Sygn. akt: KIO 2172/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 15 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Stankiewicz-Baraniak
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 czerwca 2024 r. przez wykonawcę RELOBUS Transport Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu, przy ul. ul. Dąbrowskiego 8/24 (87-100 Toruń), w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasta Gdańska Urząd Miejski w Gdańsku, ul. Nowe Ogrody 8/12 (80-803 Gdańsk) w imieniu zamawiającego Zarządu Transportu Miejskiego w Gdańsku, przy ul. Na Stoku 49 (80-874 Gdańsk)

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy RELOBUS Transport Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu, uiszczonej tytułem 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.

Przewodnicząca: …….....

Sygn. akt: KIO 2172/24

Uzasadnienie

Gmina Miasta Gdańska Urząd Miejski w Gdańsku prowadzi postępowanie w imieniu zamawiającego Zarządu Transportu Miejskiego w Gdańsku (zwanego dalej: „Zamawiający").

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usług przewozowych w zakresie autobusowego lokalnego transportu zbiorowego na terenie Gminy Miasta Gdańska i gmin sąsiednich w okresie od 01.01.2026 r. do 31.12.2035 r., - sygn.. BZP.271.4.2024 (zwane dalej: „postępowaniem").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 czerwca 2024 r., numer ogłoszenia: 343139-2024, nr wydania Dz.U.S:112/2024

Wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) (zwanej dalej: „Pzp").

W postępowaniu tym wykonawca RELOBUS Transport Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu (zwany dalej: „odwołującym") w dniu 21 czerwca 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (pisownia oryginalna) na niezgodne z przepisami ustawy czynności zamawiającego, podjęte oraz zaniechane w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego tj. ustanowienie w SWZ w tym rozdziale 17 SWZ tj. we wzorze umowy i w załącznikach do wzoru umowy postanowień, które są dyskryminujące, utrudniają dostęp do zamówienia wykonawcom oraz przerzucają na wykonawcę całe ryzyko związane z realizacją zamówienia, a także stanowią przejaw nadużycia przez zmawiającego dominującej pozycji organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. naruszenie art. 99 ust. 1 i 2 ustawy PZP w zw. z art. 362 pkt 1) PZP w zw. z art. 431 PZP w zw. z art. 433 PZP w zw. z art. 3531 oraz art. 5 kc w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP poprzez przyjęcie w rozdziale 17 SWZ tj. we wzorze Umowy i w załącznikach do wzoru Umowy postanowień, które są dyskryminujące, utrudniają dostęp do zamówienia wykonawcom oraz przerzucają na Wykonawcę całe ryzyko związane z realizacją zamówienia, a także stanowią przejaw nadużycia przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w szczególności poprzez:
   a) przyjęcie w § 1 pkt 40 wzoru Umowy zapisu, że: „zajezdnia musi być zlokalizowana w odległości nie większej niż 15 km w linii prostej od punku referencyjnego "geograficznego środka Gdańska" określonego współrzędnymi GPS: szerokość geograficzna 54.35100; długość geograficzna 18.61054";
   b) przyjęcie w § 12 ust. 1.5. wzoru Umowy zapisu, że: „Oprócz przypadków określonych w Kodeksie Cywilnym,

Zamawiający może odstąpić od umowy, bez wyznaczania Wykonawcy dodatkowego terminu, w następujących przypadkach: nie zawarcia umowy z InnoBalticą o której mowa § 4 ust. 45, przed realizacją przedmiotu zamówienia";

c) przyjęcie w § 12 ust. 7 wzoru Umowy zapisu: „Zamawiający uprawniony jest do złożenia oświadczenia o wypowiedzeniu umowy w przypadku utworzenia związku metropolitalnego w województwie pomorskim, w skład którego zostanie włączona Gmina Miasta Gdańska";

d) przyjęcie w § 12 ust. 8 wzoru Umowy zapisu: „W przypadku zaistnienia okoliczności wskazanej w ust. 7 Zamawiający jest uprawniony do złożenia oświadczenia o wypowiedzeniu umowy, które winno być złożone najpóźniej w terminie 3 miesięcy od dnia ostatecznego utworzenia związku metropolitalnego w województwie pomorskim, ze skutkiem na koniec następnego roku kalendarzowego następującego po dacie złożenia oświadczenia o wypowiedzeniu umowy";

e) przyjęcie w § 14 ust. 5 wzoru Umowy, w punkcie 3 ppkt 3.8-3.9 Załącznika nr 3 do wzoru Umowy tj. „Parametry techniczno-użytkowe zamawianych pojazdów" oraz Załączniku nr 17 do wzoru Umowy tj. „Umowa powierzenia przetwarzania danych osobowych" sprzecznych zapisów odnośnie przetwarzania danych osobowych i systemu monitoringu wnętrza pojazdu, w tym niezgodnych z art. 5 ust. 1 a] , b), c) i f) Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. 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);

f) przyjęcie w Załączniku nr 15 do wzoru Umowy tj.: „Wykaz kar umownych" w tabeli pod l.p. 81, że zamawiający ma prawo naliczyć karę umowną za brak sprawnego Systemu FALA w pojazdach";

g) przyjęcie w Załączniku nr 15 do wzoru Umowy tj. „Wykaz kar umownych" w tabeli pod l.p. 82, że zamawiający ma prawo naliczyć karę za niezawarcie odrębnej umowy eksploatacyjnej z InnoBaltica o współpracy w zakresie Systemu FALA";

h) przyjęcie w Dziale I punkcie A i F Załącznika nr 1 tj.: „Zakres odpowiedzialności Innobaltica za urządzenia" do Załącznika nr 25 tj.: „Umowa w zakresie utrzymania urządzeń technicznych" do wzoru Umowy zapisów, które określają zakres odpowiedzialności Stron za „eksploatację urządzeń" oraz za „kary nałożone przez organizatora transportu w konsekwencji eksploatacji urządzeń", w taki sposób, że ryzyko sprawności systemu FALA zostaje przerzucone na Operatora.

2.naruszenie art. 99 w zw. z art. 16 PZP przez określenie w rozdziale 2 SWZ „Opis przedmiotu zamówienia" w punktach III. 2 i VII oraz w § 2 ust. 2 wzoru Umowy że termin realizacji zamówienia trwa od dnia 01.01.2026 r. do 31.12.2035 r. co oznacza przyjęcie daty rozpoczęcia świadczenia usług w sposób, który nie daje Wykonawcy odpowiednio długiego okresu na przygotowanie się do świadczenia usług.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu modyfikacji SWZ i załączników do SWZ w taki sposób, że :

a) wykreślenie z § 1 punktu 40 wzoru Umowy, ewentualnie rozszerzenie obszaru na którym może być zlokalizowana zajezdnia w ten sposób, że zajezdnia może być zlokalizowana na terenie Gminy Miasta Gdańska lub gmin sąsiednich, z którymi Gmina Miasto Gdańsk zawarła porozumienie na świadczenie usług przewozowych na ich terenie lub poza tym obszarem w odległości nie większej niż 40 km w linii prostej od punku referencyjnego "geograficznego środka Gdańska" określonego współrzędnymi GPS: szerokość geograficzna 54.35100; długość geograficzna 18.61054.;

b) wykreślenie z § 12 wzoru Umowy ustępu 1.5;

c) wykreślenie z § 12 wzoru Umowy ustępu 7;

d) wykreślenie z § 12 wzoru Umowy ustępu 8;

e) wykreślenie z § 14 wzoru Umowy ustępu 5, zmiana podpunktu 3.8 z punktu 3 Załącznika nr 3 do wzoru Umowy tj. „Parametry techniczno-użytkowe zamawianych pojazdów" przez wykreślenie słów „zarówno" oraz słów „jak i Zamawiającego" i nadanie ww. postanowieniu brzmienia: „System monitoringu powinien zapewniać zdalny podgląd obrazu w czasie rzeczywistym przez pracowników Wykonawcy. System musi posiadać następujące funkcjonalności: (...]" oraz wykreślenie podpunktu 3.9 z punktu 3 Załącznika nr 3 do wzoru Umowy tj. „Parametry techniczno-użytkowe zamawianych pojazdów" i usunięcie Załącznika nr 17 do wzoru Umowy tj. „Umowa powierzenia przetwarzania danych osobowych";

f) wykreślenie z Załącznika nr 15 do wzoru Umowy tj.: „Wykaz kar umownych" z tabeli zapisu l.p. 81, że zamawiający ma prawo naliczyć karę umowną za brak sprawnego Systemu FALA w pojazdach;

g) modyfikacja zapisu Załącznika nr 15 do wzoru Umowy tj. „Wykaz kar umownych" w tabeli pod l.p. 82 tak aby z niego wynikało, że kara umowna może być naliczona tylko w przypadku zaistnienia zdarzenia z przyczyn po stronie operatora;

h) zmianę Działu I punktu A i F Załącznika nr 1 tj.: „Zakres odpowiedzialności Innobaltica za urządzenia" do Załącznika nr 25 tj.: „Umowa w zakresie utrzymania urządzeń technicznych" do wzoru Umowy w taki sposób, aby z zapisów wynikało, że InnoBaltica będzie zobowiązana do pokrycia strat spowodowanych wycofaniem pojazdu z ruchu bez względu na długość okresu wycofania pojazdu z ruchu oraz Operator nie będzie obciążany przez Zamawiającego żadnymi negatywnymi skutkami działań lub zaniechań InnoBaltica, w szczególności Zamawiający nie będzie naliczał żadnych kar umownych ani dochodził od Operatora jakichkolwiek odszkodowań z tytułu niewłaściwej realizacji usług przewozowych lub niesprawności urządzeń systemu FALA;

i) określenie w rozdziale 2 SWZ „Opis przedmiotu zamówienia" w punktach III.2 i VII oraz w § 2 ust. 2 wzoru Umowy terminu rozpoczęcia świadczenia usług w następujący sposób: „od dnia 01.01.2026, ale nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy od daty zawarcia umowy."

W dniu 09 lipca 2024 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia w części zarzuty odwołania tj.

- zarzut wskazany w punkcie c):

Zamawiający uwzględnia odwołanie i tym samym przychyla się do wykreślenia § 12 ust. 7 wzoru umowy.

- zarzut wskazany w punkcie d):

Zamawiający uwzględnia odwołanie i tym samym przychyla się do wykreślenia § 12 ust. 8 wzoru umowy.

- zarzut wskazany w punkcie f):

Zamawiający uwzględnia odwołanie i tym samym przychyla się do wykreślenia z tabeli „Wysokość kar" w Załączniku nr 15 do wzoru umowy l. p. 81 tj.: "Za brak sprawnego Systemu FALA w pojazdach".

- zarzut wskazany w punkcie g):

Zamawiający uwzględnia odwołanie i tym samym przychyla się do zmiany treści pkt. l.p. 82 w tabeli „Wysokość kar" w Załączniku nr 15 do wzoru umowy. Pkt l. p. 82 otrzymuje brzmienie:

„Za nie zawarcie odrębnej umowy eksploatacyjnej z InnoBaltica o współpracy w zakresie Systemu FALA z winy Operatora

- zarzut wskazany w punkcie h):

Zamawiający uwzględnia odwołanie w zakresie modyfikacji w Dziale I punkcie A Załącznika nr 1 tj.: „Zakres odpowiedzialności Innobaltica za urządzenia" do Załącznika nr 25 wzoru umowy tj.: „Umowa w zakresie utrzymania urządzeń technicznych" poprzez modyfikację dotychczasowych zapisów wzoru ww. Umowy . Tym samym fragment ww. projektu umowy o brzmieniu:

„(…) Usunięcie szkód zostanie wykonane przez Operatora lub serwis zaakceptowany przez Operatora. Operator obciąży Innobaltica fakturą na wartość usuniętych szkód. Jeżeli pojazd na czas naprawy zostanie wycofany z ruchu na okres dłuższy niż jeden dzień Innobaltica pokryje straty jakie poniósł Operator z tytułu braku możliwości eksploatacji pojazdu liczone jako iloczyn stawki za wozokm wynikającej z umowy z Zarządem Transportu Miejskiego w Gdańsku i średniego dziennego przebiegu pojazdu - 176 km."

Otrzymuje nowe brzmienie:

„(…) Usunięcie szkód zostanie wykonane przez Operatora lub serwis zaakceptowany przez Operatora. Operator obciąży Innobaltica fakturą na wartość usuniętych szkód. Jeżeli pojazd na czas naprawy zostanie wycofany z ruchu Innobaltica pokryje straty jakie poniósł Operator z tytułu braku możliwości eksploatacji pojazdu liczone jako iloczyn stawki za wozokm wynikającej z umowy z Zarządem Transportu Miejskiego w Gdańsku i liczby niewykonanych wozokilometrów."

Następnie, pismem z dnia 15 lipca 2024 r. w odpowiedzi na powyższe stanowisko zamawiającego, odwołujący oświadczył, iż cofa odwołanie w zakresie w jakim nie zostało uwzględnione przez zamawiającego.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 Pzp do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 522 ust. 3 ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Z uwagi, że zaistniała sytuacja opisana w hipotezie przywołanego przepisu, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w tej sprawie na podstawie art. 568 pkt 3) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy §9 ust. 1 pkt 2) lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (t.j. Dz.U. 2020 z dnia 31 grudnia 2020 roku, poz. 2437) nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodnicząca: …….....

.