

Sygn. akt: KIO 90/24

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 26 stycznia 2024 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca: Justyna Tomkowska**

**Protokolantka: Oskar Oksiński**

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 26 stycznia 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 stycznia 2024 roku przez **wykonawcę „Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim (Odwołujący)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Gminę Wrocław z siedzibą we Wrocławiu**

przy udziale wykonawcy **„Mobilis” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

**postanawia:**

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze;**
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynastu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczanego wpisu na rzecz **Odwołującego - „Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim (**

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych**.

**Przewodnicząca:** .....

**UZASADNIENIE**

Zamawiający: Gmina Wrocław z siedzibą we Wrocławiu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego organizowanego przez Gminę Wrocław na terenie Wrocławia oraz Gmin Wisznia Mała, Długołęka i Czernica”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem S251/2023-00794826-2023 w dniu 29 grudnia 2023 roku.

W dniu 8 stycznia 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie odwołanie złożył wykonawca Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim (dalej jako „Odwołujący” lub „PKS”).

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu niewłaściwe ukształtowanie treści SWZ, w tym Projektowanych Postanowień Umowy, co uniemożliwia lub znacząco utrudnia złożenie przez Odwołującego konkurencyjnej oferty a w konsekwencji możliwość uzyskania zamówienia wywołując jednocześnie szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Dokumenty zamówienia zostały zamieszczone na stronie prowadzonego postępowania w dniu 29 grudnia 2023 r. a zatem odwołanie złożone zostało z zachowaniem ustawowego terminu. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu a Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący zarzucał naruszenie następujących przepisów:

Zarzut 1:

- 1) art. 99 ust 1 ustawy Pzp poprzez brak dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący, uwzględniający okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty w zakresie przekazania danych i informacji dotyczących rzeczywiście realizowanych w ramach umowy przejazdów technicznych niezbędnych do należytego wykonania zamówienia;
- 2) art. 433 pkt 3 ustawy Pzp poprzez przerzucenie ryzyka ekonomicznego związanego z kosztami przejazdów technicznych wyłącznie na Wykonawcę, mimo iż docelowy rozkład jazdy oraz jego aktualizacje wyznaczające zakres i wielkość przejazdów technicznych zależne są wyłącznie od Zamawiającego;

Zarzut 2:

- art. 99 ust 1 ustawy Pzp poprzez brak dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący i jednoznaczny, uwzględniający okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty w zakresie rzeczywistego trwania umowy poprzez brak wskazania rozumienia pojęcia kwoty odpowiadającej wartości Umowy, o której mowa w par. 4 ust. 1 Projektu Umowy;

Zarzut nr 3:

- art. 431, art. 433 pkt 3 oraz art. 17 ust .1 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego („KC”) w związku z art 16 pkt 3 Pzp poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień w sposób rażąco naruszający równowagę kontraktową poprzez wyłączenie dochodzenia przez Wykonawcę jakichkolwiek roszczeń odszkodowawczych w sytuacji odstąpienia od Umowy z winy Zamawiającego;

Zarzut nr 4:

- art. 353(1) KC w zw. z art. 16 pkt 3) Pzp poprzez nieproporcjonalne ukształtowanie warunków umowy w zakresie postanowień dotyczących możliwości wypowiedzenia umowy w przypadku ziszczenia się naruszeń nieprowadzących bezpośrednio do nienależytego wykonania zamówienia;

Zarzut nr 5:

1) art. 353(1) KC w zw. z art. 16 pkt 3) Pzp poprzez nieproporcjonalne ukształtowanie warunków umowy w zakresie wysokości kary umownej i ustalenie jej na poziomie rażąco wygórowanym w odniesieniu do przesłanek wypowiedzenia, w szczególności w odniesieniu do par. 6 ust. 1 pkt 1.7;

2) art. 17 ust 1 ustawy Pzp w zakresie zasady efektywności, która powinna być realizowana w szczególności w oparciu o przemyślane projektowanie postanowień umowy w sprawie zamówienia, w tym możliwe równoważenie praw i obowiązków stron umowy, a także minimalizowanie ryzyk i kosztów realizacji zamówienia;

Zarzut nr 6:

- art. 353(1) KC w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp poprzez nieproporcjonalne ukształtowanie warunków umowy w zakresie postanowień zmniejszających wartość wynagrodzenia (załącznik nr 8 do Projektowanej Umowy);

Zarzut nr 7:

- art. 353(1) KC w związku z art. 433 pkt 4) ustawy Pzp oraz art. 99 ust 1 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe ukształtowanie minimalnej wielkości świadczenia stron, bez uwzględnienia specyfiki zamówienia i jego realizacji oraz kosztów ponoszonych przez Wykonawców. Nadto brak wskazania przesłanek/wytucznych dotyczących zmniejszenia

zakresu zamówienia, skutkujących możliwością właściwego zaplanowania sposobu realizacji zamówienia oraz kalkulacji ceny oferty;

Zarzut nr 8:

- art. 99 ust 4 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia utrudniającego uczciwą konkurencję poprzez zawężenie parametrów/wymogów pojazdów niezbędnych do realizacji zamówienia, które uprzywilejują niektórych producentów pojazdów, przy czym dokonanie ograniczenia konkurencji nie jest spowodowane rzeczową potrzebą Zamawiającego.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i zmianę Projektowanych Postanowień Umowy zgodnie z treścią żądań przywołanych każdorazowo przy opisie każdego z zarzutów.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej wskazany w treści złożonego odwołania.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca „Mobilis” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Izba potwierdziła skuteczność złożonego przystąpienia i dopuściła zgłaszającego jako Przystępującego.

Zamawiający w dniu 22 stycznia 2024 roku złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty nr 1 i 7 odwołania, w pozostałym zakresie wnosil o jego oddalenie.

Odwołujący, w dniu 26 stycznia 2024 roku o godz. 11.00, w dniu wyznaczonego posiedzenia i rozprawy przed Izba na godz. 12.00, złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania w całości. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało złożone przez osobę umocowaną do działania w imieniu Wykonawcy.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 520, art. 568 pkt 1 oraz art. 553 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp postanowił umorzyć postępowanie odwoławcze w sprawie,

ponieważ oświadczenie o cofnięciu odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze. Złożenie takiego oświadczenia warunkuje zakończenie postępowania odwoławczego bez konieczności rozpoznawania zarzutów i merytorycznego stanowiska Izby. Odwołujący podejmuje bowiem decyzję o ostatecznym zaniechaniu kontynuowania sporu przed Izba.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż cofnięcie odwołania miało miejsce w dniu, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania ale przed jej otwarciem, zatem za rzecz Odwołującego należało zwrócić 90% kwoty wpisu uiszczanego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, czyli kwotę 13 500,00 zł, stosownie do art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych.

**Przewodnicząca:**

.....