

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 4 kwietnia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Mateusz Paczkowski
Katarzyna Odrzywolska .. Małgorzata Jodłowska

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 4 kwietnia 2025 r. w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 marca 2025 r. przez wykonawcę BP TOUR REGIO Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Wrocław - Urząd Miejski Wrocławia (prowadzący postępowanie: Wydział Zamówień Publicznych z siedzibą we Wrocławiu)

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego – wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Gostyninie Sp. z o.o. z siedzibą w Gostyninie

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy BP TOUR REGIO Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, uiszczony 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.

Przewodniczący:.....

.....

.....

Sygn. akt:KIO 1008/25

Uzasadnienie

Gmina Wrocław - Urząd Miejski Wrocławia (prowadzący postępowanie: Wydział Zamówień Publicznych z siedzibą we Wrocławiu) (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego organizowanego przez Gminę Wrocław na terenie Wrocławia oraz Gmin Miękinia i Kąty Wrocławskie” (znak postępowania: ZP/PN/10/2025/WTR). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 marca 2025 r. pod numerem 144476-2025 (numer wydania Dz.U. S: 45/2025).

W dniu 17 marca 2025 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w przedmiotowym postępowaniu złożył wykonawca BP TOUR REGIO Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec treści SWZ, w tym na warunki udziału w postępowaniu, sposób obliczenia ceny, opis przedmiotu zamówienia i projekt umowy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1. art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 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**, poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, tj. doświadczenia, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, naruszający zasadę uczciwej konkurencji, zasadę równego traktowania, zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, w sposób nadmierny i nie znajdujący uzasadnienia w przedmiocie zamówienia, tj. poprzez wymaganie, aby łączna wielkość pracy przewozowej (nie mniej niż 1 300 000 wozokilometrów) została osiągnięta w ramach jednego kontraktu, czyli bez uwzględnienia realiów wykonywania zamówień na świadczenie usług transportu zbiorowego w ramach przewozów regularnych;
- 2. art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp** poprzez niekompletny, niejasny i wewnętrznie sprzeczny sposób obliczenia ceny zawarty w SWZ;
- 3. art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 441 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 99 ust. 1 i 4 Pzp**, poprzez zaniechanie opisanie opcji w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które określają rodzaj i maksymalną wartość opcji oraz okoliczności skorzystania z opcji, a tym samym zaniechanie dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładanych i zrozumiałych określeń oraz w sposób uwzględniający wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie i wycenę oferty, tj. poprzez niejasne, niepełne oraz wewnętrznie sprzeczne opisanie opcji w dokumentach

zamówienia, co uniemożliwia dokładne ustalenie kosztów świadczenia Wykonawcy i dokonanie rzetelnej wyceny oferty oraz utrudnia uczciwą konkurencję, **jak również art. 353¹ k.c., art. 58 § 1 i 2 k.c., art. 5 k.c., w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp, art. 431 ustawy Pzp** poprzez ukształtowanie postanowień Projektu umowy dotyczących opcji w sposób sprzeczny z ww. przepisami, a tym samym w sposób naruszający naczelną zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zasadę przejrzystości i zasadę proporcjonalności (adekwatności), jak również w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współzycia społecznego, przepisami obowiązującego prawa oraz niegwarantujący zachowania wzajemności świadczeń i uczciwej konkurencji;

4. art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 431 ustawy Pzp w zw. z art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 58 k.c., art. 353¹ k.c. oraz art. 5 k.c. poprzez ukształtowanie projektowanych postanowień umowy w zakresie waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w ten sposób, że waloryzacja ta nie uwzględnia w wystarczającym stopniu zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, jak również nie uwzględnia w wystarczającym stopniu, że autobusy typu B i C to autobusy z napędem diesla, natomiast autobusy typu Ce to autobusy zeroemisyjne, czyli autobusy wykorzystujące do napędu energię elektryczną, w tym energię wytworzoną z wodoru w zainstalowanych w nich ogniwach paliwowych, co powoduje, że postanowienia umowy w zakresie waloryzacji mają charakter fasadowy i niepełny, a zatem zostały sformułowane w sposób sprzeczny z przepisami prawa lub zmierzający do ich obejścia, jak również poprzez ukształtowanie projektowanych postanowień umowy w zakresie waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w ten sposób, że maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, została ustalona na zbyt niskim poziomie, co powoduje, że postanowienia umowy w zakresie waloryzacji mają charakter fasadowy, nie stanowią rzeczywistego zabezpieczenia na wypadek zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia a zatem zostały sformułowane w sposób sprzeczny z przepisami prawa lub zmierzający do ich obejścia;

5. art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 449 ust. 2 ustawy Pzp, a także art. 5 k.c., art. 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie w projekcie umowy możliwości zatrzymania przez Zamawiającego zabezpieczenia należytego wykonania umowy w części lub w całości także w sytuacji, gdy brak będzie roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, **jak również naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 452 ust. 8-10 ustawy Pzp, a także art. 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp,** poprzez bezwzględne wymaganie, aby zabezpieczenie należytego wykonania umowy w formie niepieniężnej zostało wniesione od razu na cały wymagany okres (termin wykonania przedmiotu Umowy + 30 dni), pomimo że okres, na jaki ma zostać wniesione zabezpieczenie, przekracza 5 lat;

6. art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 434 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 436 pkt 1 Pzp, a także art. 5 k.c., art. 58 § 1 i 2 k.c. i art. 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez ukształtowanie postanowień umowy dotyczących prawa Zamawiającego do odstąpienia od umowy w sposób sprzeczny z ww. przepisami, a tym samym w sposób naruszający naczelną zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zasadę przejrzystości i zasadę proporcjonalności (adekwatności), jak również w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współzycia społecznego, przepisami obowiązującego prawa oraz niegwarantujący zachowania wzajemności świadczeń i uczciwej konkurencji, tj. niejasne i niezrozumiałe sformułowanie postanowień dotyczących odstąpienia od umowy przez Zamawiającego, **jak również art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 395 § 1 k.c., art. 58 § 1 i 2 k.c. i art. 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp** poprzez brak wskazania w projekcie umowy terminu na skorzystanie przez Zamawiającego z prawa odstąpienia w części przypadków przewidzianych w projekcie umowy, mimo że skuteczne zastrzeżenie umownego prawa odstąpienia wymaga oznaczenia terminu na skorzystanie z niego;

7. art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 434 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 436 pkt 1 Pzp, a także art. 5 k.c., art. 58 § 1 i 2 k.c. i art. 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez ukształtowanie postanowień umowy dotyczących prawa Zamawiającego do rozwiązania umowy w trybie natychmiastowym bez jej wypowiedzenia w sposób sprzeczny z ww. przepisami, a tym samym w sposób naruszający naczelną zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zasadę przejrzystości i zasadę proporcjonalności (adekwatności), jak również w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współzycia społecznego, przepisami obowiązującego prawa oraz niegwarantujący zachowania wzajemności świadczeń i uczciwej konkurencji, tj. poprzez przyznanie Zamawiającemu prawa do rozwiązania umowy w trybie natychmiastowym bez jej wypowiedzenia w przypadku gdy Wykonawca stracił płynność finansową lub nastąpiło zagrożenie płynności finansowej, a Wykonawca nie powiadomił o tym fakcie Zamawiającego,

mimo że umowę w sprawie zamówienia publicznego zawiera się na czas określony, a jednostronne rozwiązanie umowy przez Zamawiającego powinno mieć charakter absolutnie wyjątkowy i dopuszczalny wyłącznie w przypadkach, gdy Wykonawca w sposób rażąco i uporczywie narusza istotne postanowienia umowy;

8. art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp a także art. 483 § 1 k.c. i art. 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie w projekcie umowy możliwości nałożenia dwóch różnych kar umownych za ten sam przypadek nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego przez Wykonawcę, mimo że zgodnie z art. 483 § 1 kodeksu cywilnego kary umowne mogą być kumulowane, ale tylko jeśli chodzi o kary zastrzeżone za różne postacie nienależytego wykonania zobowiązania;

9. art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 433 pkt 2 ustawy Pzp, a także art. 483 § 1 k.c., art. 5 k.c., art. 58 § 1 i 2 k.c. i art. 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez przewidzenie w projekcie umowy kary umownej (w postaci pomniejszenia wynagrodzenia Wykonawcy na podstawie Załącznika nr 8 do umowy) w przypadku niepodpisania aneksu do umowy przez Wykonawcę w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, mimo że zgodnie z obowiązującymi przepisami projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem a kara umowna ma służyć naprawieniu szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego;

10. art. 353¹ k.c., art. 58 § 1 i 2 k.c., art. 5 k.c., w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp, art. 431 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie szeregu postanowień projektu umowy w sposób sprzeczny z ww. przepisami, a tym samym w sposób naruszający naczelne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zasadę przejrzystości i zasadę proporcjonalności (adekwatności), jak również w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przepisami obowiązującego prawa oraz niegwarantujący zachowania wzajemności świadczeń i uczciwej konkurencji, **jak również art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp** poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie i wycenę oferty a także utrudnia uczciwą konkurencję, poprzez narzucenie Wykonawcy obowiązków niemożliwych do wykonania w terminach umownych, które powodują niemożliwy do oszacowania wzrost kosztów realizacji zamówienia a tym samym uniemożliwiają dokonanie rzetelnej wyceny oferty;

11. art. 353¹ k.c., art. 58 § 1 i 2 k.c., art. 5 k.c., w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp, art. 431 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie postanowień projektu umowy dotyczących potrącenia wierzytelności w sposób niejasny i wewnętrznie sprzeczny, czyli niezgodnie z ww. przepisami, a tym samym w sposób naruszający naczelne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zasadę przejrzystości i zasadę proporcjonalności (adekwatności), jak również w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przepisami obowiązującego prawa oraz niegwarantujący zachowania wzajemności świadczeń i uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu, aby:

- 1) zmienił treść SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,
- 2) dokonana zmianę SWZ niezwłocznie udostępnił na stronie internetowej prowadzonego postępowania,
- 3) przedłużył termin składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty, tj. o co najmniej 4 tygodnie od dokonania modyfikacji postanowień SWZ,
- 4) ponieważ zmiana treści SWZ będzie prowadzić do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu - aby Zamawiający przekazał Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania uzyskano w dniu 5 marca 2025 r. (publikacja ogłoszenia o zamówieniu oraz dokumentacji postępowania). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 17 marca 2025 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Gostyninie Sp. z o.o. z siedzibą w Gostyninie. Po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający pismem z dnia 2 kwietnia 2025 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu (precyzując w treści odpowiedzi na odwołanie, w jakiej części uwzględnił każdy z przedstawionych zarzutów), a w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

W odpowiedzi na stanowisko Zamawiającego, pismem z dnia 2 kwietnia 2025 r. Odwołujący oświadczył, iż wycofuje pozostałe zarzuty, tj. zarzuty nieuwzględnione przez Zamawiającego odpowiednio w całości albo w części, wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, a także wnosi o zwrot kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

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 §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 Naprzód zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:

.....

.....