

Sygn. akt: KIO 1602/15

WYROK
z dnia 12 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 sierpnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lipca 2015 r. przez wykonawcę **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o.o., ul. Okrężna 9, 33-100 Tarnów** ubiegającego się o udzielenie zamówienia postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg i Komunikacji w Tarnowie, ul. Bernardyńska 24, 33-100 Tarnów**.

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o.o.** i :
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł, 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze 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 prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest 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, 225, 227, 229, 239 oraz N w Tarnowie.

Odwołujący Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne sp. z o. o. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na modyfikacji treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Zamawiający dokonał zmiany SIWZ z uwzględnieniem zmian SIWZ wprowadzonych w dniu 08 i 19 maja oraz 08 i 17 czerwca 2015 roku oraz w związku z wyrokiem KIO z dnia 15 maja 2015 roku (sygn. akt KIO 892/15).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 oraz ust. 4 pkt. 4 a także art. 36 ust. 1 pkt 16 Prawa zamówień publicznych oraz art. 353 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 PZP i art. 139 ust 1 PZP.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownych zmian i uzupełnień w treści ogłoszenia w sposób opisany w uzasadnieniu każdego zarzutu".

Naruszenie przepisu art. 7 ust 1, art. 29 ust. 1, 2 oraz art. 29 ust 4 pkt 4 ustawy Pzp poprzez niesprecyzowanie przez Zamawiającego w treści SIWZ zakresu czasowego pojęcia „w terminie wykonania zamówienia”, a którym mowa w ust. 3 pkt 11 SIWZ, § 6 ust 18 oraz ust 20 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 11 do SIWZ, co stanowi naruszenie zasady przeprowadzania przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie Wykonawców, a także nakazu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz zakazu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencją.

Dokonując w dniu 16 lipca 2015 roku zmiany treści SIWZ i ogłoszenia o przetargu, w ust. 3 SIWZ Zamawiający dodał pkt 11 w brzmieniu: „Zgodnie z art. 29 ust, 4 pkt 4 Pzp, zamawiający wymaga zatrudnienia przez wykonawcę kierowców autobusów na podstawie umowy o pracę (pełny etat) w trakcie realizacji zamówienia przez cały okres obowiązywania

umowy, wykonawca w terminie wykonania zamówienia jest zobowiązany do zatrudnienia na umowę o pracę (pełen etat minimum 111) pracowników (dotyczy I części zamówienia), minimum 16 pracowników (dotyczy II części zamówienia) na stanowisku kierowca autobusu, pozostała ilość 2 kierowców może być zatrudniona na umowę o pracę w niepełnym etacie", zaś w § 6 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 11 do SIWZ (dalej: „Wzór Umowy”) – ust. 20 o brzmieniu: „*Wykonawca w terminie wykonania zamówienia jest zobowiązany do zatrudnienia na umowę o pracę (pełen etat) minimum 111 pracowników (dotyczy 1 części zamówienia)* minimum 16 pracowników (dotyczy II części zamówienia) na stanowisku kierowca autobusu. Pozostała ilość kierowców może być zatrudniona na umowę o pracę w niepełnym etacie".* Podstawą zarzutu jest okoliczność, że Zamawiający nie sprecyzował, co rozumie przez „termin wykonania zamówienia”, tj. czy Wykonawca zobowiązany jest do spełnienia powyższego warunku jedynie w chwili rozpoczęcia świadczenia usług stanowiących przedmiot niniejszego postępowania, czy też może jest on obowiązany do utrzymywania powyższego stanu zatrudnienia przez cały czas świadczenia usługi.

Analogicznym sformułowaniem Zamawiający posłużył się w § 6 ust. 18 Wzoru Umowy stanowiąc, że „*wykonawca w terminie wykonania zamówienia jest zobowiązany zapewnić zamawiającemu ciągly dostęp do baz danych posiadanego systemu zarządzającego informacją w zakresie niezbędnym do przekazywania informacji o rzeczywistym czasie odjazdów pojazdów od elektronicznych tablic informacyjnych na przystankach Udostępnione bazy danych muszą być kompatybilne z rozkładem jazdy tworzonym przez zamawiającego z wykorzystaniem oprogramowania do tworzenia rozkładu jazdy (System MUN1COM ~ Rozkład Jazdy MRJ++), aby zapewnić zamawiającemu możliwość wyświetlania informacji o przystankach o rzeczywistych odjazdach w odniesieniu do zaplanowanego rozkładu jazdy".*

W ocenie Odwołującego, użyte przez Zamawiającego sformułowanie „w terminie, wykonania zamówienia” jest sformułowaniem nieprecyzyjnym, nie pozwalającym na jednoznaczne ustalenie, czy wykonawca obowiązany jest utrzymywać wymagany stan rzeczy przez cały czas świadczenia usług przewozu, czy też dla spełnienia powyższego warunku jest wystarczającym, by stan ten utrzymywał się w dniu zakończenia obowiązywania umowy, który stanowi termin wykonania całego zamówienia przez wykonawcę. Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu określenia warunku w ten sposób, że wykonawca sprecyzuje zapis dotyczący okresu, w jakim Wykonawca obowiązany jest do zatrudniania w oparciu o umowę o pracę kierowców autobusów w wymaganej przez Zamawiającego liczbie, a także okresu, w jakim wykonawca obowiązany jest zapewnić

zamawiającemu dostęp do baz danych posiadanego systemu zarządzającego informacją w zakresie niezbędnym do przekazywania informacji o rzeczywistym stanie odjazdów pojazdów z elektronicznych tablic informacyjnych.

Zamawiający uznał powyższy zarzut za bezzasadny. W jego ocenie wyrażenie „termin wykonania zamówienia”, użyte w ust 3 pkt 11 SIWZ, § 6 ust 1.8 oraz ust. 20 wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ jest zrozumiałe i nie wymaga sprecyzowania. Wbrew temu co podnosi odwołujący termin wykonania zamówienia jest zdefiniowany w ust. 4 SIWZ, gdzie po zmianach treści SIWZ dokonanych 17 czerwca 2015 znajduje się zapis następującej treści: „*Termin wykonania zamówienia. Termin wykonania zamówienia obejmuje okres od do* Zakres czasowy tego terminu został przez zamawiającego ustalony, nie ma powodu dodatkowo precyzować zapisów na ten temat.

Zamawiający dodatkowo zauważył, że sam Odwołujący nie potrafił wskazać, w jaki sposób miałyby brzmieć zapis SIWZ, aby Odwołujący się uznał go za precyzyjny.

Zamawiający nadmienił, że ustawa Prawo zamówień publicznych modyfikuje zasadę równości stron i Zamawiający z założenia ma możliwość ukształtowania przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób odpowiadający jego potrzebom.

Zamawiający wskazał, że każdego wykonawcę w postępowaniu obowiązują te same zasady i nie ma mowy o utrudnianiu konkurencji. Z tych względów nie może być mowy o naruszeniu zasady wynikającej z art. 7 ust. 1 PZP, który stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust: 1 i 2 poprzez błędne wskazanie przez Zamawiającego w ust. 3 pkt 11) SIWZ liczby pracowników zatrudnionych przez wykonawcę w oparciu o umowę o pracę w pełnym wymiarze godzin, koniecznych dla wykonania przedmiotu umowy, która ma zostać zawarta w wyniku przeprowadzenia przedmiotowego Postępowania, a także poprzez niewskazanie liczby pracowników, których wykonawca obowiązany jest zatrudnić w oparciu o umowę o pracę w niepełnym, wymiarze godzin, co oznaczać może dla realizacji umowy mogą zostać dopuszczone podmioty które nie będą w stanie zrealizować usługi w sposób należyty, co będzie wymuszało rozwiązanie stosunku zobowiązaniowego,

Odwołujący wskazał, że Zamawiający dodał pkt 11, zgodnie z którym „Zamawiający wymaga zatrudnienia przez wykonawcę kierowców autobusów na podstawie umowy o pracę (pełen etat) w trakcie realizacji zamówienia przez cały okres obowiązywania umowy. Wykonawca terminie wykonywania zamówienia jest zobowiązany do zatrudnienia na umowę o pracę (pełen etat) minimum 111 pracowników (dotyczy I części zamówienia), minimum 16

pracowników (dotyczy II części zamówienia) na stanowisku kierowcy autobusu. Pozostała ilość kierowców może być zatrudniona na umowę o pracę na niepełnym etacie. Stąd też wynika, że dla realizacji zamówienia koniecznym jest, by Wykonawca zatrudniał minimum 127 pracowników w pełnym wymiarze godzin.

Odwołujący przedstawił w odwołaniu kalkulację. Wskazał, że dla zapewnienia prawidłowego wykonania usługi potencjalny wykonawca obowiązany jest zatrudniać co najmniej 179 pracowników w pełnym wymiarze godzin.

Wskazał, że błędne określenie przez Zamawiającego liczby pracowników koniecznych do wykonania usługi będzie w konsekwencji obciążało potencjalnego wykonawcę zarówno na etapie przygotowania oferty, jak i w toku wykonywania umowy o zamówienie publiczne, gdyż nie będzie on w stanie zapewnić należytego wykonania usługi za tak skalkulowaną i zaproponowaną cenę, zatrudniając wskazaną przez Zamawiającego minimalną liczbę pracowników. Zamawiający nie określił ponadto liczby pracowników, którzy mogą być zatrudnieni w oparciu o umowę o pracę, ale w niepełnym wymiarze godzin, wskazując jedynie, że „pozostała ilość kierowców może być zatrudniona na umowę o pracę w niepełnym etacie”. Mając na względzie możliwość niejednolitej interpretacji powyższego zapisu przez poszczególnych wykonawców, a także okoliczność, iż praca kierowcy stanowi aż ok. 30% kosztów wozokilometra, którego cena stanowi podstawowe kryterium wyboru oferty, powyższe postanowienie może powodować, że oferty złożone w toku postępowania będą zawierały ceny na poziomie rażąco niskim. Zdaniem Odwołującego, niedoprecyzowanie przez Zamawiającego ilości kierowców, która może zostać zatrudniona w niepełnym wymiarze godzin, będzie stanowiło naruszenie zasady przeprowadzania przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także nakazu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz zakazu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu określenia tego warunku w sposób prawidłowy, z uwzględnieniem kalkulacji dokonanych przez Odwołującego, a także nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania liczby kierowców, którzy mają być zatrudnieni w oparciu o umowy o pracę w niepełnym wymiarze godzin.

Zamawiający uznał zarzut za nieuzasadniony.

Wskazał, że nie naruszył prawa, bowiem był uprawniony określić według swojego uznania wymagania dotyczące zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. Pozwala na to przepis art. 29 ust. 4 pkt 4 PZP. Przepis ten stanowi, że *Zamawiający może określić w opisie*

przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia, dotyczące zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem lub charakterem tych czynności. Zamawiający określił dla całego zamówienia zatrudnienie na umowę o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy minimum 127 osób na stanowisku kierowcy autobusu (minimum 111 kierowców zatrudnionych na pełny etat dla X części zamówienia oraz minimum 16 kierowców zatrudnionych na pełny etat dla II części zamówienia) nie według własnego widzi mi się, tylko według wyliczeń.

Pozostałe osoby na stanowisku kierowca autobusu w ilości niezbędnej do obsługi zamówienia Wykonawca może zatrudnić w pełnym lub niepełnym wymiarze czasu pracy. Zamawiający wyjaśnił, że nie narzucił Wykonawcy górnej granicy osób zatrudnionych, na stanowisku kierowca autobusu, precyzując jednocześnie wymaganie, w § 6 ust 1 pkt 7 wzoru umowy, że *wykonawca zobowiązuje się świadczyć usługi przewozowe zgodnie z rozkładem jazdy, punktualnie (odjazd punktualny z tolerancją -1 i +5 minuty w odniesieniu do planowanego odjazdu z każdego przystanku), przy zachowaniu przepisów Prawo o ruchu drogowym, Prawa przewozowego oraz przepisów dotyczących czasu pracy kierowców.* Ostateczna niezbędna ilość kierowców autobusów do zatrudnienia przez Wykonawcę będzie uzależniona od ilości osób zatrudnionych na umowę o pracę w niepełnym wymiarze czasu pracy, od ustalonej przez Wykonawcę ilości kierowców pracujących jako rezerwą dla: obsługi awarii pojazdów, od częstotliwości korzystania przez pracowników Wykonawcy ze zwolnień chorobowych. Zamawiający wskazał, że nie widzi konieczności określania górnej granicy osób zatrudnionych przez Wykonawcę na stanowisku kierowca autobusu mając na uwadze cytowany powyżej zapis § 6 ust. 1 pkt 7 wzoru umowy'. Zamawiający ma możliwość kształtować treść umowy, która zostanie w przyszłości zawarta.

Naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 oraz art 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez sformułowanie przez Zamawiającego w § 6 ust. 1 pkt 5 ppkt d) Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 11 do SIWZ, wymagań dotyczących wyświetlaczy elektronicznych podających informację o trasie przejazdu autobusu o numerze linii w sposób, uniemożliwiający jednolitą interpretację postanowień umowy, a w konsekwencji - uniemożliwiający przygotowanie oferty, co stanowi naruszenie zasady przeprowadzania przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także nakazu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na

sporządzenie oferty oraz zakazu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

W § 6 ust. 1 pkt 5 ppkt d) Wzoru Umowy Zamawiający określił wymagania stawiane wszystkim pojazdom, za pomocą których Wykonawca ma świadczyć usługę, wskazując, iż każdy % autobusów winien być wyposażony w wyświetlacze elektroniczne podające informację o trasie przejazdu autobusu i numerze linii w szczegółowo określony sposób.

Wskazane przez Zamawiającego wymagania dotyczące informacji zewnętrznych (czołowej, bocznej i tyłu autobusu) sformułowane zostały w sposób budzący u Odwołującego wątpliwości co do żądanego przez Zamawiającego sposobu rozmieszczenia wyświetlaczy elektronicznych w obrębie pojazdu. Podstawą zarzutu jest stwierdzenie Odwołującego, iż Zamawiający nie sprecyzował, czy dla spełnienia powyższych warunków, wystarczającym jest by informacje dotyczące numeru linii oraz opisu słownego kierunku jazdy były widoczne z zewnątrz pojazdu, czy też koniecznym jest zamieszczenie tablic elektronicznych po zewnętrznej stronie autobusu, co w konsekwencji może prowadzić do oceny spełnienia powyższych wymagań przez Zamawiającego w sposób całkowicie uznaniowy, a więc wbrew spoczywającemu na Zamawiającym obowiązkowi przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu określenia tego warunku w sposób umożliwiający jego jednolitą interpretację przez wykonawców.

Zamawiający wskazał, że wbrew zarzutom sprecyzował wymagania dotyczące informacji zewnętrznej (czołowej, bocznej i z tyłu autobusu) określającej numer linii oraz opis słowny kierunku jazdy. Zakres świadczonej usługi przez Wykonawcę odnosi się do świadczenia usług przewozowych w zakresie publicznego transportu drogowego i dotyczy przewozu osób. Celem informacji zewnętrznej jest identyfikacja pojazdu na określonej linii przez podróżnego, a więc Odwołujący nie powinien mieć żadnych wątpliwości co do tego, że informacja ta powinna być widoczna dla podróżnego z zewnątrz pojazdu. Dla Zamawiającego nie jest istotne czy Wykonawca umieści wyświetlacze z informacją zewnętrzną na zewnątrz czy też wewnątrz pojazdów. Fizyczne umieszczenie wyświetlaczy musi być takie, aby spełniło wymagania określone w § 6 ust. 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 11 do SIWZ cyt. „Wykonawca zobowiązuje się świadczyć usługę przy użyciu autobusów wykazanych w załączniku nr 6 do umowy oraz wymienionych w protokole, o którym mowa w § 6 ust. 3, spełniających wymagania polskich przepisów w sprawie dopuszczenia autobusu do ruchu (określone w rozporządzeniu Ministra infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia)”.

Naruszenie przepisu art. 36 ust 1 pkt 16 ustawy PZP oraz art. 353¹ KC w zw. z art. 14 i 139 ust 1 ustawy Pzp poprzez określenie w § 11 ust 1 lit y), lit z) oraz lit a) Wzoru Umowy stanowiącej Załącznik nr 11 do SIWZ zasad wymiaru kary umownej w sposób nieprecyzyjny, a więc wykluczający możliwość prawidłowego wyliczenia i oceny wysokości kary umownej.

Zamawiający dokonując w dniu 16 lipca 2015 roku zmiany treści SIWZ i ogłoszenia o przetargu wskazał w § 11 ust. 1 lit. y) Wzoru Umowy, stanowiącego Załącznik nr 11 do SIWZ, że za niespełnienie przez Wykonawcę wymagań określonych w § 6 ust. 2 i 3 wzoru Umowy, tj. w zakresie parametrów i wymagań stawianych taborowi autobusowemu oraz umożliwienia Zamawiającemu dokonania oględzin autobusów przeznaczonych do obsługi linii, Wykonawca będzie obowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary stanowiącej równowartość zapłaty za 100 wozokilometrów za każdy stwierdzony przypadek. Analogicznie skonstruowaną karę Zamawiający przewidział w § 11 ust. 1 lit. z) Wzoru Umowy, zgodnie z którym w przypadku nieprzestrzegania przez Wykonawcę obowiązku zatrudniania kierowców na podstawie umowy o pracę, tj. zgodnie z postanowieniami § 6 ust. 20 Wzoru Umowy, Wykonawca będzie obowiązany do zapłaty kary umownej stanowiącej równowartość zapłaty za 100 wozokilometrów za każdy stwierdzony przypadek.

Zdaniem Odwołującego, postanowienia Wzoru Umowy są nieprecyzyjne i niejednoznaczne. Zamawiający nie odwołał się bowiem do żadnego mierzalnego wskaźnika wymiaru kary (np. poprzez nadanie wskazanej stawce kary umownej przymiotu stawki dziennej, miesięcznej bądź też poprzez odniesienie się do czasu wykonywania usługi), tym samym wykluczając możliwość prawidłowego wyliczenia tejże kary, a także dokonania przez Wykonawcę oceny jej wysokości, w tym stwierdzenia ewentualnego wygórowania kary. Zamawiający, określając sankcję w przypadku nieudostępnienia przez Wykonawcę danych w postaci wykazu zatrudnionych kierowców oraz umów o pracę wskazanych przez Zamawiającego pracowników Wykonawcy, nie sprecyzował, czy kara nałożona na Wykonawcę będzie miała charakter kary jednorazowej, czy też będzie stosowana każdorazowo w przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego powyższego naruszenia. W świetle treści art. 14 oraz art. 139 ust 1 ustawy Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jak również do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny, o ile przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Oznacza to, iż Zamawiający, zgodnie z zasadą swobody umów wyrażoną w art. 353¹ KC uprawniony jest do ukształtowania stosunku prawnego, który będzie łączył go z wybranym w toku postępowania wykonawcą, według swojego uznania, jednakże treść lub cel tego stosunku nie mogą sprzeciwiać się właściwości (naturze) tego stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. W ten sam sposób Zamawiający może kształtować zakres kar umownych.

Zamawiający wskazał, że w § 6 ust. 13 umowy, przewidziano, że Wykonawca będzie obowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary stanowiącej równowartość zapłaty za 10 wozokilometrów, a nie za 100 wozokilometrów.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że postanowienie, o którym mowa w § 11 ust. 1 lit. y) nie pojawiło się po modyfikacji treści SIWZ (którą odwołujący obecnie kwestionuje). Istniało już w tekście SIWZ w jej pierwotnym brzmieniu (występował tam w innej jednostce redakcyjnej to jest pod literą z), jak również istniało w umowach o świadczenie usług przewozowych zawieranych w latach ubiegłych.

Zamawiający wskazał, że na podstawie § 11 ust. 1 lit. y łatwo ustalić wysokość kary i łatwo stwierdzić, że kara wymierzana będzie nie dziennie czy miesięcznie, tylko za każdy stwierdzony przypadek, kiedy wykonawca nie zapewni obsługi linii przez kierowców ubranych schludnie i estetycznie.

Podobne zasady określone zostały w § 11 ust. 1 lit z wzoru umowy, gdzie w sposób precyzyjny ustalono zasady wymiaru kary umownej za nieprzestrzeganie obowiązku zatrudnienia kierowców na podstawie umowy o pracę, odnosząc je do równowartości zapłaty za 100 Wozokilometrów za każdy stwierdzony przypadek.

Równie klarowna jest zasada wymiaru kary określona w § 11 ust. 1 lit a wzoru, umowy, gdzie ustalono, że za nieudostępnienie danych określonych w § 6 ust, 22 lub udostępnienie danych niekompletnych kara wynosić będzie równowartość zapłaty za 250 wozokilometrów.

Z tego względu Zamawiający wskazał, że nie naruszył art. 36 ust. 1 pkt 16 PZP. Przepis ten stanowi, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera 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 i zamawiający uprawniony był do określenia wzoru umowy, a w nim postanowień dotyczących kar umownych o treści jaka została wskazana w SIWZ oraz jej zmianie.

Naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 ustawy PZP poprzez błędne wskazanie treści SIWZ sposobu weryfikacji i oceny spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w ust 6 pkt. 3 SIWZ w zakresie odnoszącym, się do systemu informowania pasażerów rzeczywistych odjazdach pojazdów z przystanków i o standardzie pojazdów na trasie, co stanowi naruszenie przez Zamawiającego nakazu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określić uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć

wpływ na sporządzenie oferty oraz zakazu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Dokonując modyfikacji treści SIWZ Zamawiający wskazał w § 6 ust. 3 Wzoru Umowy, iż „Wykonawca przedstawi Zamawiającemu do oględzin autobusy przeznaczone do obsługi linii spełniające warunki określone w § 6 ust. 1 pkt. 1-5 i ust. 2 oraz system informowania pasażerów, o którym mowa w ust. 17 umowy”.

Zgodnie z § 6 ust. 17 Wzoru Umowy „Wykonawca jest zobowiązany posiadać funkcjonujący system informowania pasażerów o rzeczywistych odjazdach pojazdów z przystanków o standardzie pojazdów na trasie (m. in. niska podłoga, klimatyzacja). Ponadto Zamawiający określił, iż system informowania pasażerów ma spełniać co najmniej wymagania: ma lokalizować pojazdy na trasach linii, ma być udostępniony bezpłatnie dla pasażerów na stronie internetowej; ma być możliwy do bezpłatnego zainstalowania w urządzeniach mobilnych (dostęp on-line na urządzeniach typu smartfon, tablet, itp.), ma być udostępniony bezpłatnie Zamawiającemu w wersji rozszerzonej, zapewniającej co najmniej: możliwość lokalizacji pojazdu na linii, możliwość obserwacji pojazdów na wszystkich liniach jednocześnie, możliwość uzyskania informacji o lokalizowanym pojeździe, zawierającej informację o punktualności, standardzie pojazdu, numerze linii, numerze bocznym pojazdu, numerze obsługiwanej kursówki, możliwość filtrowania informacji na mapie po numerze linii, numerze bocznym pojazdu, numerze kursówki założonych wartościach opóźnień lub przyśpieszeń, możliwość rejestracji przebiegu trasy na mapie wykonywanego kursu, możliwość odtworzenia historii przejazdu autobusów obsługujących linie komunikacji miejskiej, zawierających dane określone co najmniej 7 dni wstecz.

Nieprzedstawienie do oględzin autobusów oraz systemu informowania bądź też niespełnianie przez przedmiot oględzin powyższych warunków w dniu przeprowadzenia oględzin, będzie skutkowało w świetle § 6 ust. 4 Wzoru Umowy odstąpieniem Zamawiającego od umowy. W ocenie Odwołującego, posłużenie się przez Zamawiającego zwrotem „oględziny” w stosunku do systemu informowania budzi uzasadnione wątpliwości co do rzeczywistej możliwości weryfikacji, czy system spełnia powyższe warunki. Zgodnie z definicją zawartą w Słowniku Języka Polskiego PWN przez „oględziny należy rozumieć „obejrzenie kogoś lub czegoś przez upoważnioną do tego osobę, komisję itp.”

Zgodnie z argumentacją Odwołującego, oględziny oznaczają poczynienie spostrzeżeń co do właściwości pewnych rzeczy za pomocą zmysłów: wzroku, słuchu, powonienia, smaku i dotyku. Brak jest zatem możliwości jednoznacznego stwierdzenia w drodze oględzin, czy system informujący pasażerów jest zgodny z wymogami zamówienia, o których mowa w § 6 ust. 17 Wzoru Umowy, a w szczególności w zakresie możliwości lokalizacji pojazdu na linii, filtrowania informacji na mapie, rejestracji przebiegu trasy danego kursu, czy też możliwości

odtworzenia historii przejazdu autobusów na co najmniej 7 dni wstecz, albowiem samo posiadanie przez zaproponowany przez potencjalnego wykonawcę system powyższych funkcji nie przesądza o możliwości ich wykorzystania w toku świadczenia usługi. Stąd też zdaniem Odwołującego, bardziej adekwatnym środkiem dla weryfikacji funkcjonalności systemu informowania pasażerów jest jego przetestowanie w warunkach odpowiadających rzeczywistym warunkom świadczenia usługi. Zdaniem odwołującego, Zamawiający powinien dokonać odpowiednich zmian § 6 ust. 3 Wzoru Umowy, a ponadto w sposób dokładny i wyczerpujący określić procedurę przeprowadzania testów systemu, w przeciwnym razie należy uznać powyższe postanowienie Wzoru Umowy za naruszające zasadę przeprowadzania przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także nakazu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz zakazu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu określenia w sposób prawidłowy zasad i trybu weryfikacji wymagań dotyczących systemu informowania pasażerów.

Zamawiający wyjaśnił, że użył stwierdzenia „oględziny” w stosunku do systemu informowania pasażerów o rzeczywistych odjazdach z przystanków mając na uwadze potrzebę weryfikacji wszystkich funkcjonalności systemu, o których mowa w § 6 ust. 17 pkt. 1 do 4 załącznika nr 11 do SIWZ. Funkcjonalności te można zweryfikować w terminie oględzin określonym w SIWZ. Możliwość odtworzenia historii przejazdu autobusów obsługujących linie komunikacji miejskiej (o ile nie będzie możliwe do odtworzenia w terminie pierwszych oględzin), o której mowa w § 6 ust. 17 pkt 4 lit. f załącznika nr 11 do SIWZ będzie możliwa do weryfikacji w drugim terminie oględzin, o którym, mowa w § 6 ust. 3 pkt 2 załącznika nr 11 do SIWZ. Zdaniem Zamawiającego, oczywistym jest, że w trakcie oględzin możliwe będzie sprawdzenie funkcjonalności systemu informowania pasażerów.

Naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust: 1 i 2 ustawy Pzp poprzez niewskazanie w treści SIWZ sposobu weryfikacji i oceny spełnienia, przez wykonawcą warunków, o których mowa § 6 ust. 18 Wzoru Umowy stanowiącego załącznik nr 11 do SIWZ, oraz niewskazanie w treści SIWZ skutków niespełnienia powyższych wymagań przez wykonawcę, w terminie wykonania zobowiązania, co w konsekwencji może prowadzić do dopuszczenia udziału w postępowaniu oraz zawarcia umowy z wykonawcą niespełniającym powyższych warunków.

Dokonując modyfikacji treści SIWZ Zamawiający wskazał w § 6 ust. 18 wzoru umowy, że „Wykonawca w terminie wykonania zamówienia jest zobowiązany zapewnić zamawiającemu ciągły dostęp do baz 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 rozkładem jazdy tworzonym przez zamawiającego z wykorzystaniem oprogramowania do tworzenia rozkładu jazdy (System MUN1COM - Rozkład Jazdy MJU+), aby zapewnić zamawiającemu możliwość wyświetlania informacji na przystankach o rzeczywistych odjazdach w odniesieniu do zaplanowanego rozkładu jazdy. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w powyższym postanowieniu w żaden sposób nie określił, w jaki sposób dokona weryfikacji powyższych wymagań, powodując tym samym, że dokonana przez Zamawiającego ocena spełnienia przez wykonawcę warunków wskazanych w § 6 ust. 18 Wzoru Umowy będzie miała charakter wyłącznie uznaniowy, podczas gdy każdy z wykonawców ubiegający się o udzielenie zamówienia ma prawo do jasnych, przejrzystych, obiektywnych i weryfikowalnych reguł, jakimi będzie się kierował zamawiający dokonując oceny spełnienia przez niego poszczególnych, wymogów i warunków.

Dodatkowo Odwołujący podniósł zarzut, że Zamawiający w żaden sposób nie wskazał na skutki niespełnienia przez wykonawcę wymagań określonych w § 6 ust 18 Wzoru umowy, np. w postaci odstąpienia umowy czy nałożenia na wykonawcę kary umownej. Ze względu na powyższe, możliwą jest sytuacja, w której - po pierwsze - umowa o zamówienie publiczne zostanie zawarta z wykonawcą, który w ogóle nie będzie dysponował systemem zarządzania informacją lub też będzie dysponował systemem niekompatybilnym z oprogramowaniem do tworzenia rozkładu jazdy, a Zamawiający nie będzie miał możliwości wyegzekwowania spełnienia powyższych warunków ani też rozwiązania umowy, a - po drugie – do zawarcia umowy nie zostanie dopuszczony wykonawca faktycznie spełniający powyższe warunki, co będzie stanowiło naruszenie zasad Uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu określenia w sposób prawidłowy zasad i trybu weryfikacji wymagań dotyczących zapewnienia przez wykonawcę zamawiającemu ciągłego dostępu do systemu zarządzającego informacją w zakresie niezbędnym do przekazywania informacji o rzeczywistym czasie odjazdów pojazdów do elektronicznych tablic informacyjnych na przystankach, a także określenia sankcji w przypadku niespełnienia przez wykonawcę powyższego warunku w postaci kary umownej bądź też odstąpienia od umowy.

Zamawiający wyjaśnił, że rzeczywiście nie określił, w jaki sposób dokona weryfikacji powyższych wymagań, ale jest to uzasadnione tym, że na obecnym etapie Zamawiający nie

posiada na przystankach tablic informacyjnych, które informować będą pasażerów o rzeczywistych odjazdach autobusów z przystanków. Zamawiający w okresie realizacji zamówienia dokona montażu tych tablic i wtedy potrzebny mu będzie dostęp do bazy danych, który pragnie sobie zagwarantować umową.

Zamawiający wskazał, że nie przewidział sankcji w postaci kary umownej lub odstąpienia od umowy w przypadku niespełnienia warunków wskazanych w § 6 ust. 18, co nie oznacza, że naruszono zapisy art. 7 ust. 1 lub art. 29 ust. 1 i 2 PZP.

Zamawiający wyjaśnił, że nie ma obowiązku obwarowywać każdego zobowiązania jakie zapisane zostaje w umowie karą umowną lub sankcją odstąpienia od umowy. Brak takich sankcji nie powoduje, że zobowiązanie nie istnieje ani nie wyklucza stosowania innych środków niż kara umowna lub odstąpienie od umowy, które przewidują przepisy Kodeksu cywilnego. Kara umowna i umowne prawo odstąpienia to środki wzmacniające możliwość egzekwowania zobowiązań, ale nie środki, które zamawiający musi wprowadzać i nie środki, bez których egzekwowanie zobowiązań jest niemożliwe. Obowiązek spełnienia świadczenia istnieje niezależnie od tego czy, przewidziano w umowie kary umowne lub prawo odstąpienia.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest wykonawcą zainteresowanym uzyskaniem zamówienia w niniejszym postępowaniu.

Izba uznała za bezzasadny zarzut sformułowany w punkcie 1 odwołania. Wyrażenie „termin wykonania zamówienia”, użyte w ust. 3 pkt 11 SIWZ, § 6 ust 1.8 oraz ust. 20 wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ jest zrozumiałe i nie wymaga sprecyzowania. Termin wykonania zamówienia został zdefiniowany w ust. 4 SIWZ, gdzie po zmianach treści SIWZ dokonanych 17 czerwca 2015 znajduje się zapis następującej treści: „*Termin wykonania zamówienia. Termin wykonania zamówienia obejmuje okres od 1 listopada 2015 r do 30 czerwca 2016 r.*” Zakres czasowy tego terminu został więc przez Zamawiającego ustalony, dlatego też nie występuje potrzeba dodatkowego precyzowania zapisów. Skoro

wykonawca jest zobowiązany do realizacji zamówienia, czy do spełnienia określonych obowiązków w terminie wykonania zamówienia, to oznacza, że zachodzi konieczność realizacji zamówienia, spełnienia określonych obowiązków w okresie od 1 listopada 2015 r do 30 czerwca 2016 r.

Twierdzenie Odwołującego, jakoby twierdzenie „termin wykonania zamówienia” było niezrozumiałe i wymagało sprecyzowania jest zupełnie bezzasadne.

W ocenie Izby Zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust: 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Odwołującego, naruszenie tych przepisów miało nastąpić *„poprzez błędne wskazanie w ust. 3 pkt 11) SIWZ liczby pracowników zatrudnionych przez wykonawcę w oparciu o umowę o pracę w pełnym wymiarze godzin, koniecznych dla wykonania przedmiotu umowy, która ma zostać zawarta w wyniku przeprowadzenia przedmiotowego Postępowania, a także poprzez niewskazanie liczby pracowników, których wykonawca obowiązany jest zatrudnić w oparciu o umowę o pracę w niepełnym, wymiarze godzin, co oznaczać może dla realizacji umowy mogą zostać dopuszczone podmioty które nie będą w stanie zrealizować usługi w sposób należyty, co będzie wymuszało rozwiązanie stosunku zobowiązaniowego”*.

Zgodnie z art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia, dotyczące zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem lub charakterem tych czynności. Zamawiający określił dla całego zamówienia zatrudnienie na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy minimum 127 osób na stanowisku kierowcy autobusu (minimum 111 kierowców zatrudnionych w pełnym wymiarze czasu pracy dla X części zamówienia oraz minimum 16 kierowców zatrudnionych w pełnym wymiarze czasu pracy dla II części zamówienia). Podkreślenia wymaga, że Zamawiający może opisać przedmiot zamówienia stosownie do swoich potrzeb. W niniejszym postępowaniu Zamawiający określił minimalną liczbę pracowników, co do których jest wymagana umowa o pracę jako podstawa zatrudnienia. Zamawiający nie narzucił Wykonawcy górnej granicy osób zatrudnionych na stanowisku kierowca autobusu, precyzując jednocześnie wymaganie, że wykonawca zobowiązuje się świadczyć usługi przewozowe zgodnie z rozkładem jazdy, punktualnie (odjazd punktualny z tolerancją -1 i +5 minuty w odniesieniu do planowanego odjazdu z każdego przystanku), przy zachowaniu przepisów Prawo o ruchu drogowym, Prawa przewozowego oraz przepisów dotyczących czasu pracy kierowców. Ostateczna niezbędna ilość kierowców autobusów do zatrudnienia przez Wykonawcę będzie uzależniona od ilości

osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w niepełnym wymiarze czasu pracy, od ustalonej przez Wykonawcę ilości kierowców pracujących jako rezerwa dla: obsługi awarii pojazdów, od częstotliwości korzystania przez pracowników Wykonawcy ze zwolnień chorobowych. Podkreślenia wymaga fakt, że Zamawiający użył sformułowania „minimum”. Zatem minimalne potrzeby określił Zamawiający. Pozostałe osoby na stanowisku kierowca autobusu w ilości niezbędnej do obsługi zamówienia, Wykonawca może zatrudnić w pełnym lub niepełnym wymiarze czasu pracy. Pozostawienie dowolności w tym zakresie nie może być uznane za naruszenie przez Zamawiającego przepisów prawa. W ocenie Izby nie mamy także do czynienia z niejednoznacznym opisem zamówienia. Wykonawcy znając warunki zamówienia, mogą według swoich potrzeb i rozeznania ukształtować realizację zamówienia.

W ocenie Izby Zamawiający nie naruszył także art. 7 ust. 1 oraz art 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, co zdaniem Odwołującego miało nastąpić *„poprzez sformułowanie przez Zamawiającego w § 6 ust. 1 pkt 5 ppkt d) Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 11 do SIWZ, wymagań dotyczących wyświetlaczy elektronicznych podających informację o trasie przejazdu autobusu o numerze linii w sposób, uniemożliwiający jednolitą interpretację postanowień umowy, a w konsekwencji - uniemożliwiający przygotowanie oferty, co stanowi naruszenie zasady przeprowadzania przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także nakazu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz zakazu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.”*

Należy podkreślić, że zakres usługi odnosi się do świadczenia usług przewozowych w zakresie publicznego transportu drogowego i dotyczy przewozu osób. Celem informacji zewnętrznej jest identyfikacja pojazdu na określonej linii przez podróżnego. Zamawiający zamieścił wskazania, jakie informacje mają znaleźć się na wyświetlaczu elektronicznym. Wyświetlacze elektroniczne mają przedstawiać informację o trasie przejazdu autobusu i numerze linii w szczegółowo określony sposób. Logicznym zatem jest, że informacja podawana na wyświetlaczu przeznaczona jest dla podróżnego znajdującego się na zewnątrz pojazdu i dla takiej osoby powinna być widoczna. Tym samym, używając wyrażenia informacja zewnętrzna (w odniesieniu do wyświetlaczy), Zamawiający odnosił się do okoliczności, że informacja powinna być czytelna dla podróżnego z zewnątrz pojazdu. Odwołujący nie powinien mieć zatem żadnych wątpliwości co do tego, że informacja ta powinna być widoczna dla podróżnego znajdującego się na zewnątrz pojazdu. Fizyczne umieszczenie wyświetlaczy musi być takie, aby spełniło wymagania określone w § 6 ust. 1

wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 11 do SIWZ cyt. „Wykonawca zobowiązuje się świadczyć usługę przy użyciu autobusów wykazanych w załączniku nr 6 do umowy oraz wymienionych w protokole, o którym mowa w § 6 ust. 3, spełniających wymagania polskich przepisów w sprawie dopuszczenia autobusu do ruchu (określone w rozporządzeniu Ministra infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia)”.

Jak wyjaśnił Zamawiający, bez znaczenia pozostaje okoliczność, czy Wykonawca umieści wyświetlacze z informacją zewnętrzną na zewnątrz, czy też wewnątrz pojazdów. Istotne jest jedynie, aby informacje zawarte na tych wyświetlaczach były widoczne dla osób, znajdujących się na zewnątrz pojazdu. Tym samym, w ocenie Izby nie można uznać, że opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny. W szczególności, że dotyczy wykonawców, którzy na co dzień realizują zamówienia z zakresu transportu, zatem standardy w zakresie informacji zamieszczanych na pojazdach są im znane. Nadto Zamawiający zauważył, czemu nie zaprzeczył Odwołujący, że wyświetlacze podlegają określonym normom.

Izba za bezzasadne uznała także zarzuty podniesione pod numerem 4,5,6 odwołania.

Izba ustaliła, że Zamawiający w treści zmienionej SIWZ zawarł w par 6 ust. 20 – 22 załącznika nr 11 do SIWZ (wzór umowy) następujące postanowienie:

20. Wykonawca w terminie wykonania zamówienia jest zobowiązany do zatrudnienia na umowę o pracę (pełny etat) minimum 111 pracowników (zapis dotyczący umowy na I część zamówienia, 16 pracowników (zapis dotyczący umowy na II część zamówienia) na stanowisku kierowca autobusu.

21. Wykonawca do 7 dnia każdego miesiąca w okresie realizacji zamówienia sporządzi w wersji papierowej aktualny na dzień sporządzenia wykaz zatrudnionych kierowców zawierający co najmniej: imię i nazwisko, numer PESEL, numer służbowy, wymiar zatrudnienia.

22. Na życzenie Zamawiającego Wykonawca jest zobowiązany udostępnić do wglądu wykaz, o którym mowa w ust. 21 oraz przedstawić umowy o pracę wskazanych przez Zamawiającego pracowników Wykonawcy.

W ocenie Izby z treści wzoru umowy wynika zatem, że Zamawiający co miesiąc powinien otrzymywać od Wykonawcy informacje, które mogą stanowić podstawę do żądania zapłaty przez Wykonawcę kar umownych. Ponadto informacji tych Zamawiający może żądać od Wykonawcy w każdym czasie i bez ograniczeń co do częstotliwości takich żądań. Z treści wzoru umowy wynika więc, że w każdym przypadku, gdy Zamawiający poweźmie informację na temat działań Wykonawcy dotyczących sposobu zatrudnienia pracownika sprzecznego z treścią umowy, uprawniony jest do żądania zapłaty kary umownej. W ocenie Izby przyjęcie

takiego rozwiązania nie narusza żadnego przepisu prawa, a wręcz przeciwnie, prowadzi do uzyskania przez Zamawiającego instrumentu prawnego pozwalającego na wymuszenie realizacji umowy przez Wykonawcę zgodnie z treścią tej umowy. Zamawiający nie może tolerować stanu sprzecznego z umową i likwidacji takiego stanu służą przewidziane w umowie kary umowne. W ocenie Izby nie jest zatem zasadne stwierdzenie, że nie jest jednoznaczne postanowienie, że za każdy stwierdzony przypadek braku zatrudnienia kierowcy na umowę o pracę naliczona zostanie kara umowna. Z postanowienia tego wynika, w świetle zapisów umowy stanowiącej załącznik nr 11 do SIWZ, że stwierdzenie: każdy pojedynczy przypadek oznacza przypadek każdego jednego kierowcy zatrudnionego na innej umowie niż umowa o pracę i przypadek może być stwierdzony każdego dnia wykonywania pracy. Skoro Zamawiający przewidział w umowie kontrole w każdym miesiącu, a także dodatkowo, na jego na życzenie (czyli może to mieć miejsce każdego dnia), to za każdym razem, gdy stwierdzi brak zatrudnienia kierowcy na podstawie umowy o pracę, może naliczyć karę umowną.

W świetle postanowień umowy, nie można mówić o jakiegokolwiek niejasności czy niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia.

Izba za spóźniony uznała zarzut Odwołującego, dotyczący par. 6 ust. 13 wzoru umowy. Zgodnie z par 11 ust. 1 lit y, za niespełnienie wymagań określonych w par 6 ust. 13 umowy Zamawiający przewidział równowartość zapłaty za 10 wozokilometrów za każdy stwierdzony przypadek. W par. 6 ust. 13 Zamawiający przewidział wymaganie aby Wykonawca zapewnił obsługę linii przez kierowców ubranych schludnie i estetycznie. Postanowienie takie istniało już w SIWZ przed dokonaną modyfikacją. Zatem Wykonawca miał możliwość zaskarżenia postanowienia w terminie 10 dni od daty publikacji SIWZ. Podnoszenie zarzutu dotyczącego zapisu par. 6 ust. 13 w związku z par 11 ust. 1 lit y jest zarzutem spóźnionym i nie podlega rozpoznaniu przez Izbę.

W ocenie Izby zarzuty podnoszone w punkcie 5 i 6 odwołania nie zasługują na uwzględnienie. Odnosząc się do zarzutu opisanego w punkcie 5, należy wskazać, że istotne znaczenie ma cel czynności przewidzianych przez Zamawiającego, a nie ich określona nazwa. W niniejszej sprawie Zamawiający wskazał, że zamierza sprawdzić istnienie wszystkich funkcjonalności systemu, które wymienione są w par 6 ust. 17 pkt 1-4 załącznika nr 11 do SIWZ. Z tego punktu widzenia nie ma znaczenia, czy taka weryfikacja zostanie nazwana jako „ogłędziny”, czy też jako test. Istotne jest, że oferowany przedmiot zamówienia musi spełnić wszystkie funkcjonalności. Zamawiający nie musi przewidywać szczegółowej procedury, według której miałyby nastąpić weryfikacja funkcjonalności. Wykonawca

zobowiązany będzie do wykazania, że takie funkcjonalności oferowany przedmiot zamówienia posiada.

Podobne rozważania dotyczą zarzutu określonego w odwołaniu pod numerem 6. Stawiając wymóg zapewnienia dostępu do baz danych posiadanych przez Wykonawcę systemu zarządzającego informacją w zakresie niezbędnym do przekazywania informacji o rzeczywistym czasie odjazdów pojazdów do elektronicznych tablic na przystankach, Zamawiający nie był zobowiązany do określenia szczegółowych sposobów, w jaki dostęp do tego systemu miałby zostać zapewniony. Istotne jest, że oferowany przedmiot zamówienia musi spełnić tę funkcjonalność. Okoliczność, że Zamawiający nie przewidział kary umownej z tytułu niezapewnienia dostępu do systemu zarządzającego informacją nie oznacza naruszenia przez Zamawiającego jakichkolwiek przepisów prawa. To do uznania Zamawiającego należy określenie, które obowiązki Wykonawcy są dla Zamawiającego na tyle istotne, że za ich naruszenie Zamawiający przewiduje zapłatę kary umownej. Izba podziela także stanowisko Zamawiającego, że brak takich sankcji nie powoduje, że zobowiązanie nie istnieje ani nie wyklucza stosowania innych środków niż kara umowna lub odstąpienie od umowy, które przewidują przepisy Kodeksu cywilnego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący:

.....