

Sygn. akt: KIO 4659/24

## POSTANOWENIE

Warszawa, 23 grudnia 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca: Izabela Niedziałek-Bujak**

po rozpoznaniu na posiedzeniu 23 grudnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 9 grudnia 2024 r. przez odwołującego – wykonawcę **RELOBUS Transport Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. gen. Jana Henryka Dąbrowskiego 8/24, 87-100 Toruń w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Gminę Miasto Radom, Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji**, ul. Traugutta 30/30 A, 26-600 Radom

przy udziale przystępującego po stronie odwołującego – wykonawcy **Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Gostyninie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. 18-go Stycznia 36, 09-500 Gostynin

**postanawia:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego – RELOBUS Transport Polska Sp. z o.o. z/s w Toruniu kwoty 13.500 zł 00 gr. (trzydzieści tysięcy pięćset złotych), stanowiącej 90% wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

**Przewodniczący:.....**

Sygn. akt: KIO 4659/24

### Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Radomiu, w trybie podstawowym na świadczenie usług przewozów autobusowych w zbiorowej komunikacji miejskiej nadzorowanej przez Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Radomiu (nr postępowania: NZ.2603.52.2024), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 29.11.2024 r., S 233/2024 729399-2024, wobec treści ogłoszenia i specyfikacji warunków zamówienia, wniesione zostało 09.12.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy Relobus Transport Polska sp. z o.o. z/s w Toruniu (sygn. akt KIO 4659/24).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) naruszenie art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 362 pkt 1) PZP w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp, art. 436 pkt 1 Pzp oraz art. 353(1) w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp w związku z art. 25 ust. 2 pkt 1 ustawy o publicznym transporcie drogowym poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia oraz sporządzenie projektowanych postanowień umowy - Załącznik nr 3 do SWZ (PPU), w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, nieadekwatny, naruszający uczciwą konkurencję, naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy, w zakresie w jakim Zamawiający wskazał zbyt krótki, okres świadczenia usług przewozowych i przewidział zawarcie umowy na okres 120 miesięcy, z pominięciem faktu, że Wykonawca w pierwszym okresie (wynoszącym dla 1 etapu 12 miesięcy a dla 2 etapu 33 miesięcy) nie będzie faktycznie realizować usług przewozowych, które są objęte przedmiotem umowy, co oznacza, że okres świadczenia usługi pojazdami elektrycznymi i pojazdami z napędem konwencjonalnym w etapie 2 wynosićby zaledwie 7,5 roku, w szczególności przez przyjęcie następujących zapisów w SWZ:

A) w punkcie VI. SWZ TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA zapisu: „Zamawiający wymaga, aby zamówienie i wykonane w terminie:

1) rozpoczęcie wykonywania zamówienia: od daty podpisania umowy, jednak nie później niż 05.03.2025r.

2) rozpoczęcie świadczenia usług przewozowych:

a) etap I: 05.03.2026r.

b) etap II: 28.11.2027r.

3) zakończenie wykonywania zamówienia: 120 miesięcy od daty podpisania umowy”,

B) w załączniku nr 3 do SWZ Projektowane postanowienia umowy w punkcie 12.

OBOWIAZYWANIE UMOWY podpunkcie 12.1. zapisu: „Niniejsza Umowa zostaje zawarta na okres: rozpoczęcie wykonywania Umowy: .....r. (od daty podpisania umowy, jednak nie później niż 05.03.2025r.), zakończenie wykonywania Umowy: .....r. (120 miesięcy od daty podpisania umowy)”,

C) w załączniku nr 11 do SWZ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w punkcie I

Przedmiot zamówienia podpunkcie 3 zapisu: „okres obowiązywania umowy: 120miesięcy od dnia podpisania umowy

I etap: 5.03.2026r - rozpoczęcie świadczenia usług przewozowych na liniach nr 8, 13

II etap: 27.11.2027r - rozpoczęcie świadczenia usług przewozowych na liniach 2, 5, 6, 22 (tylko dzień powszedni), 25 (tylko soboty i niedziele), 26”

D) przyjęcie w załączniku nr 11 do SWZ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w

punkcie II Termin realizacji zamówienia zapisu: „Umowa o świadczenie usług przewozowych zawarta będzie na okres 10 lat (120 miesięcy), przy czym realizacja usług przewozowych w I etapie wynosić będzie 108 miesięcy licząc od dnia rozpoczęcia świadczenia usług (nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy od dnia podpisania umowy), a w II etapie 87 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług. Rozpoczęcie świadczenia usług przewozowych zgodnie z terminami podanymi w punkcie I”;

2) naruszenie art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy PZP w zw. z art. 112 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy PZP w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 362 pkt 1) ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy PZP w zw. z par. 9 ust 1 pkt 10 Rozporządzenia MRPiT z 23.12.2020 w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, poprzez niewłaściwe opisanie przedmiotu zamówienia i wadliwe (tj. w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny oraz przez zobowiązanie wykonawcy do złożenia oświadczenia o dysponowaniu lub możliwości dysponowania w przyszłości pojazdami, w sytuacji gdy pojazdy na dzień składania ofert nie zostały jeszcze wyprodukowane (nie istnieją) określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej w zakresie pojazdów dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia przez przyjęcie w punkcie VII SWZ WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU podpunkcie 2 podpunkcie 4 b) zapisu: „Warunek zdolności technicznej w zakresie pojazdów dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia - zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował fabrycznie nowymi, dopuszczonymi do ruchu zgodnie z prawem polskim, spełniającymi parametry opisane w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, niżej wymienionymi autobusami, tj.:

- dla etapu I: minimum 12 sztuk jednakowych autobusów miejskich klasy maxi z napędem konwencjonalnym z normą emisji spalin Euro 6d, wyprodukowanymi nie wcześniej niż w 2025 roku oraz

- dla etapu II: minimum 25 sztuk autobusów miejskich klasy maxi, w tym co najmniej 11 jednakowych sztuk z napędem elektrycznym oraz 14 jednakowych sztuk z napędem konwencjonalnym z normą emisji spalin Euro 6d, wyprodukowanymi nie wcześniej niż w 2027 roku.

**UWAGA!**

Zamawiający wymaga, aby wszystkie autobusy z napędem konwencjonalnym dla etapu I i II pochodziły od jednego producenta”

oraz przyjęcie w pkt IX. 6. 4b) SWZ Podmiotowe środki dowodowe wymagane od Wykonawcy obejmują (...)

W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej: (...) wykaz pojazdów (autobusów) dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami - załącznik nr 8 do SWZ.

3) naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy PZP w zw. z art. 433 pkt 4 ustawy PZP w zw. z art. 362 pkt 1) ustawy PZP w zw. z art. 8 ust 1 ustawy PZP oraz art. 5 kc w zw. z art. 353 (1) k.c. przez wskazanie możliwości rozwiązania umowy za uprzednim 24 miesięcznym wypowiedzeniem przez Zamawiającego i ograniczenia zamówienia do poziomu rażąco niskiego, nieproporcjonalnego, co skutkuje naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, uniemożliwia realną wycenę oferty (art. 99 ust 1 ustawy pzp) z uwagi na niepewność do faktycznego zakresu, który w ramach zamówienia realizował będzie Wykonawca w zakresie postanowienia

zawarte w Załączniku nr 3 w zakresie pkt 11.6 tj. „Niniejsza Umowa może zostać rozwiązana za porozumieniem Stron. Stronom przysługuje prawo rozwiązania niniejszej Umowy za porozumieniem stron, za uprzednim 24 - miesięcznym wypowiedzeniem, złożonym drugiej stronie w formie pisemnej” w szczególności, że wskazane postanowienie nie koresponduje z możliwością ograniczenia zakresu przedmiotu zamówienia o jedynie 10% przewidzianego w 3.4. Umowy

4) naruszenie art. 353(1) KC, jak i art. 483 KC w zw. z 439 ust. 1 PZP w zw. z art. 433 pkt 2 Pzp w zw. z art. 362 pkt 1) PZP zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez ukształtowanie stosunku prawnego (umowy) w sposób sprzeczny z jego właściwością oraz zasadami współżycia społecznego, prowadzący do nadużycia przez Zamawiającego jego podmiotowego prawa poprzez rażąco wykorzystanie dominującej pozycji "organizatora przetargu", w tym wprowadzenie do projektowanych postanowień umowy i jego załączników postanowień w sposób rażąco naruszający równowagę kontraktową stron, przerzucający na wykonawców niemożliwe do oszacowania ryzyka kontraktowe, w tym wynikające z okoliczności niezależnych od wykonawcy, przewidujące obowiązki wykonania przez wykonawców czynności nieznanych w dniu składania oferty z tym zastrzeżeniem, że wykonawca zobowiązany będzie je wykonać bez dodatkowego wynagrodzenia, poprzez niejasne, nieprecyzyjne, niejednoznaczne lub rażąco niekorzystne dla wykonawców postanowienia umowy, a co za tym idzie w sposób niezgodny z przepisami Pzp, sprzeciwiając się tym samym naturze stosunku zobowiązaniowego; co znalazło odzwierciedlenie w szczególności w:

A) postanowieniu 2.3. b) Załącznika nr 3 do SWZ Projektowane Postanowienia Umowy Ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej, o którym mowa powyżej, powinno obejmować okres od dnia podpisania Umowy do daty zakończenia wykonywania przedmiotu Umowy i opiewać na kwotę co najmniej 5.000.000,00 PLN (słownie: pięć milionów złotych). Zawarcie przez Wykonawcę umowy ubezpieczenia na określonej w zdaniu poprzednim kwotę nie zmniejsza jego odpowiedzialności względem Zamawiającego oraz wszelkich osób trzecich (Wykonawca odpowiada za wyrządzoną szkodę do pełnej wysokości).

B) postanowieniu 2.3. c) Załącznika nr 3 do SWZ Projektowane Postanowienia Umowy utrzymywania przez cały okres, na jaki została zawarta niniejsza Umowa ubezpieczenia wykorzystywanych przez Wykonawcę pojazdów zgodnie z wymogami wynikającymi z przepisów obowiązującego prawa – pomimo braku realizacji usług wynikających z umowy,

5) naruszenie art. 138 ust. 1 PZP w zw. z art. 362 pkt 1) ustawy PZP zw. z art. 16 pkt 1 3 PZP poprzez wyznaczenie w XVIII punkcie SWZ SPOSÓB I TERMIN SKŁADANIA I OTWARCIA OFERT podpunkcie 1 zbyt krótki nieuwzględniającego skomplikowania przedmiotu zamówienia i czasu oczekiwania na oferty od producentów autobusów terminu składania ofert przez przyjęcie zapisu: „Ofertę należy złożyć za pośrednictwem Platformy e-Zamówienia do dnia 08.01.2025r. do godz. 10.00”;

6) naruszenie art. 439 PZP w zw. z art. 353 (1) oraz art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 362 pkt 1 ustawy PZP poprzez przyjęcie w załączniku nr 3 do SWZ Projektowane postanowienia umowy w punkcie 11 ZMIANA I ROZWIĄZANIE UMOWY, ODSTĄPIENIE OD UMOWY podpunkcie 11.1 podpunkcie 11.1.5 za dotyczącego waloryzacji o treści: „Maksymalna wartość zobowiązania za wykonanie przedmiotu Umowy z uwzględnieniem wszystkich waloryzacji nie może przekroczyć kwoty 125% wysokości wynagrodzenia brutto, o którym mowa w pkt 6.1.1 Umowy. Postanowień umownych w zakresie waloryzacji nie stosuje się od chwili osiągnięcia limitu, o którym mowa powyżej”, który to zapis nie przystaje do rzeczywistości z uwagi na planowany okres realizacji zamówienia, oznacza przerzucenie ryzyka związanego ze wzrostem kosztów realizacji zamówienia i osiągnięcia maksymalnej wartości zobowiązania za wykonanie przedmiotu Umowy na Wykonawcę, co stanowi przejaw nadużycia przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż uniemożliwia oszacowanie kosztów realizacji zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty, a w efekcie powoduje, że ustalone przez Zamawiającego wynagrodzenie jest nieadekwatne do zakresu świadczenia i nie gwarantuje równowagi stron stosunku zobowiązaniowego oraz utrzymania ekwiwalentności świadczeń;

7) naruszenie art. 353(1) KC, art. 483 KC w zw. z art. 362 pkt 1) PZP zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP przez przyjęcie w załączniku nr 3 do SWZ Projektowane postanowienia umowy w punkcie 11 ZMIANA I ROZWIĄZANIE UMOWY, ODSTĄPIENIE OD UMOWY podpunkcie 11.7 zapisu: „Zamawiający zastrzega sobie prawo wypowiedzenia Umowy w przypadku osiągnięcia limitu kar umownych, o którym mowa w pkt 8.3 Umowy, z zachowaniem 6-miesięcznego okresu wypowiedzenia”, który jest sprzeczny z zasadami współżycia społecznego i prowadzi do nadużycia przez Zamawiającego jego podmiotowego prawa poprzez rażąco wykorzystanie dominującej pozycji "organizatora przetargu”.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu zmiany treści SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania, jak również przesunięcia terminu składania ofert do 14.02.2025 r. godzina 10:00.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie odwołującego wykonawca zainteresowany postępowaniem: Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Gostyninie Sp. z o.o.

Odwołujący 23.12.2024 r. przesłał oświadczenie, którym cofnął odwołanie w całości.

Na podstawie § 13 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. *w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. poz. 2453) umorzyła postępowanie odwoławcze w sytuacji wyczerpującej przypadek wskazany w art. 568 pkt 1 Ustawy. Zgodnie z art. 520 ust. 1 Ustawy *Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy*. Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego izba na podstawie § 9 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. *w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania* (Dz. U. poz. 2437) nakazała dokonanie zwrotu 90% wpisu.

**Przewodniczący:.....**