Sygn. akt: KIO 4784/25
Sygn. akt: KIO 4794/25

WYROK

Warszawa, dnia 19 grudnia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Robert Siwik

Protokolant:Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 grudnia 2025 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 31 października 2025 r. przez Odwołujących:

1)**ABUS sp. z o.o. z siedzibą w Radzyminie** – sygn. akt: KIO 4784/25;

2)**Transgór S.A. z siedzibą w Mysłowicach** – sygn. akt: KIO 4794/25

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Związek Powiatowo-Gminny „Grodziskie Przewozy Autobusowe" z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim**,

przy udziale uczestnika po stronie Odwołującego w postępowaniu o sygn. akt: KIO 4794/25: wykonawcy ABUS sp. z o.o. z siedzibą w Radzyminie

orzeka:

sygn. akt: KIO 4784/25

1.**Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego jako 2 w *petitum* odwołania**,

2.**Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu wykreślenie w warunku udziału w postępowaniu, w zakresie każdej z części zamówienia (punkt 7.1.4 Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz treści ogłoszenia) sformułowania: „*nie będącej komunikacją miejską*"**.

3.kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Związek Powiatowo-Gminny „Grodziskie Przewozy Autobusowe" z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim w następujący sposób:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2.zasądza od Zamawiającego – **Związek Powiatowo-Gminny „Grodziskie Przewozy Autobusowe" z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim**rzecz Odwołującego – wykonawcy **ABUS sp. z o.o. z siedzibą w Radzyminie** kwotę **18 600,00 złotych** (osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), obejmującą koszt poniesiony przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

sygn. akt: KIO 4794/25

1.**Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego jako 2 i 3 w *petitum* odwołania**,

2.**Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:**

2.1 **wykreślenie w warunku udziału w postępowaniu, w zakresie każdej z części zamówienia (punkt 7.1.4 Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz treści ogłoszenia) sformułowania: „*nie będącej komunikacją miejską*"**;

2.2**modyfikację postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie Prawa Opcji oraz w odpowiadających im postanowieniach projektów umów poprzez zrozumiałe, precyzyjne i jednoznaczne określenie okresu świadczenia usług, którego Prawo Opcji dotyczy, tj. określenie maksymalnego okresu opcji oraz okoliczności skorzystania z Prawa Opcji.**

3.kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Związek Powiatowo-Gminny „Grodziskie Przewozy Autobusowe" z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim w następujący sposób:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2.zasądza od Zamawiającego – **Związek Powiatowo-Gminny „Grodziskie Przewozy Autobusowe" z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim** na rzecz Odwołującego – wykonawcy **Transgór S.A. z siedzibą w Mysłowicach** kwotę **18 600,00 złotych** (osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), obejmującą koszt poniesiony przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 3766/25
Sygn. akt: KIO 3769/25

U z a s a d n i e n i e

Związek Powiatowo-Gminny „Grodziskie Przewozy Autobusowe" z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim, zwany dalej „Zamawiającym", prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp" lub „Pzp", którego przedmiotem jest „Świadczenie usług przewozowych w zakresie publicznego transportu zbiorowego w powiatowo-gminnych przewozach pasażerskich w podziale na trzy (3) części" (nr postępowania: GPA.272.3.2025), dalej jako „Postępowanie".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 października 2025 r. pod numerem 693948-2025.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. Postępowaniu 31 października 2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli odwołania:

1)wykonawca ABUS sp. z o.o. z siedzibą w Radzyminie (dalej jako Odwołujący I) – sygn. akt: KIO 4784/25;

2)wykonawca Transgór S.A. z siedzibą w Mysłowicach (dalej jako Odwołujący II) – sygn. akt: KIO 4794/25.

Zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania te zostały połączone do wspólnego rozpoznania i oznaczone odpowiednio sygn. akt jak wyżej.

Sygn. akt KIO 4784/25

Odwołujący I zarzucił Zamawiającemu:

1)Zarzut nr 1 - Art. 112 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez określenie warunków udziału w zakresie zdolności technicznej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz naruszający uczciwą konkurencję, w zakresie utrudnienia/uniemożliwienia dostępu do zamówienia wobec podmiotów dających gwarancję należytego wykonania zamówienia poprzez wykluczenie możliwości powoływania się, w celu wykazania spełnienia warunków udziału, na doświadczenie zdobyte podczas realizacji usługi przewozu o charakterze użyteczności publicznej komunikacją miejską w rozumieniu ustawy o publicznym transporcie zbiorowym (dotyczy wszystkich części zamówienia).

2)*Zarzut nr 2 – Art. 99 ust 4 ustawy Pzp w związku z art. 16 oraz w związku z art. 3531 Kodeksu cywilnego poprzez opisanie przedmiotu zamówienia oraz w konsekwencji skonstruowanie Projektowanych Postanowień Umowy, bez ustalenia właściwego okresu przejściowego pomiędzy datą zawarcia umowy a datą rozpoczęcia usług umożliwiającego należyte wykonanie zamówienia co jednocześnie wykracza poza naturę stosunku i jest przeciwne zasadom współżycia społecznego.*

Odwołujący I wnosił o uwzględnienie odwołania oraz zmianę dokumentów zamówienia:

1) W zakresie zarzutu nr 1 – wykreślenie w warunku udziału w postępowania, w zakresie każdej z części zamówienia (punkt 7.1.4.1 SWZ oraz treść ogłoszenia) wyrażenia: „nie będącej komunikacją miejską"

2) W zakresie zarzutu nr 2: wprowadzenie zapisu uwzględniającego wymóg polegający na nakazaniu rozpoczęcia świadczenia usług w terminie nie krótszym niż 21 dni od dnia podpisania umowy, chyba, że Operator zgłosi gotowość do wcześniejszego rozpoczęcia świadczenia usług.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden z wykonawców.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w dniu 3 grudnia 2025 r., w której wniósł o „*oddalenie odwołania w zakresie zarzutu 1 oraz na podstawie art. 522 ust. 4 Pzp umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie zarzutu 2, w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego zarzutu 2, dokonaną przez Zamawiającego modyfikacją treści SWZ i z uwagi na fakt, że w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca*".

W odpowiedzi na odwołanie i w trakcie rozprawy Zamawiający przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Ponadto w dniu 14 grudnia 2025 r. stanowisko procesowe złożył Odwołujący wraz z wnioskiem dowodowym dot. „*wykazu porównywalnych postępowań – na okoliczność istnienia standardów stawiania warunków udziału w postępowaniu w zakresie podobnych postępowań dotyczących świadczenia usług powiatowo-gminnych usług transportu publicznego w których nie wyklucza się doświadczenia w zakresie świadczenia usług komunikacji miejskiej*".

Sygn. akt KIO 4794/25

Odwołujący II zarzucił Zamawiającemu:

1)*Naruszenie treści art. 16 pkt 1 i 3 PZP, art. 112 ust. 1 PZP i art. 116 ust. 1 PZP poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalność i ukształtowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, który uniemożliwia ubieganie się o*

udzielenie zamówienia przez podmioty, które zdobyły doświadczenie w publicznym transporcie zbiorowym, lecz w ramach komunikacji miejskiej, tj. poprzez zawarcie w punktach 7.1.4.1.1, 7.1.4.1.2, oraz 7.1.4.1.3 SWZ zwrotu „nie będącej komunikacją miejską.

2)*Naruszenie art. 134 ust. 1 pkt 6 PZP, art. 436 pkt 1 PZP, art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP, poprzez brak określenia terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia z uwzględnieniem koniecznego okresu przygotowawczego (Rozdział II pkt 6.1 SWZ i rozdział III pkt 3.2 SWZ) co uniemożliwia ubieganie się o udzielenie zamówienia wykonawcom innym niż dotychczasowy wykonawca zamówienia posiadający znaczną część wymaganego taboru, personelu i bazę transportową, oraz poprzez ustalenie terminu zakończenia realizacji zamówienia posługując się datą dzienną co utrudnia kalkulację oferty, z uwagi na niepewność po stronie wykonawcy, co do tego przez jaki okres w rzeczywistości świadczone będą usługi.*

3)*Naruszenie art. 99 ust. 1 PZP, art. 433 pkt 3 PZP oraz art. 436 pkt 1 PZP, art. 3531 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, poprzez wprowadzenie zasady automatycznego rozwiązania umowy w przypadku braku uzyskania dofinansowania zewnętrznego (rozdział II pkt 6.2 SWZ, pkt 2.7 i 6.27 projektów umów) w wyniku czego dochodzi do niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia i niejednoznacznego wskazania okresu realizacji umowy, co skutkuje brakiem pewności wykonawcy czy umowa będzie realizowana przez 3 miesiące czy 12 miesięcy, i co stanowi przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, leżące po stronie Zamawiającego, a także przekroczenie granic swobody umów,*

4)*Naruszenie art. 441 ust. 1 pkt 2 i 3 PZP, art. 99 ust. 1 PZP oraz art. 16 pkt 2 PZP i art. 353[1] k.c. w zw. z art. 8 PZP poprzez wprowadzenie prawa opcji (rozdział II pkt 1.2.3.2 do 1.2.3.9, pkt 1.3.3.2 do 1.3.3.9, pkt 1.4.3.2 do 1.4.3.9 oraz pkt 6.3 i 6.4. SWZ oraz w odpowiadające im postanowieniach projektów umów), które stanowi czterokrotne powtórzenie zamówienia podstawowego bez określenia okoliczności skorzystania z prawa opcji, co skutkuje również uznaniem przedmiotu zamówienia za opisany niejednoznacznie i co narusza zasadę przejrzystości i wykracza poza ramy wyznaczone zasadą swobody umów w zakresie właściwości stosunku prawnego*".

Odwołujący II wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz:

1)*„nakazanie Zamawiającemu modyfikacji specyfikacji warunków zamówienia i projektowanych postanowień umowy, stosownie do wskazań zawartych w uzasadnieniu odwołania tj. i. modyfikację Rozdziału II pkt 7.1.4.1.1, 7.1.4.1.2, 7.1.4.1.3 SWZ, prowadzącą do umożliwienia starania się o udzielenie zamówienia przez podmioty posiadające doświadczenie, lecz zdobyte również w ramach przewozów w komunikacji miejskiej tj. poprzez usunięcie zwrotu „nie będącej komunikacją miejską".*

ii. modyfikację Rozdziału II pkt 6.1 SWZ i rozdziału III pkt 3.2 SWZ polegającą na ustaleniu terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia, na co najmniej 6 miesięcy od daty zawarcia umowy i ustalenie terminu zakończenia realizacji usług oznaczonego w miesiącach tj. 12 miesięcy od daty rozpoczęcia realizacji zamówienia,

iii. modyfikację Rozdziału II pkt 6.2 SWZ, pkt 2.7 i 6.27 projektów umów i wykreślenie zasady rozwiązania umowy w przypadku braku zawarcia przez Zamawiającego do dnia 30 marca 2026 r. Umowy z Wojewodą Mazowieckim o dopłatę z Funduszu rozwoju przewozów autobusowych o charakterze użyteczności publicznej na 2026 r.,

iv. modyfikację Rozdziału II pkt 1.2.3.2 do 1.2.3.9, pkt 1.3.3.2 do 1.3.3.9, pkt 1.4.3.2 do 1.4.3.9 oraz pkt 6.3 i 6.4. SWZ (oraz w odpowiadających im postanowień projektów umów) poprzez wydłużenie okresu realizacji umowy na czas 48 miesięcy i wskazanie kolejnego rocznego okresu realizacji umowy za prawo opcji, względnie ustalenie, że prawo opcji obejmuje jedynie okres trzech miesięcy następujący po zakończeniu realizacji zamówienia podstawowego.

2)*przyznanie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego*".

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 4794/25 po stronie odwołującego II zgłosił wykonawca ABUS sp. z o.o. z siedzibą w Radzyminie.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestników postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

KIO 4784/25

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie. Tak samo Izba oceniła, że nie istnieją przesłanki do zwrotu odwołania.

Izba ustaliła, że wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej.

Izba postanowiła włączyć w poczet materiału dowodowego sprawy i przeprowadzić dowody z dokumentacji Postępowania oraz załączników do stanowisk pisemnych stron.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego jako 2 w petitum odwołania wobec ich uwzględnienia przez Zamawiającego - na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, 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 tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Osią sporu w sprawie był sposób sformułowania warunku udziału w Postępowaniu, w odniesieniu do każdej z części zamówienia (pkt 7.1.4 Specyfikacji Warunków Zamówienia, dalej jako „SWZ"), w którym w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował stosownym doświadczeniem w wykonywaniu „*usługi przewozu o charakterze użyteczności publicznej nie będącej komunikacją miejską w rozumieniu ustawy o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. z 2025 r. poz. 285, 1173.)…*".

Zdaniem Odwołującego I: „*to wykluczenie doświadczenia zdobytego w ramach realizacji usług przewozu o charakterze użyteczności publicznej w ramach komunikacji miejskiej nie jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego i wyklucza Wykonawców posiadających doświadczenie niezbędne do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia czyli z zachowaniem terminu, miejsca, sposobu realizacji i jakości określonych dokumentami zamówienia.*

Takie rozróżnienie nie znajduje uzasadnienia w przepisach ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (t.j. Dz.U. z 2024 r., poz. 1667 ze zm.), która jasno odróżnia komunikację miejską od innych przewozów o charakterze użyteczności publicznej, jednak nie różnicuje ich pod względem stopnia skomplikowania organizacyjnego, jakości usług ani wymogów stawianych operatorom a wyłącznie miejsca świadczenia tego transportu."

Ponadto Odwołujący I argumentował, że: „*Wyłączenie doświadczenia w komunikacji miejskiej nie znajduje żadnego racjonalnego związku z przedmiotem zamówienia ani nie wpływa na jakość lub zdolność wykonania zamówienia. Wprost przeciwnie – świadczenie usług komunikacji miejskiej wymaga wyższych standardów organizacyjnych, technicznych i jakościowych, w tym m.in.:*

- *stosowania nowoczesnych systemów monitorowania (GPS, ITS),*
- *zapewnienia wysokiej częstotliwości kursów i punktualności,*
- *utrzymania wysokich standardów bezpieczeństwa i obsługi pasażera,*
- *utrzymania taboru w rygorystycznych standardach ekologicznych i technicznych.*

Tym samym, wykonawcy posiadający doświadczenie w zakresie komunikacji miejskiej posiadają kompetencje przewyższające wymagania dotyczące komunikacji pozamiejskiej.

Wymóg, aby doświadczenie dotyczyło wyłącznie przewozów „niebędących komunikacją miejską", stanowi nieproporcjonalne zawężenie kręgu wykonawców, którzy mogą ubiegać się o zamówienie. W praktyce eliminuje on z postępowania znaczną część rynku przewozów publicznych — w szczególności największe i najbardziej doświadczone przedsiębiorstwa komunalne i prywatne, które realizują usługi przewozowe w komunikacji miejskiej.

Należy podnieść również, że w poprzednim postępowaniu Nr postępowania: GPA.272.2.2023 „Świadczenie usługi przewozu regularnego wykonywanej w ramach publicznego transportu zbiorowego w podziale na cztery części", które organizował Zamawiający w 2023 roku, Zamawiający nie zawężał wymagań i nie wyłączał doświadczenia w komunikacji miejskiej:

„spełniają warunki udziału w postępowaniu w zakresie ***zdolności technicznej lub zawodowej.*** *Wykonawca spełni te warunki, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, Wykonawca wykonał należycie lub wykonuje należycie przynajmniej 1 (jedną) usługę przewozu o charakterze użyteczności publicznej w rozumieniu ustawy o publicznym transporcie zbiorowym z dnia 16 grudnia 2010 r. świadczoną autobusami - w liczbie minimum 200.000 (dwieście tysięcy) wozokilometrów, przy czym powyższa liczba wozokilometrów musi być osiągnięta w ciągu maksymalnie 1 (jednego) roku świadczenia usługi na podstawie maksymalnie 3 (trzech) umów o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego zawartych z organizatorami publicznego transportu zbiorowego w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym, osobno dla każdej części zamówienia.*"

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazywał m.in., że:

„*Zamawiający celowo wskazał konieczność spełnienia warunku realizacji usługi przewozu o charakterze*

użyteczności publicznej ***nie będącej komunikacją miejską*** *w związku z realizacją usług właśnie na liniach nie będących komunikacją miejską. Jednocześnie,* ***Zamawiający ustanowił progi wymaganej w doświadczeniu liczby wozokilometrów na niskim (minimalnym) poziomie, w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia*** *i nieograniczający konkurencji.*

*1.6. Ustawodawca wprost wyodrębnił m.in. w przepisach ustawy o publicznym transporcie zbiorowym „komunikację miejską" oraz przewozy nie będące komunikacją miejską. Zamawiający całkowicie nie zgadza się, z uzasadnieniem przytoczonym w odwołaniu, że „****Takie rozróżnienie*** *nie znajduje uzasadnienia w przepisach ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (t.j. Dz.U. z 2024 r., poz. 1667 ze zm.),* ***która jasno odróżnia komunikację miejską od innych przewozów o charakterze użyteczności publicznej*** *jednak nie różnicuje ich pod względem stopnia skomplikowania organizacyjnego, jakości usług ani wymogów stawianych operatorom a wyłącznie miejsca świadczenia tego transportu.".*

Ponadto w swojej odpowiedzi Zamawiający przedstawił najistotniejsze jego zdaniem dla realizacji zamówienia różnice pomiędzy komunikacją miejską, a przewozami nie będącymi komunikacją miejską – przewozami powiatowo-gminnymi, tj. wymogi stosowania ustawowych uprawnień do ulgowych przejazdów w publicznym transporcie zbiorowym autobusowym, w tym stosowania kas rejestrujących wymaganych ustawą, zmiany kierowców, awarie techniczne itp.

W toku rozprawy Zamawiający przyznał, że ww. różnice w świadczeniu usług przewozowych w ramach komunikacji miejskiej oraz pozamiejskiej zasadniczo nie występują, a stanowią tak naprawdę wynik doświadczenia i organizacji świadczenia usług przez wykonawcę-przewoźnika. Kluczowy jednak dla Zamawiającego argument za wykluczeniem komunikacji miejskiej w spełnieniu warunku doświadczenia miał wynikać z konieczności znajomości przez wykonawcę systemu rozliczania rekompensat i ulg ustawowych, co jak wskazał w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający: „*może narazić organizatora na utratę dopłat z funduszu rozwoju przewozów autobusowych, których Związek jest beneficjentem i które zapewniają ponad 50% środków Organizatora na funkcjonowanie przewozów*".

W ocenie Izby Zamawiający w swojej argumentacji, mającej na celu obronę (uzasadnienie) postawionego warunku, tj. wyłączenia „komunikacji miejskiej", referował tak naprawdę do elementów *stricte* dotyczących sposobu realizacji zamówienia, a nie warunku jako takiego, tj. poziomu/ progu limitującego możliwość ubiegania się o rzeczone zamówienie.

Warunki udziału w postępowaniu (jak np. doświadczenie) dotyczą każdorazowo sytuacji podmiotowej wykonawcy, a nie sposobu wykonania zamówienia (opisu przedmiotu zamówienia, OPZ), a zamawiający musi jasno określić, co jest warunkiem a co dotyczy wymagań OPZ. Nie można, wobec tego mylić, jak uczynił to Zamawiający, warunku podmiotowego z opisem przedmiotu zamówienia – to dwie różne kategorie w Pzp, a Zamawiający ma obowiązek zapewnić równe traktowanie wykonawców.

Wobec powyższego, skoro Zamawiający tak dużą wagę przywiązuje do systemu rozliczania rekompensat i ulg ustawowych przez potencjalnych wykonawców, negując *a priori* takie doświadczenie u przewoźników komunikacji miejskiej to zdaniem Izby nic nie stało temu na przeszkodzie, aby w OPZ, czy też w umowie, szczegółowo wyrazić swoje oczekiwania w tym zakresie, a nie *post factum* nadinterpretować jasno sformułowany warunek udziału w Postępowaniu.

Ustawodawca wskazał w art.112 ust. 1 ustawy Pzp, że warunki udziału w postępowaniu mają służyć zweryfikowaniu zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, tym samym ocena ich proporcjonalności musi obywać się właśnie przez pryzmat weryfikacji zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że w interesie zamawiającego leży, by jego zamówienie realizowane było przez wykonawcę dysponującego niezbędną wiedzą i doświadczeniem nabytym przy wykonywaniu prac o takim samym lub podobnym charakterze co przedmiot zamówienia. Takie bowiem doświadczenie minimalizuje ryzyko nieprawidłowego wykonania zamówienia. To uprawnienie zamawiającego podlega weryfikacji względem reguł wyrażonych w art. 16 ustawy Pzp i ustaleniu czy zamawiający zachował niezbędną równowagę między jego interesem polegającym na uzyskaniu gwarancji należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, których nie wolno w drodze wprowadzenia w specyfikacji nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w przetargu. Ocena zaś powyższych reguł odbywa się w realiach konkretnego postępowania przetargowego, przedmiotu zamówienia i celu jaki Zamawiający zamierza osiągnąć wprowadzając określony warunek udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba usługi przewozu o charakterze użyteczności publicznej, czy to w ramach komunikacji miejskiej, czy to pozamiejskiej uznaje, że „stanowią one podobny charakter"; czemu z resztą nie przeczył sam Zamawiający na rozprawie. Nie sposób uznać, że świadczenie tego typu usług w odniesieniu do konieczności zaangażowania licznego taboru i jego obsługi, zmianowości kierowców czy usuwania awarii technicznych jest tożsame dla usług przewozu o charakterze użyteczności publicznej. Kwestia, czy owe świadczenia są realizowane *stricte* w obszarze miasta, na jego obrzeżach, czy między miastami nie ma zasadniczego znaczenia przy konieczności obsługi konkretnych linii i tras; jest to zagadnienie wyłącznie dotyczące sposobu organizacji świadczenia usług, odpowiedniego

przygotowania operatora – przewoźnika w odniesieniu do wymagań sposobu realizacji zamówienia, który zostaje zasadniczo narzucony przez zamawiających w OPZ, czy zawartej umowie.

W ocenie Izby to właśnie OPZ, czy też projektowana umowa są właściwym miejscem do ujęcia wszelkich*stricte* technicznych oczekiwań zamawiających, takich jak zmianowość kierowców, usuwanie awaryjności, czy też – co znamienne dla niniejszej sprawy – sposobu prowadzenia rozliczeń przez wykonawcę z użytkownikami (pasażerami) oraz ostatecznie z zamawiającym. Takie, niewyartykułowane wprost w warunku udziału w postępowaniu oczekiwania zamawiających nie mogą być następnie podstawą do oceny tego, czy ów warunek został postawiony prawidłowo w kontekście zasad udzielania zamówień publicznych (art. 16 ustawy Pzp).

Warunki udziału w postępowaniu są określana na potrzeby konkretnego postępowania, przez konkretnego zamawiającego, który samodzielnie determinuje w jaki sposób zminimalizować ryzyko nieprawidłowego czy nieterminowego wykonania zamówienia. Praktyka rynku, czy też jakieś nieokreślone, negatywne doświadczenia zamawiającego z przeszłości mają tu irrelewantne znaczenie.

Zamawiający w niniejszej sprawie nie wykazał, że wykonawcy posiadający m.in. doświadczenie w świadczeniu usług przewozowych w ramach komunikacji miejskiej nie mogą dać rękojmi prawidłowości wykonania zamówienia. Zdaniem Izby stosowanie oczekiwanego systemu rozliczania rekompensat i ulg ustawowych przez wykonawcę jest rzeczą *stricte* techniczną i nie można *a priori* wnioskować, że ten z wykonawców, który dysponuje doświadczeniem w realizacji usług przewozowych w mieście nie sprosta temu wymogu w realizacji usług pozamiejskich/ międzymiastowych. Zamawiający zdaniem Izby zakłada w sposób bezpodstawny, że tacy operatorzy usług przewozowych nie sprostają, czy też szerzej nie identyfikują takich wymogów.

W konsekwencji Izba uznała, że zarzut odwołania zasługiwał na uwzględnienie
i uwzględniła odwołanie jak w sentencji.

Postępowanie odwoławcze podlegało ponadto umorzeniu w części obejmującej zarzut nr 1 Odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. art. 522 ust. 4 Pzp, postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. § 5 pkt 1 lit. a, ust. 2 lit. a i b rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

KIO 4794/25

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie. Tak samo Izba oceniła, że nie istnieją przesłanki do zwrotu odwołania.

Izba ustaliła, że wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy ABUS sp. z o.o. do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Izba postanowiła włączyć w poczet materiału dowodowego sprawy i przeprowadzić dowody z dokumentacji Postępowania oraz załączników do stanowisk pisemnych stron.

W zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 4794/25 podlegało ponadto umorzeniu w części obejmującej zarzut nr 2 i 3 odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp i art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie ww. zarzutów.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy*. Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania*.

W trakcie posiedzenia Izby, przed otwarciem rozprawy Odwołujący II oświadczył, że cofa częściowo odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 i 3 odwołania. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący I oświadczył, że nie popiera już odwołania w ww. zakresie, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Rozstrzyganie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak

informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę, nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

Analogicznie, jak w sprawie KIO 4784/25, osią sporu w zakresie zarzutu nr 1 jestsposób sformułowania warunku udziału w Postępowaniu, w odniesieniu do każdej z części zamówienia (pkt 7.1.4 Specyfikacji Warunków Zamówienia, dalej jako „SWZ"), w którym w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował stosownym doświadczeniem w wykonywaniu „*usługi przewozu o charakterze użyteczności publicznej nie będącej komunikacją miejską w rozumieniu ustawy o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. z 2025 r. poz. 285, 1173.)…*".

Odwołujący II wskazywał w swoim odwołaniu, że „*Od strony przedmiotowej, to czym jest publiczny transport zbiorowy, można odczytać po pierwsze z przywołanej uprzednio definicji ustawy o publicznym transporcie zbiorowym, a zatem, jest to przede wszystkim regularny przewóz osób. To czym jest przewóz osób w zakresie w jakim dotyczy on przewozu drogowego (adekwatnie do przedmiotu niniejszego zamówienia) definiuje również całokształt definicji ustawowych zawartych w Ustawie o transporcie drogowym, z których można wnioskować, że jest to publiczny przewóz osób i ich bagażu w określonych odstępach czasu i na określonych trasach, między przystankami pojazdami samochodowymi, na zasadach określonych w ustawie prawo przewozowe. Zatem obszar geograficzny po jakim odbywa się regularny przewóz osób nie definiuje jego charakteru i co do zasady nie wpływa na zakres podstawowych obowiązków przewoźnika. Niezależnie od tego czy przewóz osób jest realizowany po liniach komunikacyjnych przebiegających wyłącznie przez obszar miast i gmin sąsiednich, gdy stanowi komunikację miejską, czy wyłącznie przez obszar danego związku powiatowo-gminnego, obejmującego również miasta lub gminy – podstawowe obowiązki przewoźnika są tożsame. Przewoźnik zapewnia tabor autobusowy, bazę transportową, kierowców, obsługę techniczną, obsługę dyspozytorską, a jeśli chodzi o jego obowiązki to musi zapewnić że sprawne autobusy będą przewoziły osoby punktualnie pomiędzy przystankami wyznaczonymi przez organizatora transportu, które stanowią linie komunikacyjne.*

Doświadczenie zdobyte w przewozach komunikacji miejskiej jest niemal tym samym doświadczeniem jakie przewoźnik zdobywa w przewozach komunikacji np. powiatowo-gminnej. Nieznaczne różnice mogą jedynie wynikać z poziomu ruchu samochodowego. Chociaż to raczej doświadczenie kierowcy zdobyte na obszarze o zwiększonym ruchu pozwala mu łatwiej poruszać się po obszarach o ruchu mniejszym niż odwrotnie, kierowca który na co dzień jeździ na obszarze o mniejszej intensywności ruchu drogowego, musi przyzwyczaić się do jazdy w zwiększonym poziomie ruchu. Inna może być też częstotliwość umieszczenia przystanków, chociaż znowu w tym przypadku doświadczenie osoby, która częściej musi zatrzymywać się na przystankach wpuszczać i wypuszczać pasażerów, włączać się do ruchu jest bogatsze, niż osoby która robi to rzadziej jeżdżąc po liniach komunikacyjnych na obszarach mniej zurbanizowanych. W tych okolicznościach wykluczenie podmiotów, których doświadczenie w realizacji przewozów użyteczności publicznej, czyli przewozów w ramach publicznego transportu zbiorowego, zdobyte zostało w komunikacji miejskiej, z ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, które dotyczy przewozów w ramach publicznego transportu zbiorowego na obszarze miast i gmin, objętych związkiem powiatowo-gminnym, stanowi przejaw dyskryminacji i uprzywilejowania konkretnych przewoźników, którzy tożsame doświadczenie zdobywali na innym obszarze".

W toku rozprawy Zamawiający przyznał, że ww. różnice w świadczeniu usług przewozowych w ramach komunikacji miejskiej oraz pozamiejskiej zasadniczo nie występują, a stanowią tak naprawdę wynik doświadczenia i organizacji świadczenia usług przez wykonawcę-przewoźnika. Kluczowy jednak dla Zamawiającego argument za wykluczeniem komunikacji miejskiej w spełnieniu warunku doświadczenia miał wynikać z konieczności znajomości przez wykonawcę systemu rozliczania rekompensat i ulg ustawowych, co jak wskazał w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający: „*może narazić organizatora na utratę dopłat z funduszu rozwoju przewozów autobusowych, których Związek jest beneficjentem i które zapewniają ponad 50% środków Organizatora na funkcjonowanie przewozów*".

W ocenie Izby Zamawiający w swojej argumentacji, mającej na celu obronę (uzasadnienie) postawionego warunku, tj. wyłączenia „komunikacji miejskiej", referował tak naprawdę do elementów *stricte* dotyczących sposobu realizacji zamówienia, a nie warunku jako takiego, tj. poziomu/ progu limitującego możliwość ubiegania się o rzeczone zamówienie.

Warunki udziału w postępowaniu (jak np. doświadczenie) dotyczą każdorazowo sytuacji podmiotowej wykonawcy, a nie sposobu wykonania zamówienia (opisu przedmiotu zamówienia, OPZ), a zamawiający musi jasno określić, co jest warunkiem a co dotyczy wymagań OPZ. Nie można, wobec tego mylić, jak uczynił to Zamawiający, warunku podmiotowego z opisem przedmiotu zamówienia – to dwie różne kategorie w Pzp, a Zamawiający ma obowiązek zapewnić równe traktowanie wykonawców.

Wobec powyższego, skoro Zamawiający tak dużą wagę przywiązuje do systemu rozliczania rekompensat i ulg ustawowych przez potencjalnych wykonawców, negując a priori takie doświadczenie u przewoźników komunikacji

miejskiej to zdaniem Izby nic nie stało temu na przeszkodzie, aby w OPZ, czy też w umowie, szczegółowo swoje oczekiwania w tym zakresie wyrazić, a nie post factum nadinterpretować jasno sformułowany warunek udziału w Postępowaniu.

Ustawodawca wskazał w art.112 ust. 1 ustawy Pzp, że warunki udziału w postępowaniu mają służyć zweryfikowaniu zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, tym samym ocena ich proporcjonalności musi obywać się właśnie przez pryzmat weryfikacji zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że w interesie zamawiającego leży, by jego zamówienie realizowane było przez wykonawcę dysponującego niezbędną wiedzą i doświadczeniem nabytym przy wykonywaniu prac o takim samym lub podobnym charakterze co przedmiot zamówienia. Takie bowiem doświadczenie minimalizuje ryzyko nieprawidłowego wykonania zamówienia. To uprawnienie zamawiającego podlega weryfikacji względem reguł wyrażonych w art. 16 ustawy Pzp i ustaleniu czy zamawiający zachował niezbędną równowagę między jego interesem polegającym na uzyskaniu gwarancji należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, których nie wolno w drodze wprowadzenia w specyfikacji nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w przetargu. Ocena zaś powyższych reguł odbywa się w realiach konkretnego postępowania przetargowego, przedmiotu zamówienia i celu jaki Zamawiający zamierza osiągnąć wprowadzając określony warunek udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba usługi przewozu o charakterze użyteczności publicznej, czy to w ramach komunikacji miejskiej, czy to pozamiejskiej uznaje, że „stanowią one podobny charakter"; czemu z resztą nie przeczył sam Zamawiający na rozprawie. Nie sposób uznać, że świadczenie tego typu usług w odniesieniu do konieczności zaangażowania licznego taboru i jego obsługi, zmianowości kierowców czy usuwania awarii technicznych jest tożsame dla usług przewozu o charakterze użyteczności publicznej jako takiej. Kwestia, czy owe świadczenia są realizowane *stricte* w granicach administracyjnych miasta, czy na jego obrzeżach, czy odbywają się między miastami nie ma zasadniczego znaczenia przy konieczności obsługi konkretnych linii i tras, realizacji przedmiotu zamówienia; jest to zagadnienie wyłącznie odnoszące się do sposobu organizacji świadczenia usług, odpowiedniego przygotowania operatora – przewoźnika w odniesieniu do wymagań sposobu realizacji zamówienia, który zostaje (powinien) zasadniczo narzucony przez zamawiających w OPZ.

W ocenie Izby to właśnie OPZ, czy też projektowana umowa są tym właściwym miejscem do ujęcia wszelkich *stricte* technicznych oczekiwań zamawiających, takich jak zmianowość kierowców, usuwanie awaryjności, czy też – co znamienne dla niniejszej sprawy – sposobu prowadzenia rozliczeń przez wykonawcę z użytkownikami (pasażerami) oraz finalnie z zamawiającym. Takie, niewyartykułowane wprost w warunku udziału w postępowaniu oczekiwania zamawiających nie mogą być następnie podstawą do oceny tego, czy ów warunek został postawiony prawidłowo w kontekście do zasad udzielania zamówień publicznych (art. 16 ustawy Pzp).

Warunki udziału w postępowaniu są określana na potrzeby konkretnego postępowania, przez konkretnego zamawiającego, który samodzielnie determinuje w jaki sposób zminimalizować ryzyko nieprawidłowego czy nieterminowego wykonania zamówienia. Praktyka rynku, czy też jakieś nieokreślone doświadczenia zamawiającego mają tu wtórne znaczenie. Zamawiający w niniejszej sprawie nie wykazał, że wykonawcy posiadający m.in. doświadczenie w świadczeniu usług przewozowych w ramach komunikacji miejskiej nie mogą dać rękojmi prawidłowości wykonania zamówienia. Zdaniem Izby stosowanie oczekiwanego systemu rozliczania rekompensat i ulg ustawowych przez wykonawcę jest rzeczą stricte techniczną i nie można *a priori* wnioskować, że ten z wykonawców, który dysponuje doświadczeniem w realizacji usług przewozowych w mieście nie sprosta temu wymogu w realizacji usług pozamiejskich. Zamawiający zdaniem Izby zakłada w sposób bezpodstawny, że tacy operatorzy usług przewozowych nie sprostają, czy też szerzej nie identyfikują takich wymogów.

W konsekwencji Izba uznała, że ten zarzut odwołania zasługiwał na uwzględnienie
i uwzględniła odwołanie jak w sentencji.

W odniesieniu zaś do drugiego z zarzutów, tj. odnoszącego się do prawa opcji, Izba wskazuje, co następuje.

Odwołujący sformułował zarzut:

„*Naruszenie art. 441 ust. 1 pkt 2 i 3 PZP, art. 99 ust. 1 PZP oraz art. 16 pkt 2 PZP i art. 353[1] k.c. w zw. z art. 8 PZP poprzez wprowadzenie prawa opcji (rozdział II pkt 1.2.3.2 do 1.2.3.9, pkt 1.3.3.2 do 1.3.3.9, pkt 1.4.3.2 do 1.4.3.9 oraz pkt 6.3 i 6.4. SWZ oraz w odpowiadające im postanowieniach projektów umów), które stanowi czterokrotne powtórzenie zamówienia podstawowego bez określenia okoliczności skorzystania z prawa opcji, co skutkuje również uznaniem przedmiotu zamówienia za opisany niejednoznacznie i co narusza zasadę przejrzystości i wykracza poza ramy wyznaczone zasadą swobody umów w zakresie właściwości stosunku prawnego*".

W powyższym zakresie Odwołujący II żądał:

„*modyfikacji Rozdziału II pkt 1.2.3.2 do 1.2.3.9, pkt 1.3.3.2 do 1.3.3.9, pkt 1.4.3.2 do 1.4.3.9 oraz pkt 6.3 i 6.4. SWZ (oraz w odpowiadających im postanowień projektów*

umów) poprzez wydłużenie okresu realizacji umowy na czas 48 miesięcy i wskazanie kolejnego rocznego okresu realizacji umowy za prawo opcji, względnie ustalenie, że prawo opcji obejmuje jedynie okres trzech miesięcy następujący po zakończeniu realizacji zamówienia podstawowego".

Izba podziela stanowisko Odwołującego II, że projektowane praw opcji*de facto* stanowi czterokrotne powtórzenie zamówienia podstawowego bez określenia okoliczności skorzystania z prawa opcji, co „*skutkuje również uznaniem przedmiotu zamówienia za opisany niejednoznacznie i co narusza zasadę przejrzystości i wykracza poza ramy wyznaczone zasadą swobody umów w zakresie właściwości stosunku prawnego*".

Przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych, a także dyrektywy unijne dotyczące zamówień publicznych nie zawierają definicji legalnej terminu prawo opcji. Oba akty prawne stanowią jedynie o kwestii szacowania wartości zamówienia w przypadku zamiaru skorzystania przez zamawiającego z prawa opcji (art. 31 ust. 2 ustawy Pzp). W doktrynie zaś prawo opcji określa się jako przyznane zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zakresu zamówienia, zwłaszcza do jego rozszerzenia np. poprzez skorzystanie z prawa zwiększenia ilości zamawianych towarów (usług).

Urząd Zamówień Publicznych w swojej opinii pt. „*Prawo opcji w ustawie Prawo zamówień publicznych*" wskazał, że: „*Zamawiający przewidując prawo opcji, jest więc zobowiązany do określenia maksymalnego poziomu zamówienia wskazując, iż pewien zakres tego zamówienia, z góry przewidziany i określony, będzie przez niego realizowany jedynie w określonych sytuacjach. A zatem instytucja prawa opcji zakłada, że zamawiający każdorazowo* określa minimalny poziom zamówienia, który zostanie na pewno zrealizowany, co pozwala wykonawcom na rzetelne i właściwe dokonanie wyceny oferty, wskazując jednocześnie dodatkowy zakres, którego *realizacja jest uzależniona od wskazanych w kontrakcie okoliczności i stanowi uprawnienie zamawiającego, z którego może, ale nie musi on skorzystać*".

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) podkreśla się, że „*nie ma przeszkód, aby zamówienie przewidywało prawo opcji, lecz jako pewny margines realizacji całego zamówienia, nie zaś jego przeważającą część*" (tak wyrok KIO z 06.09.2012 r., KIO 1807/12). Izba w ww. wyroku uznała, że w przedmiotowym stanie faktycznym*de facto* prawo opcji było zamówieniem podstawowym, a zamówienie podstawowe niewielką opcją w skali całego zamówienia. Izba uznała, że ten stan rzeczy można zakwalifikować jako działanie stanowiące obejście przepisów Pzp. Odnosząc powyższe na grunt rozstrzyganej sprawy Izba nie miała wątpliwości, że jak stanowił zarzut odwołania: „czterokrotne powtórzenie zamówienia podstawowego" wypacza charakter prawny opcji; w okolicznościach sprawy to zamówienie podstawowe, a nie opcja będzie stanowiła pewny margines realizacji zamówienia.

Instytucja prawa opcji ma pozwalać na precyzyjne określenie poziomu zamówienia, który zostanie przez zamawiającego zrealizowany, co pozwala wykonawcom na prawidłowe dokonanie wyceny oferty (por. wyrok KIO z dnia 23 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1447/10, wyrok KIO z dnia, sygn. akt KIO/UZP 2376/10). Prawo opcji ma istotne znaczenie dla zakresu przedmiotu zamówienia i informacja o powyższym ma zawsze znaczenie dla wykonawców z punktu widzenia zainteresowania się konkretnym ogłoszeniem o zamówieniu i następnie złożeniem oferty.

Dlatego też zarówno zakres objęty prawem opcji, jak i okoliczności, w jakich dojść może do skorzystania z prawa opcji, powinny być każdorazowo opisane zgodnie z zasadami stosowanymi przy opisie przedmiotu zamówienia, tzn. w sposób jednoznaczny, wyczerpujący oraz umożliwiający wykonawcy złożenie oferty (tak wyrok KIO z 06.09.2012 r., KIO 1807/12).

W tym kontekście oceniając sposób skonstruowania prawa opcji w odniesieniu do jej zakresu można śmiało postawić tezę, że taka konstrukcja prawa opcji może stwarzać nawet pozory prawa opcji i służyć obejściu przepisów ustawy Pzp. Czterokrotne powtórzenie realizacji zamówienia podstawowego to nie opcja, to wykorzystanie uprzywilejowanej sytuacji zamawiającego względem wykonawcy.

Takie działanie zamawiającego przy wykorzystaniu elastycznie skonstruowanej regulacji prawa opcji mogłoby być uznane nawet za nadużycie prawa zamawiającego (art. 5 KC, który wskazuje, że „*Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony*", a już na pewno naruszać zasadę swobody umów, wyrażoną w art. Art. 353^1 KC). Prawo opcji jak podnosi się w doktrynie z racji tego, że jest konstruowane na podstawie zasady swobody umów musi pozostawać w zgodności z właściwością (natura) opcji, zasadami współżycia społecznego, przepisami ustawy Pzp oraz przepisami Kodeksu cywilnego.

W uzasadnieniu wyroku KIO z 18.11.2011 r. (KIO 2398/11) wskazano, że „*prawo opcji polega na wyodrębnieniu w ramach udzielanego zamówienia zakresu obligatoryjnego, tj. ilości minimalnej (gwarantowanej) oraz zakresu fakultatywnego, którego udzielenie jest zależne od zamawiającego i dotyczy towaru lub usług w ilości nie większej niż oznaczona jako maksymalna. Skorzystanie z prawa opcji w zamówieniach publicznych będzie zatem oznaczało, iż zamawiający każdorazowo będzie określał pewien minimalny poziom zamówienia, który zostanie na pewno zrealizowany,*

co pozwala wykonawcom na rzetelne i właściwe dokonanie wyceny ofert". Z kolei w wyroku z 3.10.2014 r. (KIO 1944/14) Izba podniosła, że „dla zapewnienia uczciwej konkurencji przy kalkulowaniu ceny oferty konieczne jest określenie *w sposób precyzyjny zakresu, jakiego prawo opcji dotyczy, oraz wskazanie tej części zamówienia, która będzie realizowana na pewno, oraz tej części, której realizacja będzie uzależniona od decyzji zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji*".

W okolicznościach niniejszej sprawy nie sposób uznać, że Zamawiający jednoznacznie i precyzyjnie określił maksymalny poziom zamówienia opcyjnego, który zagwarantował, że zostanie zrealizowany. W tej sytuacji nie sposób uznać, jaki poziom zamówienia fakultatywnego (opcjonalnego) może zostać faktycznie zrealizowany, aby nie doprowadzić do sytuacji, że jak wskazano powyżej – zamówienie podstawowe będzie stanowiło margines zamówienia opcjonalnego. To zasadniczy błąd Zamawiającego, który winien zostać naprawiony, jak stanowi sentencja orzeczenia. Zamawiający niewątpliwie wypaczył charakter prawa opcji.

W wyroku KIO z 21.05.2013 r. (KIO 1024/13) podkreślono, że „*przewidując prawo opcji, zamawiający przyznaje sobie prawo do zwiększenia zamówienia, jednakże zamiar powiększenia owego zakresu musi być określony i opisany już przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ zgodnie z dyspozycją art. 34 ust. 5 Pzp największy możliwy zakres zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji musi być wzięty pod uwagę przy ustalaniu wartości zamówienia. Opis przewidywanego rozszerzenia zakresu zamówienia powinien być zawarty w ogłoszeniu i w SIWZ, ponieważ wykonawca decydujący się złożyć ofertę musi wiedzieć, jakie roszczenia może mieć w stosunku do niego zamawiający w razie skorzystania z prawa opcji*". Odnosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, konstrukcja prawa opcji zakreślona przez zamawiającego potwierdza, że zainteresowani wykonawcy nie są w stanie określić zakresu takich roszczeń zamówienia opcyjnego.

Postępowanie odwoławcze podlegało ponadto umorzeniu w części obejmującej zarzut nr 2 i 3 Odwołania.

W trakcie posiedzenia Izby, przed otwarciem rozprawy Odwołujący II oświadczył, że cofa częściowo odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 i 3 odwołania. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący II oświadczył, że nie popiera już odwołania w ww. zakresie, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Rozstrzyganie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę, nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. § 5 pkt 1 lit. a, ust. 2 lit. a i b rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……