

**POSTANOWENIE**

Warszawa, dnia 7 stycznia 2025 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu 7 stycznia 2025 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

A) 9 grudnia 2024 r. przez odwołującego – wykonawcę **Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Gostyninie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. 18-tego Stycznia 36, 09-500 Gostynin (KIO 4663/24);

B) 9 grudnia 2024 r. przez odwołującego - wykonawcę **Mobilis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Posąg 7 Panien 8, 02-495 Warszawa (KIO 4669/24);

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Gmina Miasta Radomia, Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Radomiu**, ul. Traugutta 30/30A, 26-600 Radom

przy udziale uczestnika przystępującego po stronie odwołującego w postępowaniu KIO 4669/24 Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Gostyninie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. 18-tego Stycznia 36, 09-500 Gostynin

przy udziale uczestnika przystępującego po stronie odwołującego w postępowaniu KIO 4669/24 i KIO 4663/24 RELOBUS Transport Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. gen. Jana Henryka Dąbrowskiego 8/24, 87-100 Toruń

**postanawia:**

**sygn. akt KIO 4663/24**

**1 Umarza postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 1 Ustawy.**

**2 Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego – Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Gostyninie Sp. z o.o. kwoty 13.500 zł 00 gr. (trzynaście tysięcy pięćset złotych), stanowiącej 90% wpisu od odwołania.**

**sygn. akt KIO 4669/24**

**1 Umarza postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 2 Ustawy.**

**2 Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego – Mobilis Sp. z o.o. kwoty 15.000 zł 00 gr. (piętnaście tysięcy złotych) wpisu.**

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.

**Przewodnicząca:.....**

**Sygn. akt: KIO 4663/24, KIO 4669/24**

**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 specyfikacji warunków zamówienia, w tym postanowień umowy, wniesione zostały 9.12.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania wykonawców: Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Gostyninie sp. z o.o. (KIO 4663/24), Mobilis sp. z o.o. (KIO 4669/24).

Po wniesieniu odwołań zamawiający dokonał modyfikacji treści projektu umowy oraz swz, co uwzględnia również dalsze pytania składane w późniejszym terminie (zmiana z 18.12.2024 r.).

Zamawiający złożył odpowiedź na oba odwołania wnosząc o ich oddalenie. W odpowiedzi zamawiający wskazał na zmiany korespondujące z treścią zarzutów podniesionych w odwołaniach.

**I.KIO 4663/24 – odwołujący Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Gostyninie sp. z o.o.**  
**(odwołujący 1)**

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 439 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp w zw z art. 99 ust. 1 Pzp przez brak jednoznacznego i wyczerpującego określenia:
  - a)zmiany sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia (brak/niejednoznaczność ustalenia okresu bazowego od którego liczona jest waloryzacja);
  - b)okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy co ma wpływ na prawidłowe sporządzenie oferty (ustalenie jej poziomu wysokości) – zarzut nr 1 pkt 1;
- 2.art. 439 ust. 1 w zw. z ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wadliwe ukształtowanie początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia – zarzut nr 1 pkt 2;
- 3.art. 439 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 2 oraz pkt 3 ustawy Pzp przez brak ukształtowania/określenia w Projektowanych Postanowieniach Umownych sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia oraz określenia okresów , w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy w zw. z wystąpieniem okoliczności o których mowa w art. 439 ust. 3 – zarzut nr 1 pkt 3;
- 4.art. 353 (1) ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny w zw. z art. 16 pkt 3 Pzp w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 3 przez nieproporcjonalne ukształtowanie warunków umowy w zakresie postanowień dotyczących przyjęcia do wyliczenia wskaźnika waloryzacji o wadze 40% okresu 12 miesięcy odnośnie przeciętnego wynagrodzenia w gospodarce narodowej zamiast okresów kwartalnych jak dla innych składników służących wyliczeniu wskaźnika – zarzut nr 1 pkt 4;
- 5.Art. 353(1) Kc w zw. z art. 16 pkt 3 Pzp w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 2 i 3 przez nieproporcjonalne ukształtowanie warunków umowy w zakresie postanowień dotyczących ukształtowania sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia oraz sposobu określenia wpływu zmiany ceny na koszt wykonania zamówienia przez przyjęcie jako podstawy do wyliczenia wskaźnika waloryzacji stawki bazowej odnoszącej się do zmiany cen energii na poziomie 10% dla autobusów z napędem elektrycznym mimo, iż faktyczny poziom kształtuje się na poziomie min. 15%, co niezasadnie przerzuca ryzyko faktycznego wzrostu cen na wykonawcy – zarzut nr 1 pkt 5;
- 6.Art. 353(1) kc w zw. z art. 16 pkt 3 Pzp w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 4 w zw. z ustaleniem maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaka dopuszcza zamawiający na poziomie faktycznie uniemożliwiającym wykonawcy uzyskania rekompensatę zmniejszenia wartości pieniądza w okresie obowiązywania co prowadzi również do niedopuszczalnego zachwiania równowagi kontraktowej stron umowy o zamówienie publiczne poprzez nieproporcjonalne przerzucenie na wykonawcę w istocie niezidentyfikowanych ryzyk związanych ze zwiększeniem faktycznych kosztów realizacji zamówienia ponad wadliwie ukształtowaną przez zamawiającego maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia co ma również charakter nieproporcjonalny oraz narusza zasady uczciwej konkurencji – zarzut nr 1 pkt 1;
- 7.Art. 353 kc w zw. z art. 16 pkt 3 Pzp przez nieproporcjonalne ukształtowanie warunków umowy w zakresie postanowień dotyczących możliwości rozwiązania przez zamawiającego umowy ze skutkiem natychmiastowym w przypadku ziszczenia się naruszeń o skłai i wadze naruszenia nieadekwatnej do skutków – zarzut nr 2;
- 8.Art. 353(1) kc w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp przez ukształtowanie warunków umowy dotyczących określenia możliwości i sposobu wypowiedzenia umowy, w tym także terminu wypowiedzenia w sposób niejednoznaczny – zarzut nr 3;
- 9.Art. 439 ust. 1 w zw. z art. 455 ust. 1 Pzp przez brak opisanie w przesłankach istotnych zmian umowy rodzaju i zakresu dokonywanych zmian, w tym w szczególności skutków finansowych oraz zmiany sposobu wykonywania zamówienia w przypadku, w którym zmiany powszechnie obowiązujących przepisów prawa będą miały wpływ na realizację przedmiotu umowy – zarzut nr 4;
- 10.Art. 353(1) kc w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 433 pkt 4 Pzp przez ukształtowanie przepisów umowy w zakresie możliwości i sposobu ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego w sposób niejednoznaczny oraz art. 353(1) kc w zw. z art. 16 ust.3 Pzp przez ukształtowanie warunków umowy w sposób nieproporcjonalny w odniesieniu do określonej przez zamawiającego maksymalnej wartości zmniejszenia wozokilometrów – zarzut nr 5;
- 11.Art. 353(1) kc w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp przez ukształtowanie przepisów dotyczących przesłanek, okoliczności oraz warunków, w tym kontroli zamawiającego co do sposobu naliczania kar w sposób niejednoznaczny, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, nie uwzględniając w ten sposób dookreślenia wymagań i

okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty – zarzut nr 6.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i zmianę Projektowanych Postanowień Umowy wraz z załącznikami w sposób odpowiadający opisanemu w odwołaniu.

## **II. KIO 4669/24 – odwołujący Mobilis Sp. z o.o. (odwołujący nr 2).**

Odwołujący kwestionuje postanowienia swz oraz projektowane postanowienia umowy stanowiące załącznik nr 3 do swz, które prowadzić mają do naruszenia:

- 1) art. 3531 k.c.3, jak i art. 483 k.c. w zw. z 439 ust. 1 Pzp w zw. z art. 433 pkt 2 Pzp w 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) zasadach i warunkach waloryzacji umownej, które nie umożliwiają oddania faktycznych kosztów ponoszonych na bieżąco przez wykonawcę przy realizacji zamówienia w ich rzeczywistej wartości i nie zapewniają bieżącego przywracania ekwiwalentności świadczeń w oparciu o jasne i klarowne przesłanki;
  - b) wprowadzeniu niekorzystnych – z przyczyn nieuzasadnionych – postanowień w zakresie jednostronnego rozwiązania umowy na realizację zamówienia przez zamawiającego;
- 2) art. 99 ust. 1 - 4 Pzp poprzez:
  - a) określenie w treści cz. I pkt 8 lit. b) załącznika nr 11 do SWZ uprawnienia zamawiającego do stałego wycofania z ruchu (wykonania umowy) autobusów elektrycznych, które nie osiągną zasięgu 250 km – w sytuacji, gdy brak możliwości osiągnięcia rzeczonożego zasięgu może być spowodowany wadą lub usterką, która może zostać usunięta w toku normalnych czynności serwisowych, a samo postanowienie jest niejasne i budzi wątpliwości interpretacyjne chociażby w kontekście możliwości dalszego posługiwania się „wycofanym” autobusem;
  - b) określenie w treści cz. I pkt 4 oraz cz. III pkt 18.1 załącznika nr 11 do SWZ uprawnienia Zamawiającego polegającego na możliwości swobodnej zmiany przebiegu trasy linii autobusowej w sytuacji, gdy zmieniona trasa może uniemożliwić osiągnięcie zasięgu wynoszącego 250 km wymaganego dla autobusów elektrycznych przez zamawiającego zgodnie z treścią SWZ oraz OPZ;
  - c) opisanie w treści cz. III pkt 18.2.1 załącznika nr 11 do SWZ konkretnych bardzo szczegółowych (wręcz kazuistycznych) parametrów dotyczących przyspieszenia jakimi mają się charakteryzować autobusy o napędzie elektrycznym przy jednoczesnym spełnieniu konkretnych warunków w jakich muszą zostać spełnione te parametry dotyczące przyspieszenia, co zaś może być charakterystyczne dla pojazdów dostarczanych przez konkretnego producenta – w sytuacji, gdy wymóg taki nie jest uzasadniony przedmiotem zamówienia i warunkami jego realizacji, a tym samym utrudnia uczciwą konkurencję między wykonawcami;
- 3) art. 99 ust. 1 i 2 Pzp poprzez opisanie w treści Rozdziału VII. pkt 2. Ppkt 4 lit. b) SWZ oraz cz. III pkt 1 załącznika nr 11 do SWZ poprzez wymóg dostarczenia pojazdów (autobusów) o napędzie konwencjonalnym zarówno dla etapu I i II Umowy przez tego samego producenta tych pojazdów, w sytuacji gdy wymóg taki nie jest uzasadniony przedmiotem zamówienia, a tym samym jest nieproporcjonalny – co w konsekwencji wpływa na ograniczenie konkurencji w Postępowaniu i narażać może wykonawcę na dodatkowe, niczym nieuzasadnione koszty;
- 4) art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 roku w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy („Rozporządzenie dokumentowe”) poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale VII pkt 2 ppkt 4 lit. b) SWZ oraz wymogu w Rozdziale IX pkt 6 ppkt 4 lit. b) SWZ w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nadmierny i uniemożliwiający faktyczną ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia oraz niezgodny z Rozporządzeniem dokumentowym, tj. poprzez zobligowanie wykonawcy do złożenia oświadczenia o dysponowaniu lub możliwości dysponowania w przyszłości fabrycznie nowym taborem autobusowym wyprodukowanym nie wcześniej niż w 2025 roku (w odniesieniu do co najmniej 12 sztuk autobusów o

napędzie konwencjonalnym) i 2027 roku (w odniesieniu do co najmniej 14 sztuk autobusów o napędzie konwencjonalnym oraz 11 sztuk autobusów z napędem elektrycznym) i spełniającym szczegółowe parametry opisane w OPZ, w sytuacji, gdy przedmiotowe autobusy nie istnieją (nie będą wyprodukowane) na dzień składania ofert w postępowaniu, a złożenie oświadczenia o dysponowaniu nimi w przyszłości może skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy z uwagi na brak wykazania realności dysponowania zasobami;

5)art. 134 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 436 pkt 1 Pzp oraz art. 99 ust. 1 - 4 Pzp poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia polegające na określeniu terminu rozpoczęcia realizacji usług przewozowych dla etapu pierwszego (etap I) umowy konkretnym (sztywnym) terminem kalendarzowym tzn. 5-go marca 2026 roku bez uzasadnionej przyczyny, co kreuje dodatkowe ryzyka po stronie wykonawcy m.in. w kalkulacjach ofertowych, skutkuje niepewnością co do sposobu wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z treścią Projektu Umowy oraz w niezasadny sposób ogranicza uczciwą konkurencję;

6)art. 99 ust. 1 - 4 Pzp w zw. z art. 4 pkt 7 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 roku w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) poprzez błędną jego interpretację, a w konsekwencji błędne przypisanie – w zakresie określonym w Umowie powierzenia przetwarzania danych osobowych - wykonawcy roli administratora danych osobowych w rozumieniu ww. przepisu;

a w konsekwencji powyższych

7)art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu zmianę postanowień SWZ, Projektu Umowy oraz załączników do Projektu Umowy w sposób wskazany w treści odwołania.

### **Stanowisko Izby**

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.).

Postępowanie odwoławcze w sprawach połączonych podlegało umorzeniu w oparciu o dwie podstawy prawne.

W sprawie o sygn. akt KIO 4663/24 podstawa umorzenia wynika z oświadczenia odwołującego wniesionego drogą elektroniczną przed otwarciem posiedzenia o wycofaniu w całości odwołania (pismo z 6.01.2025 r.).

Na podstawie art. 568 pkt 1 Ustawy izba umarza postępowanie odwoławcze. 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.

W sprawie o sygn. akt KIO 4669/24 podstawą umorzenia są oświadczenia stron złożone na posiedzeniu, w tym deklaracja zamawiającego dokonania zmian w sposób wskazany do protokołu posiedzenia, które odwołujący ocenił, jako zmiany satysfakcjonujące. Tym samym na moment wydania postanowienia brak było potrzeby rozstrzygnięcia w zakresie wstępnie podtrzymanych zarzutów dotyczących projektowanych postanowień umownych, tj. pkt 11.1.5 i 11.8. Izba uwzględniła również znaczenie, jakie w świetle wprowadzonych szerokich zmian postanowień, w tym projektowanych postanowień umownych, miało stanowisko zamawiającego. Wprawdzie zamawiający wnosił o oddalenie odwołania, to jednocześnie wprowadził zmiany, które stanowiły reakcję na zarzuty sformułowane w odwołaniu. Powyższe, w ocenie składu orzekającego prowadzić powinno do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 Ustawy, gdyż zmiany faktycznie wprowadzały nowe brzmienie postanowień, czyniąc zbędnym rozpoznawanie zarzutów w kształcie odnoszącym się do wcześniejszych postanowień dokumentacji postępowania.

Orzekając o kosztach w oparciu o przepisy § 9 ust. 2 2437), Izba nakazała zwrócić na rzecz odwołującego kwotę wpisu.

**Przewodniczący: .....**