 SIWZ)* oraz jest jego właścicielem lub ma prawo do korzystania z niego; b) w przypadku zamiaru zakupu fabrycznie nowego taboru – umów przedwstępnych z producentem; c) – w przypadku zamiaru zakupu używanych autobusów – umów przedwstępnych z właścicielem lub komisantem; przy czym wyłącznie dla tych dwóch ostatnich sytuacji zastrzeżono, że umowy mają obejmować zapewnienie, że wykonawca będzie posiadał tabor nie później niż do 23 czerwca 2015 r.

Zgodnie z art. 14 pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego jeżeli przepisy ustawy pzp nie stanowią inaczej. Z kolei na mocy art. 139 ust. 1 pzp do umów w sprawach zamówień publicznych również stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego jeżeli przepisy ustawy pzp nie stanowią inaczej.

Zgodnie z zasadą swobody umów wyrażoną w art. 353¹ kc strony zawierające

umowę, co do zasady, mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. O ile zasada swobody umów wymaga konsensusu obu stron, o tyle na gruncie zamówień publicznych doznaje ona trojakiego ograniczenia: po pierwsze – zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie – zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, po trzecie – strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Drugie z tych ograniczeń wiąże się z regulacją art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp, zgodnie z którą zamawiający zobowiązany jest zawrzeć w treści s.i.w.z. istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Wynika z tego również uprawnienie Zamawiającego do ukształtowania postanowień zgodnie z jego potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, którego zamierza udzielić. Można zatem powiedzieć, że zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 kc, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Dla ustalenia granic swobody umów z punktu widzenia zasad współżycia społecznego istotne znaczenie mają te zasady, które służą ochronie wolności. Jednakże na potrzeby niniejszych rozważań szczególnie ważną sferą zastosowania zasad współżycia społecznego, jako granicy swobody umów, jest problematyka tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Badaniu z punktu widzenia słuszności kontraktowej podlega przede wszystkim stosunek wartości świadczeń w umowach wzajemnych. O naruszeniu reguł sprawiedliwościowych można mówić wówczas, gdy dysproporcja tych wartości jest rażąca. W grę wchodzi jednakże badanie rozkładu innych niż długi i wierzytelności obowiązków i uprawnień stron, ustalanie, czy równomiernie są one obciążone obowiązkami i wyposażone w uprawnienia różnych postaci. Chodzi zatem o konieczność zapewnienia zarówno wzajemności lub odpowiedniości uprawnień –

rozumianych jako przysługiwanie obu stronom takich samych uprawnień lub uprawnień różnych postaci, ale ekwiwalentnych wobec siebie, ewentualnie jako zrównoważenie dysproporcji wartości świadczeń przez nierówny rozdział innych obowiązków i uprawnień – jak i proporcjonalności uprawnień, czyli dostosowania ich zakresu do rzeczywistej potrzeby ochrony interesów uprawnionego. Dalsza przesłanka uznania umowy za wykraczającą poza granice kompetencji stron wynika z istoty zasad współżycia społecznego jako ocen i norm moralnych, a polegająca na konieczności uwzględnienia również postawy drugiej strony umowy. Negatywna ocena ze względu na kryteria moralne uzasadniona jest w tych tylko przypadkach, gdy kontrahentowi osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegającego na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi. W doktrynie wskazuje się, iż kryterium „natury stosunku” nie ma samodzielnej, własnej treści, ale w całości pokrywa się z kryterium ustawy. Powoływanie się na właściwość stosunku w procesie stosowania prawa stanowi jednak w wielu wypadkach alternatywny i niekiedy prostszy od pozostałych sposobów (odwołujących się do ustawy czy zasad współżycia społecznego), bardziej intuicyjny wariant uzasadnienia decyzji uznającej określone postanowienie umowy za bezskuteczne.

Zarzuty zgłoszone w odwołaniu odnośnie procedury oględzin Izba uznała częściowo za uzasadnione.

Wbrew stanowisku Zamawiającego, z postanowień s.i.w.z. dotyczących oględzin nie wynika ani termin ich przeprowadzenia, ani zapewnienie wykonawcy możliwości usunięcia nieprawidłowości stwierdzonych przez Zamawiającego w toku oględzin.

Postanowienia zawarte w ust. 16 s.i.w.z. dotyczą formalności, jakich dopełnienia wymaga Zamawiający od wykonawcy przed podpisaniem umowy. Na podstawie ust. 16 pkt 6 lit. b oraz c można jedynie pośrednio domniemywać, że wyłącznie w razie zakupu przez wykonawcę nowych lub używanych autobusów, oględziny nie zostaną przez Zamawiającego zarządzone wcześniej niż 23 czerwca 2015 r. Co do zasady {ust. 16 pkt 6 lit. a} wykonawca ma obowiązek przed podpisaniem umowy przedstawić dokumenty potwierdzające prawo do dysponowania taboru zgodnym z opisem przedmiotu zamówienia, a zatem Zamawiający może wyznaczyć termin oględzin bezpośrednio po dacie zawarcia umowy.

Z kolei postanowienia wzoru umowy związane z oględzinami określają wyłącznie skutki niedochowania przez wykonawcę wymagań odnośnie taboru potwierdzonego protokołem oględzin. W szczególności z protokołu oględzin nie wynika nic więcej ponad to, że zostaną w nim szczegółowo wykazane stwierdzone podczas oględzin niezgodności taboru: po pierwsze – w zakresie zgodności z wykazem autobusów załączonym do oferty oraz zgodności z opisem przedmiotu zamówienia, po drugie – w zakresie zgodności

z opisem przedmiotu zamówienia systemu informacji dla pasażerów. Jest to prostu udokumentowanie i uszczegółowienie stwierdzonego na wstępie protokołu stanu niezgodności z wymaganiami Zamawiającego określonymi w s.i.w.z.

Konsekwencją takiego stanu rzeczy, czyli potwierdzonego protokolarnie negatywnego wyniku oględzin, wbrew ocenie wyrażonej w odwołaniu, Zamawiający określił jednoznacznie w § 6 ust. 4 wzoru umowy – jako odstąpienie od umowy połączone z naliczeniem kary umownej. Niespełnienie któregokolwiek z wymagań dotyczących wyposażenia pojazdów, zarówno w zakresie urządzeń i systemów obligatoryjnych, jak i urządzeń fakultatywnych, ale zadeklarowanych i branych pod uwagę przy ocenie oferty, stanowi przecież niedotrzymanie warunków, o których mowa w § 6 ust. 3 umowy. Nie ma tu zatem żadnej niejednoznaczności opisu podstawy do odstąpienia od umowy i naliczenia kary umownej do jej zastosowania.

Natomiast Izba podziela stanowisko Odwołującego, że brak gradacji wagi uchybień i skorelowanych z nimi konsekwencji, świadczy o nadmiernej i nieuzasadnionej surowości wprowadzonej podwójnej sankcji. Zamawiający zastrzegł sobie uprawnienie do odstąpienia od umowy i naliczenia kary umownej niezależnie od tego, czy liczba i charakter stwierdzonych niezgodności mogłyby być usunięta przez wykonawcę przed rozpoczęciem wykonywania zamówienia.

Izba poczytała stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie jako uznanie zasadności uprzedniego umożliwienia wykonawcy usunięcia uchybień, co wymaga jednak wprowadzenia takiej procedury do wzoru umowy wraz z określeniem terminu oględzin, czego Zamawiający dotychczas nie uczynił. Terminy oględzin przypadające nie wcześniej niż odpowiednio 7 i 3 dni przed założonym rozpoczęciem realizacji zamówienia umożliwi wprowadzenie procedury umożliwiającej wykonawcy usunięcie ewentualnych usterek stwierdzonych w pierwszym terminie przed wyznaczoną datą rozpoczęcia świadczenia usług, co odpowiada interesowi obu stron umowy.

Izba uznała również za uzasadnione nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru, czy według umowy konsekwencją negatywnego wyniku oględzin będzie odstąpienie od umowy czy też naliczenie kary umownej.

Izba zważyła, że jeżeli celem Zamawiającego jest realizacja przewozów na liniach objętych przedmiotem zamówienia przez wykonawcę wyłonionego w tym postępowaniu, odstąpienie od umowy na tak wczesnym etapie w oczywisty sposób zniweczy osiągnięcie tego celu. Natomiast dla zdyscyplinowania wykonawcy wystarczające będzie naliczenie kar umownych, które w § 11 ust. 1 lit. w zostały zastrzeżone w niebagatelnej wysokości. Rezygnacja w tym przypadku tzw. umownego prawa odstąpienia (art. 395 § 1 kc) nie uchybia przecież możliwości skorzystania przez Zamawiającego z instytucji tzw. ustawowego prawa odstąpienia uregulowanego w art. 491 i nast. Kodeksu cywilnego. Zamawiający może

zatem wyznaczyć drugi termin oględzin z zagrożeniem, że w razie bezskutecznego ich rezultatu będzie uprawniony do odstąpienia od umowy. Przy czym Zamawiający nadal będzie mógł żądać wykonania zobowiązania i naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki.

Natomiast jeżeli według Zamawiającego w jego interesie leży możliwość natychmiastowego odstąpienia od umowy w razie negatywnego wyniku oględzin, niezależnie od tego, czy nastąpiło to z przyczyn zawinionych przez wykonawcę, dodatkowe naliczanie kar umownych jest zbędne, w sytuacji gdy – jak obszernie zostało to wywiedzione w odpowiedzi na odwołanie – Zamawiający może udzielić zamówienia MPK sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie w ramach tzw. bezpośredniego zawarcia umowy o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 2 lub 4 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. z 2011 r. Nr 5, poz. 13, z późn. zm.).

III. zarzut odwołania dotyczący obowiązku podstawienia autobusu zastępczego {zarzut nr 5} oraz zarzut odwołania dotyczący procedury odstąpienia od naliczania kar umownych {zarzut nr 6 lit. b (drugi akapit na str. 9)}

Izba ustaliła następujące brzmienie skarżonych postanowień wzoru umowy:

{§ 6 ust. 8}

Wykonawca zobowiązuje się w przypadku awarii autobusu na linii, do podstawienia autobusu rezerwowego w czasie nieprzekraczającym 20 minut od zaistnienia awarii.

{§ 11 ust. 2 - 4 (zd. pierwsze)}

Zamawiający nie będzie naliczał kar umownych w przypadku spóźnień lub niewykonywania przewozów powstałych wskutek: a) klęsk żywiołowych, powodzi, śnieżycy oraz innych gwałtownych zdarzeń atmosferycznych, b) przeszkód drogowych.

Odstąpienie od naliczania kar umownych w przypadkach określonych w ust. 2 będzie możliwe, o ile Wykonawca udokumentuje wiarygodnie te przypadki w terminie do 5 dni od ich zaistnienia podając w zestawieniu datę i godzinę wystąpienia zdarzenia, numer kurkówki, numer boczny autobusu oraz odcinek trasy, na którym wystąpiło zdarzenie (z podaniem odległości oraz numerów i nazw przystanków końcowych odcinka trasy).

Karami umownymi Wykonawca zostanie obciążony za miesiąc rozliczeniowy do 15 dnia następnego miesiąca. (...)

Izba stwierdziła bezzasadność zarzutów naruszenia art. 353¹ lub art. 5 kc, gdyż okoliczności podniesione w odwołaniu nie wskazują, że powyższe postanowienia wprowadzają dla wykonawcy zamówienia nadmierne, nieuzasadnione naturą i przedmiotem

stosunku zobowiązaniowego, obciążenia.

Odwołujący w żaden sposób nie podważył trafności argumentacji zawartej w odpowiedzi na odwołanie, a także podniesionej podczas rozprawy {długość tras autobusów nieprzekraczająca dla większości linii 30 minut (maksimum 40 minut) w powiązaniu z ich częstotliwością kursowania} wskazującej na celowość wprowadzenia maksymalnie 20-minutowego czasu na podstawienie autobusu rezerwowego. Ponieważ wymóg ten został określony jednoznacznie, Odwołujący zna zatem uwarunkowanie, które może być istotne przy sporządzaniu i wycenie oferty, a w konsekwencji adekwatnie do tej wiedzy może i powinien odpowiednio wyznaczyć miejsce, gdzie będą stacjonowały autobusy rezerwowe, a także oszacować koszty takiego rozwiązania.

Natomiast uczynienie zadość żądaniu zawartemu w odwołaniu oznaczałoby nie tylko dostosowywanie warunków realizacji zamówienia do oczekiwań Odwołującego, a wręcz fatyczne zniweczenie możliwości egzekwowania wymogu istotnego z punktu widzenia charakteru przewozów będących przedmiotem zamówienia.

Odwołujący zdaje się nie dostrzegać, że wywodzi nierówność kontraktową z postanowienia umowy generalnie korzystnego dla wykonawcy zamówienia, gdyż zapewniającego możliwość nieponoszenia kar umownych. Odwołujący nie twierdzi przy tym, że postanowienie jest nieprecyzyjne czy niejasne. Wbrew temu, co zasugerowano w odwołaniu, w razie zaistnienia okoliczności wyszczególnionych w § 11 ust. 1 wzoru umowy, Zamawiający nalicza kary umowne, a w § 11 ust. 2 - 3 określono okoliczności, które uwalniają wykonawcę od obowiązku ich zapłaty, jeżeli zostaną udokumentowane w ciągu 5-dni od ich wystąpienia. Dopiero w następnej kolejności następuje obciążenie karami umownymi, przy czym ustalono rozliczanie tych kar za okresy miesięczne, do 15 dnia następnego miesiąca. Zestawienie tych terminów, przypadających na dwóch etapach powyższej procedury, zostało nieadekwatnie przedstawione w odwołaniu jako jedyny argument, który miałby rzekomo świadczyć o rażącym naruszeniu równowagi stron.

Tymczasem również w tym przypadku zostały podane uwarunkowania, które Odwołujący może i powinien wziąć pod uwagę przy sporządzaniu i wycenie oferty, a związane z koniecznością prowadzenia i przekazywania na bieżąco odpowiedniej dokumentacji dotyczącej zaistnienia okoliczności usprawiedliwiających opóźnienia lub niewykonanie przewozów.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, po pierwsze – naruszenie w powyżej

opisanym zakresie przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 i art. 7 ust.1 ustawy pzp, a także art. 139 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 353¹ i art. 5 kodeksu cywilnego, które może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, po drugie – brak naruszenia w pozostałym zakresie przepisów wynikających z zarzutów odwołania, stąd – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 i 2 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, zaliczając do tych kosztów uiszczony przez Odwołującego wpis, a także jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika – zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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). Ponadto obciążono kosztami tego postępowania Zamawiającego, od którego – zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia – zasądzono na rzecz Odwołującego kwotę odpowiadającą wysokości uiszczonego wpisu oraz potwierdzone rachunkiem przedstawionym do zamknięcia rozprawy koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: