

WYROK

Warszawa, dnia 9 kwietnia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Mateusz Paczkowski
Katarzyna Odrzywolska
Małgorzata Jodłowska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 marca 2025 r. przez:

A. wykonawcę „Mobilis” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 993/25),

B. wykonawcę RELOBUS Transport Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu (sygn. akt: KIO 1002/25)

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 w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt: KIO 993/25, KIO 1002/25 – wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Gostyninie Sp. z o.o. z siedzibą w Gostyninie

orzeka:

w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt: KIO 993/25:

zamraża postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych w petitum odwołania jako (1), (2), (3) lit. (a) i (3) lit. (c) pkt (iii) i pkt (v),

względnia odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych w petitum odwołania jako: (3) lit. (b) w części zarzutu dotyczącej wprowadzenia podwójnej karalności za jedno uchybienie, (3) lit. (c) pkt (ii), (4) i (5) i nakazuje zamawiającemu Gmina Wrocław - Urząd Miejski Wrocławia (prowadzący postępowanie: Wydział Zamówień Publicznych z siedzibą we Wrocławiu):

- dokonanie zmiany Załącznika nr 8 do Załącznika nr 1 do SWZ („Projekt Umowy”) poprzez wskazanie, że jedno uchybienie może rodzić konsekwencje (sankcje) tylko jeden raz, tj. w postaci obniżenia ceny wozokilometra albo naliczenia kary umownej,
- dokonanie zmiany w pkt 7 Załącznika nr 9 do Załącznika nr 1 do SWZ („Projekt Umowy”) poprzez zwiększenie wskaźnika waloryzacji do 15%,
- dokonanie zmiany Załącznika nr 1 do SWZ („Projekt Umowy”) i Załącznika nr 10 do Załącznika nr 1 do SWZ („Projekt Umowy”) poprzez jednoznaczne wskazanie, że administratorem danych osobowych pochodzącym z monitoringu jest zamawiający,
- dokonanie zmiany Załącznika nr 10 do Załącznika nr 1 do SWZ („Projekt Umowy”) poprzez usunięcie: ust. 1 pkt 1.5., ust. 2 pkt 2.10., ust. 3 pkt 3.1.5., ust. 5 i 6 – w zakresie dotyczącym dźwięku i głosu,

oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

kosztami postępowania obciąża:

- wykonawcę „Mobilis” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w części 1/2,
- zamawiającego Gmina Wrocław - Urząd Miejski Wrocławia (prowadzący postępowanie: Wydział Zamówień Publicznych z siedzibą we Wrocławiu) w części 1/2 i:

liczy w poczet kosztów postępowania odwoławczego:

- kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę „Mobilis” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
- kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę „Mobilis” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
- kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Gmina Wrocław - Urząd Miejski Wrocławia (prowadzący postępowanie: Wydział Zamówień Publicznych z siedzibą we Wrocławiu) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

zasądza od zamawiającego Gmina Wrocław - Urząd Miejski Wrocławia (prowadzący postępowanie: Wydział Zamówień Publicznych z siedzibą we Wrocławiu) na rzecz wykonawcy „Mobilis” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 7 500 zł 00 gr (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem proporcjonalnego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego,

w postępowaniu o sygn. akt: KIO 1002/25:

17 marca postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego w petitum odwołania jako 1) lit. a), uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego w petitum odwołania jako 1) lit. b) i nakazuje zamawiającemu Gmina Wrocław - Urząd Miejski Wrocławia (prowadzący postępowanie: Wydział Zamówień Publicznych z siedzibą we Wrocławiu) dokonanie zmiany w pkt 7 Załącznika nr 9 do Załącznika nr 1 do SWZ („Projekt Umowy” poprzez zwiększenie wskaźnika waloryzacji do 15%,

oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

kosztami postępowania obciąża:

- wykonawcę RELOBUS Transport Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu w części 1/2,
- zamawiającego Gmina Wrocław - Urząd Miejski Wrocławia (prowadzący postępowanie: Wydział Zamówień Publicznych z siedzibą we Wrocławiu) w części 1/2 i:

Wlicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego:

- kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę RELOBUS Transport Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu tytułem wpisu od odwołania
- kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Gmina Wrocław - Urząd Miejski Wrocławia (prowadzący postępowanie: Wydział Zamówień Publicznych z siedzibą we Wrocławiu) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

zasądza od zamawiającego Gmina Wrocław - Urząd Miejski Wrocławia (prowadzący postępowanie: Wydział Zamówień Publicznych z siedzibą we Wrocławiu) na rzecz wykonawcy RELOBUS Transport Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu kwotę 5 700 zł 00 gr (pięć tysięcy siedemset złotych zero groszy) tytułem proporcjonalnego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego.

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 993/25

KIO 1002/25

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, dalej: „Postępowanie” lub „Zamówienie”).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).

KIO 993/25

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

Odwołanie złożono wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) w zakresie:

(1) Załącznika nr 1 do SWZ – Projekt umowy o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego z Załącznikami 1-14 („Projekt Umowy” lub „Umowa”) w odniesieniu do:

- (a) § 2 [Tabor] ust. 3 Projektu Umowy;
- (b) § 5 [Terminy] ust. 1 i 2 Projektu Umowy oraz postanowienia w Dziale VI SWZ [Termin Wykonania Zamówienia];
- (c) Załącznika nr 2 do Projektu Umowy [Minimalne wymagania techniczne dla autobusów i ich wyposażenia];
- (d) Załącznika nr 8 do Projektu Umowy [Stawki wynagrodzenia];
- (e) Załącznika nr 9 do Projektu Umowy [Zasady waloryzacji wynagrodzenia];
- (f) Załącznika nr 10 do Projektu Umowy [Wymagania w zakresie systemu monitoringu].

Odwołujący I zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

(1) art. 134 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie treści SWZ, w szczególności postanowień Projektu Umowy w sposób nieproporcjonalny, ograniczający konkurencyjność Postępowania, wbrew zasadom współżycia społecznego oraz działając na szkodę wykonawcy, w sposób nieuzasadniony wykorzystując pozycję „organizatora przetargu”, co doprowadziło do ustalenia przez Zamawiającego nadmiernie krótkiego terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia objętego Postępowaniem, który w rzeczywistości jest niemożliwy do dochowania, tj. Zamawiający wymaga rozpoczęcia

świadczenia usług po upływie 12 miesięcy od dnia podpisania Umowy w sytuacji, w której minimalny okres dostawy autobusów (wykorzystywanych w ramach realizacji zamówienia i spełniających wymagania Zamawiającego) wynosi co najmniej 15 miesięcy;

(2) art. 99 ust. 1 – 4 ustawy Pzp poprzez opisanie w pkt 1.1.1. i 1.1.2. Załącznika nr 2 do Projektu Umowy [Minimalne wymagania techniczne dla autobusów i ich wyposażenia] wymogu świadczenia usługi objętej Postępowaniem przy wykorzystaniu autobusów wyprodukowanych nie wcześniej niż 1,5 miesiąca przed rozpoczęciem świadczenia usług stanowiących przedmiot Postępowania 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 naraża wykonawcę na dodatkowe, niczym nieuzasadnione koszty;

(3) art. 353¹ k.c., jak i art. 483 k.c. w zw. z 439 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 433 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy 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 (Projektu Umowy) oraz 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 ustawy Pzp, sprzeciwiając się tym samym naturze stosunku zobowiązaniowego; co znalazło odzwierciedlenie w szczególności w:

(a) § 2 [Tabor] ust. 3 Projektu Umowy poprzez przerzucenie na Odwołującego w całości ryzyka ponoszenia wszelkich finansowych skutków potencjalnych zmian w przepisach prawa powszechnie obowiązującego, dotyczących wymagań dla autobusów objętych Umową;

(b) Załączniku nr 8 do Projektu Umowy [Stawki wynagrodzenia], w pkt. 2 i kolejnych poprzez dopuszczenie możliwości, że wystąpienie jednej okoliczności (nieprawidłowości) może rodzić dla wykonawcy konsekwencje (sankcje) dwukrotnie (tj. w postaci obniżenia ceny wozokilometra, a także naliczenia kary umownej), a także przyjęcie wartości obniżenia ceny wozokilometra nieproporcjonalnej i nieadekwatnej do skali zidentyfikowanych przez Zamawiającego potencjalnych uchybień;

(c) Załączniku nr 9 do Projektu Umowy [Zasady waloryzacji wynagrodzenia] poprzez przewidzenie nieadekwatnego – w stosunku do dzisiejszych realiów rynkowych – mechanizmu waloryzacyjnego, co wynika m.in. z:

(i) wprowadzenia jednego wzoru waloryzacyjnego dla każdego rodzaju taboru, tj. dla taboru autobusów o napędzie konwencjonalnym i dla taboru autobusów zeroemisyjnych w sytuacji, w której każdy tabor o danym napędzie powinien mieć swój odrębny wzór waloryzacyjny, jako że udział energii w kosztach na kilometr dla autobusów zeroemisyjnych jest odmienny od udziału kosztów oleju napędowego w kosztach na kilometr dla autobusów o napędzie konwencjonalnym (spalinowym; diesel) – a autobusy o takich właśnie źródłach napędu mogą być realnie brane pod uwagę przez potencjalnych wykonawców;

(ii) wprowadzenie takiej wartości (przedziału) maksymalnego wskaźnika waloryzacji stawki za jeden wozokilometr, że w praktyce nie będzie on umożliwiał pokrycia faktycznych (rosnących) kosztów ponoszonych na bieżąco przez wykonawcę przy realizacji Zamówienia w ich rzeczywistej wartości;

(iii) nieprecyzyjne daty/ przedziały czasowe dokonywania waloryzacji, co wywołuje wątpliwości odnośnie do treści stosunku prawnego łączącego Zamawiającego z potencjalnym wykonawcą;

(iv) zastosowania niewystarczających zmiennych wzoru waloryzacyjnego, które w niedostatecznym stopniu oddają dynamikę zmian cen czynników cenotwórczych Zamówienia;

(v) nieprecyzyjnego sposobu obliczenia zmiennych wzoru waloryzacyjnego, co wywołuje wątpliwości odnośnie do treści stosunku prawnego łączącego Zamawiającego z potencjalnym wykonawcą;

(vi) braku wskazania, że w przypadku, gdyby wskaźnik Ww (wskaźnik zmiany wynagrodzeń) osiągnął wartość niższą od „1” przyjmuje się wówczas wartość tego wskaźnika Ww na poziomie „1”;

(4) art. 4 pkt. 7) i 8) 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), Dz.U.UE.L.2016.119.1 z dnia 2016.05.04 („Rozporządzenie RODO”), art. 5 ust. 2, art. 12-14, art. 32 i art. 33 Rozporządzenia RODO oraz art. 5 ust. 1 lit. a w zw. z art. 6 ust. 1 Rozporządzenia RODO co znalazło odzwierciedlenie w szczególności w treści Załącznika nr 10 do Projektu Umowy [Wymagania w zakresie systemu monitoringu] poprzez m.in.: wadliwe przypisanie ról administratora danych osobowych w rozumieniu art. 4 pkt. 7) Rozporządzenia RODO oraz podmiotu

przetwarzającego dane osobowe w rozumieniu art. 4 pkt. 7) Rozporządzenia RODO oraz przewidzenia przetwarzania danych osobowych w postaci nagrań audio z monitoringu wizyjnego w (m.in.) ust. 1 pkt 1.5., ust. 2 pkt 2.10., ust. 3 pkt 3.1.5., ust. 5 i 6 – w zakresie dotyczącym dźwięku i głosu – Załącznika nr 10 do Projektu Umowy;

a w konsekwencji powyższych

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

Odwołujący I wniósł o:

- rozpatrzenie oraz uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień SWZ oraz Projektu Umowy w sposób szczegółowo opisany w uzasadnieniu odwołania, w odniesieniu do każdego z postanowień SWZ, jak i Projektu Umowy, w tym załączników do Projektu Umowy, zaskarżonych w pkt. I petitum odwołania;
- dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym;
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący I wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa. Jako przedsiębiorca działający na rynku usług przewozów autobusowych, świadczący obecnie takie usługi w Warszawie, Krakowie i Bydgoszczy zamierza złożyć ofertę w Postępowaniu w przewidzianym przez Zamawiającego terminie. Naruszenie przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów skutkować może jednak poniesieniem przez Odwołującego I realnej i faktycznej szkody związanej z realizacją zamówienia w oparciu o opublikowane przez Zamawiającego brzmienie SWZ i Projektu Umowy.

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 I prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

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 zakres, w jakim przychylił się do stanowiska Odwołującego w odniesieniu do poszczególnych zarzutów), a w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

KIO 1002/25

W dniu 17 marca 2025 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w przedmiotowym postępowaniu złożył wykonawca RELOBUS Transport Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu (dalej: „Odwołujący II”).

Odwołanie złożono wobec warunków zamówienia znajdujących się w SWZ.

Odwołujący II zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 439 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp przez:

a) przyjęcie w § 4 ust. 1 załącznika nr 1 do SWZ pt. „Projekt Umowy” zapisu: „*Wartość Umowy określa się na łączną kwotę (łącznie z opcją) złotych brutto (słownie: złotych ../100), w tym złotych netto (słownie:złotych ../100) plus podatek VAT wyliczony według stawki ...% obowiązującej w dniu zawarcia Umowy, czyli złotych (słownie:złotych ../100), na co składa się zamówienie podstawowe: złotych netto (słownie: złotych ../100) plus podatek VAT wyliczony według stawki ... % obowiązującej w dniu zawarcia Umowy, czyli złotych (słownie: złotych ../100) oraz opcja: złotych netto (słownie: złote ../100) plus podatek VAT wyliczony według stawki ...% obowiązującej w dniu zawarcia Umowy, czyli złotych (słownie: złotych ../100)”; który to zapis nie uwzględnia zmian wartości Umowy wynikających z waloryzacji wynagrodzenia przewidzianej przez Zamawiającego, a dodatkowo nie są jasne zasady wypełnienia danymi wykropkowanych miejsc, co stanowi przejaw nadużycia przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w efekcie powoduje, że ustalone przez Zamawiającego wynagrodzenie jest nieadekwatne do zakresu świadczenia i nie gwarantuje równowagi Stron stosunku zobowiązaniowego oraz ekwiwalentności świadczeń*

b) przyjęcie w punkcie 7 załącznika nr 9 pt. „Zasady waloryzacji umowy” do załącznika nr 1 do SWZ pt. „Projekt umowy”

zapisu: „Maksymalny wskaźnik waloryzacji stawki za jeden wozokilometr w danym roku (licząc 2 okresy waloryzacyjne łącznie w jednym roku) zawiera się w przedziale W przypadku, gdy wartość wskaźnika waloryzacji stawki za jeden wozokilometr, obliczona według wzoru określonego w pkt. 1, przekracza 12,50%, w danym roku przyjmuje się wartość wskaźnika waloryzacji równą 12,50%. W przypadku, gdy wartość wskaźnika waloryzacji stawki za 1 wozokilometr obliczona wg. wzoru określonego w pkt. 1 jest mniejsza niż -12,50%, w danym roku przyjmuje się wartość wskaźnika waloryzacji równą - 12,50%”, który to zapis nie przystaje do rzeczywistości z uwagi na planowany okres realizacji zamówienia, wprowadza waloryzację pozorną a zatem sprzeczną z celem art. 439 ustawy Pzp, prowadzi do przerzucenia 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 ekwiwalentności świadczeń,

2) art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp, art. 436 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 353¹ w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 k.c. poprzez przyjęcie w punkcie VI. SWZ: TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA zapis: *Termin realizacji przedmiotu umowy: po upływie 12 miesięcy od dnia podpisania umowy przez okres kolejnych 72 miesięcy lub do wyczerpania kwoty odpowiadającej wartości Umowy” oraz w § 5 załącznika nr 1 do SWZ pt. „Projekt umowy” zapisu: „Umowa zostaje zawarta na okres od daty jej zawarcia, tj. od dnia roku do dnia roku lub do wyczerpania kwoty odpowiadającej wartości Umowy, wskazanej w § 4 ust. 1”,* który to zapis oznacza brak pewności Wykonawcy co do okresu świadczenia usługi, czyni iluzorycznymi gwarancje dotyczące minimalnego zakresu przedmiotu zamówienia i postanowienia dotyczące waloryzacji wynagrodzenia i w związku z tym oznacza przerzucenie ryzyka związanego z ponoszeniem kosztów realizacji zamówienia i osiągnięcia maksymalnej wartości zobowiązania za wykonanie przedmiotu Umowy na Wykonawcę i 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 ekwiwalentności świadczeń.

Odwołujący II wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ w taki sposób, że:

1) Zamawiający w § 4 ust. 1 załącznika nr 1 do SWZ pt. „Projekt umowy” poda w jaki sposób zostanie określona wartość Umowy i doda zasady waloryzacji wynagrodzenia przewidziane w załączniku nr 9 pt. „Zasady waloryzacji umowy” do załącznika nr 1 do SWZ pt. „Projekt umowy” (wartość Umowy będzie podlegać podwyższeniu, każdorazowo w przypadku podwyższenia stawki wynagrodzenia wykonawcy na skutek jej waloryzacji zgodnie z załącznikiem nr 9)

2) Zamawiający w punkcie 7 załącznika nr 9 pt. „Zasady waloryzacji umowy” do załącznika nr 1 do SWZ pt. „Projekt umowy” przyjmie zapis: *„Maksymalny wskaźnik waloryzacji stawki za jeden wozokilometr w danym roku (licząc 2 okresy waloryzacyjne łącznie w jednym roku) zawiera się w przedziale W przypadku, gdy wartość wskaźnika waloryzacji stawki za jeden wozokilometr, obliczona według wzoru określonego w pkt. 1, przekracza 20%, w danym roku przyjmuje się wartość wskaźnika waloryzacji równą 20%. W przypadku, gdy wartość wskaźnika waloryzacji stawki za 1 wozokilometr obliczona wg. wzoru określonego w pkt. 1 jest mniejsza niż -20%, w danym roku przyjmuje się wartość wskaźnika waloryzacji równą - 20%”,*

3) w punkcie VI. SWZ: TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA Zamawiający przyjmie zapis: *Termin realizacji przedmiotu umowy: po upływie 12 miesięcy od dnia podpisania umowy przez okres kolejnych 72 miesięcy” oraz w § 5 załącznika nr 1 do SWZ pt. „Projekt umowy” przyjmie zapis: „Umowa zostaje zawarta na okres od daty jej zawarcia, tj. od dnia roku do dnia roku”,* ewentualnie Zamawiający nie zmieni powyższych zapisów, ale w § 4 ust. 1 załącznika nr 1 do SWZ pt. „Projekt umowy” dokona zmiany zgodnie z pkt 1 powyżej i doda zasady waloryzacji wynagrodzenia przewidziane w załączniku nr 9 pt. „Zasady waloryzacji umowy” do załącznika nr 1 do SWZ pt. „Projekt umowy”.

Odwołujący II wniósł także o przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów:

1) Sprawozdania z działalności Miejskiego Zakładu Autobusowego („MZA”) za rok 2023 r., 2022, 2021, 2020 oraz 2019 r., na fakt braku ekwiwalentności postanowień klauzul waloryzacyjnych przyjętych przez Zamawiającego oraz uprzywilejowania MZA;

2) informacja o wycofaniu się z rynku warszawskiego Michalczewski,

3) zmiana SWZ z dnia 8.01.2025 r.- w postępowaniu na „Świadczenie usług przewozów autobusowych w zbiorowej komunikacji miejskiej nadzorowanej przez Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Radomiu”- z postępowania nr NZ.2603.52.2024,

4) informacja z 28.03.2023 r. „GZM ma nowy limit na autobusowe linie ”,

5) załącznik nr 2 do Specyfikacji Warunków Zamówienia Projektowane postanowienia umowy z Zamawiającym- Gminą

Miejską Kraków.

Odwolujący II wskazał, że posiada interes w uzyskaniu Zamówienia i w związku z tym może ponieść szkodę na skutek dokonania przez Zamawiającego zaskarżonych czynności z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, bowiem jest przedsiębiorcą działającym na rynku usług przewozów autobusowych, świadczącym usługi takie jak te objęte przedmiotem zamówienia, który planuje złożyć ofertę w Postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto spełnia on warunki udziału w Postępowaniu, a także nie podlega wykluczeniu z Postępowania, dlatego też w przypadku wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, warunki umowne określone przez Zamawiającego mogłyby spowodować szkodę w jego majątku - a co za tym idzie - uzasadnione jest wniesienie odwołania na tym etapie Postępowania. Postanowienia zawarte w dokumentacji Postępowania, w szczególności w Ogłoszeniu, SWZ, OPZ i wzorze umowy są niezgodne z ustawą Pzp i k.c. Zamawiający wprowadził do wzoru umowy postanowienia nadużywające jego pozycji, przerzucające na wykonawców nadmierne ryzyka i odpowiedzialność.

Odwolanie 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 II prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Zamawiający pismem z dnia 2 kwietnia 2025 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

KIO 993/25

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła ponadto, że Odwołujący I wykazał przesłanki skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie po stronie Odwołującego I zgłosił wykonawca Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Gostyninie Sp. z o.o. z siedzibą w Gostyninie. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia ani opozycji przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłoszonego przez Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Gostyninie Sp. z o.o. z siedzibą w Gostyninie po stronie Odwołującego I.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz załączone do odpowiedzi na odwołanie.

Na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego Odwołujący I oświadczył, iż wycofuje odwołanie w zakresie zarzutu (1), oraz zarzutu (2).

Następnie, w trakcie rozprawy Odwołujący I oświadczył, iż wycofuje odwołanie w zakresie zarzutów opisanych w pkt 68 lit. (c) i lit. (d) pkt (ii) uzasadnienia odwołania.

W trakcie rozprawy Zamawiający oświadczył do protokołu, że zmienia brzmienie § 2 „Tabor” ust. 3 załącznika nr 1 do SWZ „Projekt umowy” w następujący sposób: „*W przypadku zmian w przepisach prawa dot. wymagań dla autobusów objętych umową wykonawca zobowiązany jest niezwłocznie i na własny koszt dostosować tabor do tych wymogów w momencie wejścia ich w życie (w przypadku, gdy łączny koszt dostosowania autobusów przekroczy 2,75% wartości umowy dla pierwszych 3 lat jej realizacji i 5 % w pozostałym okresie dla połowy wartości umowy strony pisemnie w drodze aneksu uzgodnią formę uregulowania i podział takich kosztów)*”. Wobec zadeklarowanej zmiany, Odwołujący I wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie zarzutu (3) lit. (a) z uwagi na jego bezprzedmiotowość.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania odwoławczego oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba:

- umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów (1), (2), (3) lit. (a) i (3) lit. (c) pkt (iii) i (v),
- uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutów: (3) lit. (b) - w części dotyczącej wprowadzenia podwójnej karalności za jedno uchybienie, (3) lit. (c) pkt (ii), (4) i (5),
- oddaliła odwołanie w pozostałym zakresie, tj. w zakresie zarzutów: (3) lit. (b) – w pozostałym zakresie oraz (3) lit. (c) pkt (i), (iv) i (vi).

Wobec złożenia na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego przez Odwołującego I oświadczenia o wycofaniu:

- **zarzutu (1)**, tj. zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 134 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie treści SWZ, w szczególności postanowień Projektu Umowy w sposób nieproporcjonalny, ograniczający konkurencyjność Postępowania, wbrew zasadom współzycia społecznego oraz działając na szkodę wykonawcy, w sposób nieuzasadniony wykorzystując pozycję „organizatora przetargu”, co doprowadziło do ustalenia przez Zamawiającego nadmiernie krótkiego terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia objętego Postępowaniem, który w rzeczywistości jest niemożliwy do dochowania, tj. Zamawiający wymaga rozpoczęcia świadczenia usług po upływie 12 miesięcy od dnia podpisania Umowy w sytuacji, w której minimalny okres dostawy autobusów (wykorzystywanych w ramach realizacji zamówienia i spełniających wymagania Zamawiającego) wynosi co najmniej 15 miesięcy,

- **zarzutu (2)**, tj. zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 99 ust. 1 – 4 ustawy Pzp poprzez opisanie w pkt 1.1.1. i 1.1.2. Załącznika nr 2 do Projektu Umowy [Minimalne wymagania techniczne dla autobusów i ich wyposażenia] wymogu świadczenia usługi objętej Postępowaniem przy wykorzystaniu autobusów wyprodukowanych nie wcześniej niż 1,5 miesiąca przed rozpoczęciem świadczenia usług stanowiących przedmiot Postępowania 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 naraża wykonawcę na dodatkowe, niczym nieuzasadnione koszty, a także wobec złożonego na rozprawie oświadczenia o wycofaniu zarzutów opisanych w pkt 68 lit. (c) i lit. (d) pkt (ii) uzasadnienia odwołania, co zarazem oznaczało wycofanie części zarzutów dotyczących przyjętych przez Zamawiającego zasad waloryzacji wynagrodzenia, opisanych w petitum odwołania jako:

- **zarzut (3) lit. (c) pkt (iii)**, tj. zarzut nieprecyzyjnych dat/przedziałów czasowych dokonywania waloryzacji, co wywołuje wątpliwości odnośnie do treści stosunku prawnego łączącego Zamawiającego z potencjalnym wykonawcą;

- **zarzut (3) lit. (c) pkt (v)**, tj. zarzut nieprecyzyjnego sposobu obliczenia zmiennych wzoru waloryzacyjnego, co wywołuje wątpliwości odnośnie do treści stosunku prawnego łączącego Zamawiającego z potencjalnym wykonawcą, postępowanie odwoławcze podlegało w tym zakresie umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1) ustawy Pzp stosowanego odpowiednio w sytuacji wycofania części zarzutów odwołania.

Ponadto, Izba na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie **zarzutu (3) lit. (a)** (tj. zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 353¹ k.c., jak i art. 483 k.c. w zw. z 439 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 433 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przerzucenie § 2 [Tabor] ust. 3 Projektu Umowy na Odwołującego w całości ryzyka ponoszenia wszelkich finansowych skutków potencjalnych zmian w przepisach prawa powszechnie obowiązującego, dotyczących wymagań dla autobusów objętych Umową). Orzekanie stało się w tym zakresie zbędne, gdyż w trakcie rozprawy Zamawiający oświadczył, że dokona zmiany § 2 „Tabor” ust. 3 załącznika nr 1 do SWZ Projektu Umowy, wobec którego w pierwotnym brzmieniu podniósł zarzut Odwołujący I. Odwołujący I po zapoznaniu się z ww. zmianą, wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w tym zakresie jako bezprzedmiotowego. Wobec powyższego, w ocenie składu orzekającego, postępowanie odwoławcze w tym zakresie stało się zbędne.

Przechodząc do oceny pozostałych zarzutów, w pierwszej kolejności **zarzut (3) lit. (b)**, tj. zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 353¹ k.c., jak i art. 483 k.c. w zw. z 439 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 433 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie w Załączniku nr 8 do Projektu Umowy [Stawki wynagrodzenia], w pkt. 2 i kolejnych możliwości, że wystąpienie jednej okoliczności (nieprawidłowości) może rodzić dla wykonawcy konsekwencje (sankcje) dwukrotnie (tj. w postaci obniżenia ceny wozokilometra, a także naliczenia kary umownej), a także przyjęcie wartości obniżenia ceny wozokilometra nieproporcjonalnej i nieadekwatnej do skali zidentyfikowanych przez Zamawiającego potencjalnych uchybień, Izba uznała za:

- zasadny w części dotyczącej wprowadzenia podwójnej karalności za jedno uchybienie,

- niezasadny w pozostałej części, tj. co do przyjęcia wartości obniżenia ceny wozokilometra nieproporcjonalnej i nieadekwatnej do skali zidentyfikowanych przez Zamawiającego potencjalnych uchybień.

Zdaniem Izby zarzut zasługiwał na częściowe uwzględnienie. Trafnie Odwołujący I zwrócił uwagę na przykład uchybień, których stwierdzenie rodzi dla wykonawcy podwójne konsekwencje w postaci:

- po pierwsze obniżenia stawki za wozokilometr (pkt 2.1.1. i 2.1.2 załącznika nr 8 do Projektu Umowy):

„2. Dla kursów, na których stwierdzono uchybienia:

2.10,80 ceny wozokilometra dla danych typów autobusów wymienionych w ust. 1 pomnożonej przez liczbę planowanych wozokilometrów dla kursu, na którym zostało stwierdzone uchybienie – za każdy lub co najmniej jeden z poniższych przypadków:

2.1.1 Załącznik numer 3 pkt 3.1.1 - braku numeru linii lub wyświetlania nieprawidłowej informacji o jej numerze w oznakowaniu autobusu;

2.1.2 Załącznik numer 3 pkt 3.1.2 - braku kierunku jazdy (nazwa przystanku końcowego oraz charakterystycznego przystanku przelotowego) lub wyświetlania nieprawidłowej informacji o jej kierunku;”

- a po drugie kary umownej (pkt 5.10 załącznika nr 7 do Projektu Umowy).

„5. 500 zł za niewywiązywanie się z obowiązków określonych w:

5.1 Załącznik numer 3 pkt 3.3 – za każde uchybienie za 1 autobus i dzień kalendarzowy kursowania”.

To prowadzi do wprowadzenia mechanizmu polegającego na podwójnym karaniu wykonawcy za tożsame uchybienie, co nie znajduje akceptacji Izby. Tym samym, zgodzić należy się z Odwołującym I, że obrazuje to zaburzenie pozycji kontraktowej, naruszenie swobody umów i próbę nadużycia pozycji kontraktowej przez Zamawiającego.

Wobec czego Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie zmiany Załącznika nr 8 do Projektu Umowy poprzez wskazanie, że jedno uchybienie może rodzić konsekwencje (sankcje) tylko jeden raz, tj. w postaci obniżenia ceny wozokilometra albo naliczenia kary umowne.

W pozostałym zakresie, tj. względem przyjęcia wartości obniżenia ceny wozokilometra nieproporcjonalnej i nieadekwatnej do skali zidentyfikowanych przez Zamawiającego potencjalnych uchybień, Izba uznała zarzut na niewykazany. Odwołujący I nie tłumaczy, dlaczego przyjęte przez Zamawiającego wskaźniki redukcji od 80% regularnej ceny do 40 % regularnej ceny, pozostają nieproporcjonalne do skali zidentyfikowanych uchybień. Odwołujący I nie wykazał również w żaden sposób, że urealnienie wymiaru redukcji ceny wozokilometrów nastąpi poprzez proponowane podwyższenie wskaźników na poziomie od 85% do 97% wartości regularnej ceny wozokilometra. Przedstawiona przez Odwołującego I argumentacja w tym zakresie nie daje zatem podstaw do uwzględnienia tej części zarzutu.

Następnie, Odwołujący I podniósł zarzuty względem przyjętych przez Zamawiającego w załączniku nr 9 do Projektu Umowy zasad waloryzacji wynagrodzenia, które zostały przewidziane nieadekwatnie do dzisiejszych realiów rynkowych, co prowadziło do zarzucenia naruszenia przez Zamawiającego art. 353¹ k.c., jak i art. 483 k.c. w zw. z 439 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 433 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

I tak, Izba uwzględniła **zarzut (3) lit. (c) pkt (ii)**, tj. zarzut wprowadzenia takiej wartości (przedziału) maksymalnego wskaźnika waloryzacji stawki za jeden wozokilometr, że w praktyce nie będzie on umożliwiał pokrycia faktycznych (rosnących) kosztów ponoszonych na bieżąco przez wykonawcę przy realizacji Zamówienia w ich rzeczywistej wartości. W pkt 7 załącznika nr 9 do Projektu Umowy „Zasady waloryzacji wynagrodzenia”, wskazano, że: „*Maksymalny wskaźnik waloryzacji stawki za jeden wozokilometr w danym roku (licząc 2 okresy waloryzacyjne łącznie w jednym roku) zawiera się w przedziale <+12,50%;-12,50%> W przypadku, gdy wartość wskaźnika waloryzacji stawki za jeden wozokilometr, obliczona według wzoru określonego w pkt. 1, przekracza 12,50%, w danym roku przyjmuje się wartość wskaźnika waloryzacji równą 12,50%. W przypadku, gdy wartość wskaźnika waloryzacji stawki za 1 wozokilometr obliczona wg. wzoru określonego w pkt. 1 jest mniejsza niż -12,50%, w danym roku przyjmuje się wartość wskaźnika waloryzacji równą -12,50%”.*

W ocenie składu orzekającego, ustalony przez Zamawiającego maksymalny wskaźnik waloryzacji stawki za jeden wozokilometr w danym roku na poziomie 12,5% (przedział +12,50%;-12,50%) przerzuca na wykonawcę ryzyko wzrostu kosztów realizacji zamówienia i uniemożliwienia ich faktycznego pokrycia w razie wystąpienia nadzwyczajnej zmiany warunków rynkowych.

Bezapelacyjnie, doświadczenia z ostatnich lat, na które w treści odwołania powoływał się Odwołujący I, pełne wyjątkowych sytuacji również z ekonomicznego punktu widzenia, jak wybuch i skutki pandemii COVID-19, czy wojny w Ukrainie, jak również, na co zwracał uwagę Odwołujący I w trakcie rozprawy, aktualna sytuacja geopolityczna związana zunami, zasadniczo wykraczają poza prognozy finansowe. Niezależnie od wydarzeń nadzwyczajnych, wyraźnie dostrzegalnym jest też sukcesywny wzrost kosztów mających wpływ na realizację tego zamówienia (np. koszty wynagrodzeń, energii). Za notoryjną należy uznać również okoliczność, że w ostatnich latach inflacja przekraczała 12,5%.

Jednocześnie, jak pokazuje historia, wysoka dynamika szeroko rozumianych zmian gospodarczych, ma istotny wpływ na rynek już w krótkich odstępach czasu. Tym bardziej więc, mając na uwadze wieloletnią perspektywę realizacji zamówienia (umowa w sprawie tego zamówienia ma obowiązywać co do zasady 72 miesiące), nie sposób za uzasadnione zakładać w obecnym stanie rzeczy, że nadzwyczajne wydarzenia, a także postępujący wzrost cen, nie doprowadzą do zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia ponad pułap 12,5%.

Wskazać trzeba, że regulacja art. 439 ustawy Pzp zmierza do zachowania równowagi kontraktowej między zamawiającym a wykonawcą, zobowiązując do rozłożenia między stronami ryzyk gospodarczych będących następstwem zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia i zachodzących w toku jego realizacji. Choć zmiana wysokości wynagrodzenia możliwa będzie, jak stanowi przepis, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, to po zaistnieniu określonych umową zdarzeń każdej ze stron będzie przysługiwało roszczenie (żądanie) o zmianę wynagrodzenia. Pamiętać bowiem należy, że przez zmianę cen materiałów lub kosztów należy rozumieć zarówno jej wzrost, jak i jej obniżenie, co za tym idzie zastosowanie klauzuli waloryzacyjnej może powodować odpowiednie zwiększenie, ale także zmniejszenie wynagrodzenia (za: red. H. Nowak, M. Winiarz, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, Wydanie II, Urząd Zamówień Publicznych).

I choć nie można odbierać Zamawiającemu swobody w kształtowaniu warunków zamówienia, w tym sposobu ustalenia zmiany wynagrodzenia, tym niemniej powyższe czynniki świadczą zdaniem Izby o tym, że utrzymanie maksymalnego wskaźnika waloryzacji w wysokości 12,5% narusza równowagę ekonomiczną między stronami i koniecznym jest zwiększenie maksymalnego wskaźnika waloryzacji.

Przy czym, wskazując na konieczność podniesienia limitu waloryzacji, Izba, nie będąc związana żądaniami odwołania, uznała, że podniesienie wskaźnika waloryzacji do 15% będzie wystarczające dla zachowania równowagi ekonomicznej pomiędzy stronami umowy. Izba nie przychyliła się tym samym do żądania wystosowanego przez Odwołującego I co do zwiększenia limitu waloryzacji do 30% (przedział +30%;-30%), nie znajdując w treści odwołania argumentów za podniesieniem limitu do tej wysokości.

Wobec powyższego, Izba nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany w pkt 7 Załącznika nr 9 do Załącznika nr 1 do SWZ („Projekt Umowy”) poprzez zwiększenie wskaźnika waloryzacji do 15%.

Natomiast Izba oddaliła pozostałe zarzuty odnoszące się do wprowadzonego przez Zamawiającego mechanizmu waloryzacji, tj.: **zarzuty (3) lit. (c) pkt (i), (iv) i (vi)**. W ocenie składu orzekającego nie zostało wykazane w treści odwołania, że Zamawiający dopuścił się naruszenia któregośkolwiek z zarzucanych przepisów ustawy Pzp lub kodeksu cywilnego. Ww. zarzuty w istocie stanowiły propozycje zmian dotychczasowych zapisów ustalonych przez Zamawiającego na rozwiązania preferowane przez Odwołującego I, a nie próby wykazania nieprawidłowości w ustalonych zapisach lub ze względu na brak pewnych zapisów. Należy jednak pamiętać, że na zarzut odwołania składa się zarówno wskazanie przepisów prawa, których dopuścił się zamawiający, jak i podanie uzasadnienia faktycznego zawierającego wszystkie okoliczności potwierdzające zasadność twierdzeń wyrażonych w odwołaniu. Nie jest więc Izbie znane, gdzie w tych przypadkach Odwołujący I upatrywał kształtowania stosunku prawnego (umowy) w sposób sprzeczny z jego właściwością oraz zasadami współżycia społecznego, czy też nadużycia przez Zamawiającego jego podmiotowego prawa poprzez rażące wykorzystanie dominującej pozycji organizatora przetargu.

Oddaleniu podlegał więc **zarzut (3) lit. (c) pkt (i)**, tj. zarzut wprowadzenia jednego wzoru waloryzacyjnego dla każdego rodzaju taboru, tj. dla taboru autobusów o napędzie konwencjonalnym i dla taboru autobusów zeroemisyjnych w sytuacji, w której każdy tabor o danym napędzie powinien mieć swój odrębny wzór waloryzacyjny, jako że udział energii w kosztach na kilometr dla autobusów zeroemisyjnych jest odmienny od udziału kosztów oleju napędowego w kosztach na kilometr dla autobusów o napędzie konwencjonalnym (spalinowym; diesel) – a autobusy o takich właśnie źródłach napędu mogą być realnie brane pod uwagę przez potencjalnych wykonawców. Odwołujący I w żaden sposób nie wykazał, że jeden wzór waloryzacyjny wspólny dla wszystkich rodzajów taboru jest sprzeczny z przepisami prawa. To, że Odwołujący I widzi zalety we wprowadzeniu odrębnych wskaźników waloryzacyjnych dla taborów w zależności od rodzaju napędu, nie czyni automatycznie nieprawidłowym rozwiązania przyjętego przez Zamawiającego.

Odnosnie zaś **zarzutu (3) lit. (c) pkt (iv)**, tj. zarzutu zastosowania niewystarczających zmiennych wzoru waloryzacyjnego, które w niedostatecznym stopniu oddają dynamikę zmian cen czynników cenotwórczych Zamówienia, należy zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, że Odwołujący I nie przedstawił argumentów przemawiających za zmianą źródła pozyskiwania danych dotyczących cen paliw, ograniczając się tylko do stwierdzenia, że zaproponowane źródło przez Odwołującego I oddaje w większym stopniu dynamikę zmiany cen czynników cenotwórczych niż zapisane przez Zamawiającego. Również zatem w tym przypadku postanowiony zarzut prowadzić miał jedynie do przyjęcia rozwiązania proponowanego przez Odwołującego I aniżeli do wykazania, że dotychczasowe, przyjęte przez Zamawiającego, naruszało jakiegokolwiek przepisy prawa. To, zdaniem Izby, czyni ww. zarzut niezasadnym.

Także w przypadku **zarzutu (3) lit. (c) pkt (vi)**, tj. zarzutu braku wskazania, że w przypadku, gdyby wskaźnik Ww (wskaźnik zmiany wynagrodzeń) osiągnął wartość niższą od „1” przyjmuje się wówczas wartość tego wskaźnika Ww na poziomie „1”, uzasadnienie było wysoce lakoniczne i nie mogło w oczach Izby prowadzić do uznania braku wskazania, że w przypadku osiągnięcia przez wskaźnik Ww wartości niższej od „1”, sama wartość wskaźnika Ww zostanie utrzymana na poziomie „1”, za naruszenie zarzucanych przepisów prawa. Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, że wskaźnik zmiany wynagrodzeń ma za zadanie odwzorowanie sytuacji panującej na rynku, a proponowana przez Odwołującego I zmiana może wpłynąć na obiektywność wskaźnika wykorzystywanego do obliczenia wskaźnika waloryzacyjnego. Stąd też, w ocenie Izby, nie potwierdził się zarzut (3) lit. (c) pkt (vi).

Niezależnie od przyjętej przez Izbę oceny, należy wskazać, że załączone do odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego dowody w postaci fragmentów umów zawartych przez Zamawiającego zawierających waloryzację stawek, które w samej treści odpowiedzi zostały przywołane w ramach argumentacji względem zarzutu (3) lit. (c) pkt (vi), nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów. W istocie Zamawiający nie wskazał, co konkretnie chciał wykazać

poprzez przedstawienie tychże fragmentów umów.

W ocenie Izby na uwzględnienie zasługiwał **zarzut (4)**, tj. zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 4 pkt. 7) i 8) 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), Dz.U.UE.L.2016.119.1 z dnia 2016.05.04 („Rozporządzenie RODO”), art. 5 ust. 2, art. 12-14, art. 32 i art. 33 Rozporządzenia RODO oraz art. 5 ust. 1 lit. a w zw. z art. 6 ust. 1 Rozporządzenia RODO co znalazło odzwierciedlenie w szczególności w treści Załącznika nr 10 do Projektu Umowy [Wymagania w zakresie systemu monitoringu] poprzez m.in.: wadliwe przypisanie ról administratora danych osobowych w rozumieniu art. 4 pkt. 7) Rozporządzenia RODO oraz podmiotu przetwarzającego dane osobowe w rozumieniu art. 4 pkt. 7) Rozporządzenia RODO oraz przewidzenia przetwarzania danych osobowych w postaci nagrań audio z monitoringu wizyjnego w (m.in.) ust. 1 pkt 1.5., ust. 2 pkt 2.10., ust. 3 pkt 3.1.5., ust. 5 i 6 – w zakresie dotyczącym dźwięku i głosu – Załącznika nr 10 do Projektu Umowy.

Punktem wyjścia dla oceny zarzutu jest akceptacja przez Izbę stanowiska Odwołującego I co do wadliwego przypisania roli administratora danych osobowych w rozumieniu art. 4 pkt 7 Rozporządzenia RODO oraz podmiotu przetwarzającego dane osobowe w rozumieniu art. 4 pkt 8 Rozporządzenia RODO. Zgodnie bowiem z art. 4 pkt 7 Rozporządzenia RODO, „administrator” oznacza osobę fizyczną lub prawną, organ publiczny, jednostkę lub inny podmiot, który samodzielnie lub wspólnie z innymi ustala cele i sposoby przetwarzania danych osobowych; jeżeli cele i sposoby takiego przetwarzania są określone w prawie Unii lub w prawie państwa członkowskiego, to również w prawie Unii lub w prawie państwa członkowskiego może zostać wyznaczony administrator lub mogą zostać określone konkretne kryteria jego wyznaczania. Natomiast wedle art. 4 pkt 8 Rozporządzenia RODO, „podmiot przetwarzający” oznacza osobę fizyczną lub prawną, organ publiczny, jednostkę lub inny podmiot, który przetwarza dane osobowe w imieniu administratora.

Izba zgadza się więc z Odwołującym I, że to Zamawiający powinien występować w roli administratora danych osobowych, natomiast wybrany wykonawca w charakterze podmiotu przetwarzającego dane osobowe.

Stąd też Izba dostrzega nieścisłość w przedmiocie przypisania ww. ról w obecnej treści SWZ, w szczególności w treści Projektu Umowy i załącznika nr 10 do Projektu Umowy „Wymagania w zakresie monitoringu”. Słusznie zwrócił uwagę Odwołujący I, że ust. 9 pkt 9.1 załącznika nr 10 do Projektu Umowy literalnie wskazuje, że *„administratorem danych osobowych pochodzącym z monitoringu jest Wykonawca”*. Natomiast treść § 1 ust. 1 pkt 1.2.2. Projektu Umowy sprowadza się do tego, że w wyniku rozstrzygnięcia postępowania organizowanego przez Zamawiającego, Zamawiający zleca, a Wykonawca przyjmuje do wykonania świadczenie następujących usługi polegającej na zorganizowaniu i wdrożeniu na własny koszt systemu monitoringu. Zarazem, ust. 9 pkt 9.2 załącznika nr 10 do Projektu Umowy stanowi o podstawach prawnych udostępniania danych z monitoringu dla Zamawiającego w przypadku weryfikacji faktycznie zrealizowanej pracy przewozowej przez Wykonawcę w przypadku braku jej rejestracji w systemie automatycznej kontroli punktualności. Jednocześnie ust. 5 pkt 5.12 załącznika nr 7 do Projektu Umowy mówi o karach umownych za nieuzasadnione opóźnienie w dostarczeniu poprawnego zapisu z monitoringu na żądanie Zamawiającego.

Nie ulega zatem wątpliwości, iż z punktu widzenia art. 4 pkt 7 Rozporządzenia RODO, to Zamawiający jest podmiotem, który w głównej mierze ustala cele i sposoby przetwarzania danych osobowych z systemu monitoringu. Dzieje się tak, gdyż Zamawiający jako organizator postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego ma dominujący wpływ na cele i sposoby przetwarzania danych osobowych poprzez choćby wcześniej wymienione uprawnienia w zakresie określenia wymogu zapewnienia przez Wykonawcę monitoringu wizyjnego, czy też przewidzenia kary umownej za opóźnienie w dostarczaniu przez Wykonawcę poprawnego zapisu z monitoringu, a także poprzez uprawnienia w ustaleniu szczegółowych wymagań technicznych, które spełnić musi system monitoringu pojazdów (zawartych w załączniku nr 10 do Projektu Umowy).

Tym samym, zasadne w ocenie Izby jest nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w treści Projektu Umowy oraz załącznika nr 10 do Projektu Umowy poprzez jednoznaczne wskazanie, że administratorem danych osobowych pochodzącym z monitoringu jest Zamawiający, by wyeliminować istniejącą nieścisłość w przedmiocie przypisania ww. ról w obecnej treści SWZ.

Poza tym, Izba uwzględniła pozostałą część zarzutu, odnoszącą się do ustalonych w Załączniku nr 10 do Projektu Umowy postanowień związanych z funkcjonalnością nagrywania dźwięku w ramach systemu monitoringu.

W Załączniku nr 10 do Projektu Umowy, Zamawiający wskazał m. in.:

- w ust. 1 pkt 1.5.:

„1. W skład systemu monitoringu wchodzi:

(...)

1.5 Mikrofon”,

- w ust. 2 pkt 2.10: „2.10 Mikrofon powinien być zainstalowany w miejscu umożliwiającym rejestrację rozmów kierowcy

autobusu z pasażerami”;

- w ust. 3 pkt 3.1.5:

„3. Szczegółowe wymagania

3.1 Rejestrator:

(...)

3.1.5 możliwość rejestracji kanału audio z mikrofonu umieszczonego w kabinie kierowcy”;

- w ust. 5: „5. Zapis obrazu i dźwięku powinien być przechowywany przez Wykonawcę i udostępniany uprawnionym organom oraz na każde żądanie Zamawiającego z dowolnego przedziału czasowego obejmującego realizację przewozów co najmniej z ostatnich 28 dni kalendarzowych”;

- w ust. 6: „6. Zapis monitoringu Wykonawca przechowuje na własnych zasobach w sposób umożliwiający autoryzowany dostęp dla Zamawiającego. Jeśli na przekazywanym materiale wideo pojawią się dane podlegające ochronie danych osobowych, należy umożliwić pobranie obrazu w formie uniemożliwiającej identyfikację osoby poprzez zniekształcenie wizerunku osoby i jej głosu”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że częściowo przychylił się do wniosku Wykonawcy i modyfikuje treść zapisów Załącznika nr 10 do Projektu Umowy w następującym zakresie:

„5. Zapis obrazu i dźwięku powinien być przechowywany przez Wykonawcę i udostępniany uprawnionym organom z dowolnego przedziału czasowego obejmującego realizację przewozów co najmniej z ostatnich 28 dni kalendarzowych” ,

„6 Zapis monitoringu Wykonawca przechowuje na własnych zasobach. W przypadku skorzystania z możliwości składania wyjaśnień przez Wykonawcę z tytułu punktualności i jakości usług na przekazywanym materiale wideo dane podlegające ochronie danych osobowych, należy przekazać na serwer FTP Zamawiającego w formie uniemożliwiającej identyfikację osoby poprzez zniekształcenie wizerunku i głosu.”

W konsekwencji modyfikacji ww. zapisów Zamawiający poinformował, że zmienia również treść ust. 6.1 Załącznika nr 4 do Projektu Umowy oraz ust. 2.7 i ust. 5.1 Załącznika nr 7 do Projektu Umowy.

Powyższe częściowe uwzględnienie zarzutu przez Zamawiającego i modyfikacja ust. 5 i 6 Załącznika nr 10 do Projektu Umowy w ocenie Izby nie wpłynęły na wyeliminowanie nieprawidłowości założenia Zamawiającego z uwagi na brak podstawy prawnej dla przetwarzania danych osobowych w postaci nagrań audio z monitoringu wizyjnego. Izba popiera argumentację zaprezentowaną przez Odwołującego I w tym zakresie, zgodnie z którą administrator jest uprawniony do prowadzenia monitoringu obejmującego jednoczesną rejestrację obrazu i dźwięku pod warunkiem, że wynika to wprost z przepisów powszechnie obowiązujących. Co do zasady zatem nie jest uzasadnionym nagrywanie dźwięku towarzyszącego zdarzeniom, a takie uprawnienia posiadają jedynie służby porządkowe i specjalne na podstawie ustaw regulujących ich działalność. W toku postępowania odwoławczego nie zostało potwierdzone, ażeby istniał przepis prawa upoważniający Zamawiającego do objęcia systemem monitoringu również w zakresie rejestrowania dźwięku i głosu w ramach organizowania publicznego transportu zbiorowego. Nie zostało też potwierdzone, że przetwarzanie dźwięku i głosu za pomocą mikrofonów będzie zgodne z podaną przez Zamawiającego w ust. 9.3 Załącznika nr 10 do Projektu Umowy podstawą do zbierania i przetwarzania danych, tj. art. 6 ust. 1 lit. b) Rozporządzenia RODO. Istotnie więc, wobec braku podstaw prawnych do przetwarzania danych osobowych w postaci nagrań audio z monitoringu wizyjnego, dotychczasowe ww. postanowienia Załącznika nr 10 do Projektu Umowy mogą zostać uznane za nadmiarową formę przetwarzania danych.

W konsekwencji, Izba nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany Załącznika nr 10 do Projektu Umowy poprzez usunięcie: ust. 1 pkt 1.5., ust. 2 pkt 2.10., ust. 3 pkt 3.1.5., a także ust. 5 i 6 – w zakresie dotyczącym dźwięku i głosu.

W konsekwencji powyższych ustaleń Izby i uwzględnienia części z ww. zarzutów, z tego tytułu zasadnym okazał się także, podniesiony przez Odwołującego I jako wynikowy wobec pozostałych zarzutów odwołania, **zarzut (5)**, tj. zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 3) w zw. z § 7 ust. 4 i 6 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

KIO 1002/25

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła ponadto, że Odwołujący II wykazał przesłanki skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie po stronie Odwoływającego II zgłosił wykonawca Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Gostyninie Sp. z o.o. z siedzibą w Gostyninie. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia ani opozycji przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłoszonego przez Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Gostyninie Sp. z o.o. z siedzibą w Gostyninie po stronie Odwoływającego II.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, załączone do odwołania, do odpowiedzi na odwołanie oraz przedłożone przez Odwoływającego II rozprawie.

W trakcie rozprawy Zamawiający oświadczył do protokołu, że do § 4 ust. 1 załącznika nr 1 do SWZ „Projekt Umowy”, jako ostatnie zdanie do pierwotnej treści, doda następujący zapis: „*Wartość umowy uwzględni wszystkie okresy waloryzacyjne, na ich maksymalnym poziomie*”. Wobec zadeklarowanej zmiany, Odwoływający II wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie zarzutu 1 lit. a) z uwagi na jego bezprzedmiotowość.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania odwoławczego oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba:

- umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu 1) lit. a),
- uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu 1) lit. b),
- oddaliła odwołanie w pozostałym zakresie, tj. w zakresie zarzutu 2).

W pierwszej kolejności Izba na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie **zarzutu 1) lit. a)** (tj. zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 439 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przyjęcie w § 4 ust. 1 załącznika nr 1 do SWZ „Projekt Umowy” zapisu, który nie uwzględnia zmian wartości Umowy wynikających z waloryzacji wynagrodzenia przewidzianej przez Zamawiającego, a dodatkowo nie są jasne zasady wypełnienia danymi wykropkowanych miejsc, co stanowi przejaw nadużycia przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w efekcie powoduje, że ustalone przez Zamawiającego wynagrodzenie jest nieadekwatne do zakresu świadczenia i nie gwarantuje równowagi Stron stosunku zobowiązaniowego oraz ekwiwalentności świadczeń). Orzekanie stało się w tym zakresie zbędne, gdyż w trakcie rozprawy Zamawiający oświadczył, że dokona zmiany § 4 ust. 1 Projektu Umowy, wobec którego w pierwotnym brzmieniu podniósł zarzut Odwoływający II. Odwoływający II po zapoznaniu się z ww. zmianą, wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w tym zakresie jako bezprzedmiotowego. Wobec powyższego, w ocenie składu orzekającego, postępowanie odwoławcze w tym zakresie stało się zbędne.

Przechodząc do **zarzutu 1 lit. b)**, w ocenie Izby okazał się on zasadny. W ramach tego zarzutu Odwoływający II zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 439 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp przez przyjęcie w punkcie 7 załącznika nr 9 pt. „Zasady waloryzacji umowy” do załącznika nr 1 do SWZ pt. „Projekt umowy” odnośnie wysokości wskaźnika waloryzacji, który nie przystaje do rzeczywistości z uwagi na planowany okres realizacji zamówienia, wprowadza waloryzację pozorną a zatem sprzeczną z celem art. 439 ustawy Pzp, prowadzi do przerzucenia 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 ekwiwalentności świadczeń.

Zachowując, a zarazem nie powielając argumentacji poczynionej przez Izbę przy zarzucie względem pkt 7 załącznika nr 9 do Projektu Umowy w ramach sprawy o sygn. akt KIO 993/25, należy dodać, że prezentowane przez Odwoływającego II dane Głównego Urzędu Statystycznego dotyczące poziomu inflacji w Polsce, zgodnie z którymi inflacja przekraczała ustalony przez Zamawiającego maksymalny wskaźnik waloryzacji, jasno wskazują na konieczność podwyższenia tego wskaźnika.

Jednocześnie, Izba nie będąc związana żądaniami odwołania, uznała, że podniesienie wskaźnika waloryzacji do 15% będzie wystarczające dla zachowania równowagi ekonomicznej pomiędzy stronami umowy. Świadczą o tym choćby prezentowane dane GUS, wedle których inflacja w 2022 r. osiągnęła poziom 14,4%. Stąd też ustalenie maksymalnego wskaźnika waloryzacji na poziomie 15% w sposób adekwatny do aktualnej rzeczywistości wyważy wzajemne interesy obu stron kontraktu. Izba nie przychyliła się tym samym do żądania wystosowanego przez Odwoływającego II co do zwiększenia limitu waloryzacji do 20%, nie znajdując w treści odwołania wystarczających argumentów za podniesieniem limitu właśnie do tej wysokości. Sam Odwoływający II w treści odwołania wskazywał, że: „możliwa jest sytuacja, że po podpisaniu umowy na wykonanie Zamówienia jeszcze przed jego realizacją wystąpi zdarzenie, które w skutkach przyniesie zmianę cen sięgającą np. 15 czy 20%”. Nie jest tym samym wiadome, jak postępujące zmiany geopolityczne

wpłyną na sytuację rynkową w Polsce, jednakże należy znaleźć pewien obiektywny poziom wskaźnika waloryzacji, a za taki Izba, mając na uwadze powyższe, uznała poziom 15%. Również przedstawione przez Odwołującego II dowody nie są w ocenie Izby przekonujące do uznania żądania w pełni. Nie czyni tego choćby to, iż inny zamawiający zdecydował się na podwyższenie poziomu waloryzacji stawek jednostkowych za wozokilometr z 10% do 20%.

Jednocześnie należy wskazać, że załączone do odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego dowody w postaci fragmentów umów zawartych przez Zamawiającego zawierających waloryzację stawek, które w samej treści odpowiedzi zostały przywołane w ramach argumentacji względem zarzutu (3) lit. (c) pkt (vi), nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów.

Analogicznie zatem, jak w sprawie o sygn. akt KIO 993/25, Izba nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany w pkt 7 Załącznika nr 9 do Załącznika nr 1 do SWZ („Projekt Umowy”) poprzez zwiększenie wskaźnika waloryzacji do 15%.

Natomiast **zarzut 2)** zdaniem Izby nie zasługiwał na uwzględnienie.

W pkt VI. SWZ:TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA wskazano, że: „Termin realizacji przedmiotu umowy: po upływie 12 miesięcy od dnia podpisania umowy przez okres kolejnych 72 miesięcy lub do wyczerpania kwoty odpowiadającej wartości Umowy”.

Jednocześnie, w § 5 Projektu Umowy, podano, że: „Umowa zostaje zawarta na okres od daty jej zawarcia, tj. od dnia roku do dnia roku lub do wyczerpania kwoty odpowiadającej wartości Umowy, wskazanej w § 4 ust. 1”.

W ocenie Odwołującego II, przyjmując powyższe zapisy, Zamawiający naruszył art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp, art. 436 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 353¹ w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 k.c., gdyż ich treść oznacza brak pewności Wykonawcy co do okresu świadczenia usługi, czyni iluzorycznymi gwarancje dotyczące minimalnego zakresu przedmiotu zamówienia i postanowienia dotyczące waloryzacji wynagrodzenia i w związku z tym oznacza przerzucenie ryzyka związanego z ponoszeniem kosztów realizacji zamówienia i osiągnięcia maksymalnej wartości zobowiązania za wykonanie przedmiotu Umowy na Wykonawcę i 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 ekwiwalentności świadczeń.

Po pierwsze, zgodzić trzeba się z Odwołującym, że zamawiający ma obowiązek co do zasady określić termin zakończenia realizacji umowy nie konkretną datą, ale poprzez ustalenie pewnego okresu, w którym wykonawca powinien wykonać przedmiot umowy. Regulacja ma na celu zapewnienie, by wszyscy wykonawcy mieli jednakową wiedzę o czasie wymaganym do realizacji zamówienia. Ma to zapobiec sytuacji, gdy każdy wykonawca odrębnie, na podstawie własnego doświadczenia i wiedzy, estymował najpierw spodziewany termin zawarcia umowy (mimo że nie miał wpływu na tę datę) (za: Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz...).

Izba nie dopatrzyła się uchybień Zamawiającego w zakresie określenia terminu realizacji zamówienia. Zamawiający wyznaczył termin realizacji zamówienia właśnie poprzez ustalenie pewnego okresu (72 miesiące), przy czym jako alternatywną przesłankę ustalił wyczerpanie wartości umowy. Natomiast, z podnoszonych przez Odwołującego przepisów prawa nie wynika jednocześnie, ażeby zamawiający nie mógł w umowie na usługę w zakresie publicznego transportu zbiorowego wskazać, że umowa zostaje zawarta na określony okres lub do wyczerpania środków (wartości umowy wskazanej w § 4 ust. 1 Umowy), w zależności co nastąpi szybciej. Zasada swobody umów w reżimie zamówień publicznych pozwala zamawiającemu na ustalanie warunków według własnych potrzeb. Natomiast wykonawca może te warunki zaakceptować i złożyć ofertę lub też zrezygnować ze złożenia oferty. Jednocześnie nie zostało w odwołaniu wykazane, że jakkolwiek powyższy zapis naruszał uczciwą konkurencję. Każdy z wykonawców ma jednakową wiedzę na temat terminu realizacji zamówienia. Odwołujący II wskazuje na wysokie koszty realizacji zamówienia, ale zauważyć trzeba, że koszty te poniesione będą niezależnie od faktycznego terminu realizacji zamówienia. W ocenie Izby taka konstrukcja jest obiektywnie jednoznaczna i wyczerpująca z punktu widzenia perspektywy czasowej, w której ma być realizowane zamówienie. Stąd też, ewentualne ryzyko wcześniejszego wyczerpania środków, czy też niewyczerpania pełnej wartości umowy w ciągu 72 miesięcy, należy uznać za przejaw ryzyka kontraktowego, z którym każdy z wykonawców musi się liczyć składając ofertę.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 3) w zw. z § 7 ust. 4 i 6 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:.....

.....

