

Sygn. akt: KIO 2220/19

**WYROK**  
z dnia 19 listopada 2019 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Rams**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 listopada 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **4 listopada 2019 r.** przez wykonawcę **R.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TREBOR R.T. z siedzibą w Wołominie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, działający na podstawie udzielonych pełnomocnictw w imieniu i na rzecz Miasta Stołecznego Warszawa z siedzibą w Warszawie,**

przy udziale wykonawcy **FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

**orzeka:**

**1. Umarza postępowanie w zakresie zarzut naruszenia art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 5 oraz art. 487 §2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp w następującym zakresie:**

- a) § 1 ust. 3 umowy w zakresie zobowiązania wykonawcy do spełnienia wymogu określonego w art. 68 ust. 3 Ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych z dnia 11 stycznia 2018 roku (Dz. U., poz. 317);**

- b)** § 2 lit. c) wzoru umowy w zakresie wymogu, aby baza posiadała odpowiednio przygotowany i wyrównany plac na tymczasowe przechowywanie zdemontowanych 20 wiat, w tym na wiaty zdemontowane przez inne podmioty;
- c)** § 3 pkt 14 wzoru umowy w zakresie obowiązku wykonawcy wykonania, na żądanie Zamawiającego, dokumentacji fotograficznej zleconych prac dotyczących napraw i konserwacji infrastruktury przystankowej i udostępniania jej Zamawiającemu celem weryfikacji poprawności wykonania zlecenia;
- d)** § 4 ust. 2 wzoru umowy w zakresie braku możliwości odmowy realizacji zlecenia z powodu braku materiałów, a jednocześnie braku możliwości realizacji powyższego obowiązku z uwzględnieniem terminów na zgromadzenie materiałów niezbędnych do realizacji zlecenia;
- e)** § 6 pkt 5 wzoru umowy w zakresie uprawnienia Zamawiającego do przekazywania najpóźniej na 8 godzin przed momentem wystawienia zleceń informacji o zakresie przekraczającym 100 jednostek rozliczeniowych w ciągu 1 doby, co stoi w sprzeczności w terminem otrzymania przedmiotowego zlecenia przez wykonawcę i możliwością jego wykonania;
- f)** § 6 pkt 7 wzoru umowy w zakresie uprawnienia i zobowiązania Zamawiającego do informowania wykonawcy najpóźniej na 2 dni robocze przed momentem wystawienia zleceń o planowanym zleceniu prac remontowych;
- g)** § 7 ust. 2 i 3 wzoru umowy w zakresie realizacji prac przy wykorzystaniu materiałów nietypowych bez uwzględnienia uwarunkowań rynkowych mających kluczowe znaczenie dla realizacji przedmiotowych zleceń;
- h)** § 14 ust. 4 wzoru umowy w zakresie określenia przez Zamawiającego rażąco wygórowanych kar umownych, mimo zawarcia w załączniku nr 2 do umowy szerokiego katalogu naliczania kar umownych zabezpieczających interes Zamawiającego;
- i)** pkt 8. 1 załącznika nr 2 do wzoru umowy w zakresie wskazania przez Zamawiającego "(...) „czynności nie podlegają dodatkowej płatności przez Zamawiającego”, co rażąco narusza prawo wykonawcy do otrzymania wynagrodzenia za zrealizowane i odebrane zlecenie;
- j)** pkt 10. 1 załącznika nr 2 do wzoru umowy w zakresie określenia przez Zamawiającego wysokość kary umownej jako dziesięciokrotnej wartości zakwestionowanego zlecenia;
- k)** w zakresie wskazania przez Zamawiającego współczynników wcyj w wysokości: kod U16W - 0,12; kod U16M - 0,08; kod U16D - 0,08; kod S16M- 0,20; kod S16W - 0,41; kod W11W-0,38; kodW11M-0,19; kod W11D- 0,19; kod W15C - 1,28; kod G01W- 0,48; kod G01M- 0,52; kod G01D- 0, 38; kod G04W- 0, 11; kod G08D - 0, 20; kod G19C - 1, 02, z pominięciem uwarunkowań rynkowych i gospodarczych na poziomie uniemożliwiającym realizację zamówienia za rzeczywiście poczyniony nakład pracy;

- l) w zakresie pominięcia przez Zamawiającego elementów składowych podlegających wycenie poprzez nieprzypisanie współczynnika wcyj lub ustalenie współczynnik w wysokości 0,00, co uniemożliwia ich wycenę i implikuje konieczność realizowania zlecenia bez wynagrodzenia.

**2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.**

**3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę R.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TREBOR R.T. z siedzibą w Wołominie i :**

- 1.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **R.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TREBOR R.T. z siedzibą w Wołominie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

## UZASADNIENIE

W dniu 4 listopada 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy R.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TREBOR R.T. z siedzibą w Wołominie (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Zarządowi Transportu Miejskiego w Warszawie (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 5 oraz art. 487 §2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust 1 Pzp poprzez sporządzenie załącznika nr 4 do SIWZ - Wzoru Umowy (dalej: „**umowa**”), w sposób naruszający zasady współzycia społecznego w zakresie, w jakim:

- 1) w § 1 ust. 3 umowy Zamawiający wskazał, że wykonawca zobowiązany jest do spełnienia wymogu określonego w art. 68 ust. 3 Ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych z dnia 11 stycznia 2018 roku (Dz. U., poz. 317), jednak nie zawarł w tym względzie żadnych szczegółowych informacji odnośnie wymogów wobec wymaganych środków transportu;
- 2) w § 2 lit. c) umowy Zamawiający wskazał, że baza musi udostępniać odpowiednio przygotowany i wyrównany plac na tymczasowe przechowywanie zdemontowanych 20 wiat, w tym na wiaty zdemontowane przez inne podmioty, mimo, że powyższe nie jest związane przedmiotem zamówienia;
- 3) w § 3 pkt 14 umowy Zamawiający wskazał, że do obowiązków wykonawcy należy wykonywanie, na żądanie Zamawiającego, dokumentacji fotograficznej zleconych prac dotyczących napraw i konserwacji infrastruktury przystankowej i udostępnianie jej Zamawiającemu celem weryfikacji poprawności wykonania zlecenia, co wskazuje na przerzucenie na wykonawcę nie tylko odpowiedzialności za poprawność realizacji zlecenia, ale także wykonywania czynności niewchodzących w skład przedmiotu zamówienia, za które wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia;
- 4) w § 4 ust. 2 umowy Zamawiający wskazał, że wykonawca nie może odmówić realizacji zlecenia z powodu braku materiałów, a jednocześnie nie dopuścił sformułowania, że powyższy obowiązek ma być realizowany z uwzględnieniem terminów na zgromadzenie materiałów niezbędnych do realizacji zlecenia, co powoduje, że wykonawca może ponosić odpowiedzialność nawet za zaniechania Zamawiającego, co stoi w sprzeczności z zasadami współzycia społecznego;

- 5) w § 6 pkt 5 umowy Zamawiający wskazał, że jest uprawniony i zobowiązany do przekazywania najpóźniej na 8 godzin przed momentem wystawienia zleceń o zakresie przekraczającym 100 jednostek rozliczeniowych w ciągu 1 doby, co stoi w sprzeczności w terminem otrzymania przedmiotowego zlecenia przez wykonawcę i możliwością jego wykonania;
- 6) w § 6 pkt 7 umowy Zamawiający wskazał, że jest uprawniony i zobowiązany do informowania wykonawcy najpóźniej na 2 dni robocze przed momentem wystawienia zleceń o planowanym zleceniu prac remontowych, co stanowi zbyt krótki czas, nie uwzględniający rzeczywistego przebiegu realizacji zamówień;
- 7) w § 7 ust. 2 i 3 umowy Zamawiający wskazał na obowiązek realizacji prac przy wykorzystaniu materiałów nietypowych bez uwzględnienia uwarunkowań rynkowych mających kluczowe znaczenie dla realizacji przedmiotowych zleceń;
- 8) w § 14 ust. 4 umowy Zamawiający określił rażąco wygórowane kary umowne, mimo zawarcia w załączniku nr 2 do umowy szerokiego katalogu naliczania kar umownych w zupełności zabezpieczających jego interes;
- 9) w pkt 8. 1 załącznika nr 2 do umowy Zamawiający wskazał, że " (...) „czynności nie podlegają dodatkowej płatności przez Zamawiającego”, co rażąco narusza prawo wykonawcy do otrzymania wynagrodzenia za zrealizowane i odebrane zlecenie;
- 10) w pkt 10. 1 załącznika nr 2 do umowy Zamawiający określił wysokość kary umownej jako dziesięciokrotną wartość zakwestionowanego zlecenia, co stanowi karę nieproporcjonalną i niewspółmierną do przewinienia wykonawcy skutkującego naliczeniem przedmiotowej kary;
- 11) Zamawiający w pozycjach wskazanych w uzasadnieniu odwołania ustalił współczynniki wcj z pominięciem uwarunkowań rynkowych i gospodarczych na poziomie uniemożliwiającym realizację zamówienia za rzeczywiście poczyniony nakład pracy;
- 12) Zamawiający w pozycjach wskazanych w uzasadnieniu odwołania pominął elementy składowe podlegające wycenie poprzez nieprzypisanie współczynnika wcj lub ustalił współczynnik w wysokości 0, 00, co uniemożliwia ich wycenę i implikuje konieczność realizowania zlecenia bez wynagrodzenia.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ poprzez zmianę wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ w ten sposób, że:

- 1) Zamawiający w § 1 ust. 3 umowy jednoznacznie określi wymagania wobec środków transportu, o których mowa w art. 68 ust. 3 Ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych;

- 2) § 2 lit. c) umowy otrzymuje brzmienie: bazę, której lokalizacja zagwarantuje podjęcie i wykonanie działań w wymaganej normie czasowej (dojazd do dowolnie wybranego przystanku lub pętli w granicach m. st. Warszawy, w godzinach 2000 - 600, w czasie nie przekraczającym min, zaoferowanym w ofercie Wykonawcy), wyposażoną w całodobowe stanowisko dyspozytorskie z minimum jednym funkcjonującym telefonem stacjonarnym i jednym telefonem komórkowym, faksem, pocztą elektroniczną i cyfrową łącznością radiową kompatybilną z systemem stosowanym przez Zamawiającego. Baza musi udostępniać odpowiednio przygotowany i wyrównany plac na tymczasowe przechowywanie zdemontowanych 20 wiat do czasu wskazania lokalizacji ich montażu przez Zamawiającego. Teren do przechowywania wiat musi być ogrodzony i całodobowo strzeżony.;
- 3) uchyla się § 3 pkt 14 umowy;
- 4) § 4 ust. 2 umowy otrzymuje brzmienie: Wykonawca nie może odmówić realizacji zlecenia z powodu braku materiałów, z zastrzeżeniem ust. 3. Obowiązek, o którym mowa w § 3 ust. 12 oznacza zapewnienie ciągłości realizacji zleceń, poprzez wykorzystanie posiadanych materiałów w sposób zapewniający terminowe wykonanie zleconych prac zgodnie z zapisami Załącznika nr 2 do Umowy.;
- 5) w § 4 umowy wprowadza się ust. 3, który otrzymuje brzmienie: Wykonawca może odmówić realizacji zlecenia z wykorzystaniem materiałów, o których mowa w § 7 ust. 3 umowy w przypadku braku możliwości pozyskania materiałów w terminie określonym w § 7 ust 3 umowy;
- 6) § 6 pkt 5 umowy otrzymuje brzmienie: Przekazywania najpóźniej na 8 godzin przed momentem wydania i doręczenia zleceń o zakresie przekraczającym 100 jednostek rozliczeniowych w ciągu 1 doby pisemnej informacji o planowanych zleceniach i ich zakresie.;
- 7) pkt 2 załącznika nr 2 do umowy otrzymuje brzmienie: Zlecenia wykonania prac stanowiących przedmiot Umowy są wydawane i doręczane w formie formularzy (zwanymi dalej „zleceniami”) wydawanych w imieniu Zamawiającego przez upoważnione osoby. Wzory formularzy zleceń oraz aktualne wykazy osób upoważnionych do wydawania zleceń będą przekazywane Wykonawcy wraz z objaśnieniami.
- 8) § 6 pkt 7 umowy otrzymuje brzmienie: Informowania Wykonawcy najpóźniej na 7 dni roboczych przed momentem wydania i doręczenia zleceń o planowanym zleceniu prac remontowych, a w szczególności napraw nawierzchni, remontów wiat lub przeniesienia wiat;
- 9) § 7 ust. 2 i 3 umowy otrzymuje brzmienie: 2. Zamawiający będzie uzgadniał na bieżąco z Wykonawcą szczegółowy podział kompetencji w zakresie zapewnienia poszczególnych materiałów. Wszelkie zmiany w treści ww. uzgodnień będą przekazywane Wykonawcy najpóźniej na 15 dni roboczych przed terminem realizacji zlecenia, którego dotyczą. 3. O potrzebie użycia materiałów o charakterze nietypowym Zamawiający będzie informował Wykonawcę telefonicznie lub pisemnie najpóźniej na 21 dni roboczych przed terminem

realizacji zlecenia, którego dotyczą. Jako materiały o charakterze nietypowym należy rozumieć materiały niezbędne do realizacji prac, których Zamawiający nie zlecał przez co najmniej 3 miesiące poprzedzające termin realizacji zlecenia, o którym mowa powyżej po ust. 3 dodaje się ust. 4 w brzmieniu: Zamawiający zapłaci wykonawcy równowartość wynikającą z wydanego i doręzonego zlecenia w przypadku braku możliwości jego wykonania z jego winy, lub błędnie wydanych do zlecenia materiałów;

10) uchyla się § 14 ust. 4 umowy;

11) pkt 8. 1 załącznika nr 2 do umowy otrzymuje brzmienie: Zlecenie może zostać poddane rozliczeniu po zdaniu materiałów z następującym zastrzeżeniem: - przed zdaniem słupka przystankowego należy zdemontować (odkręcić) kotwę i TDW, - po dokładnym i szczegółowym wypełnieniu przez brygadę przystankową wszystkich rubryk dotyczących wykonanych prac oraz wykorzystanych i zwracanych materiałów, a także naniesieniu stosownych adnotacji dotyczących czynności, których wykonanie nie było możliwe, oraz których zakres został zmieniony zgodnie z zapisami Umowy i niniejszego załącznika. Powyżej wymienione czynności podlegają płatności przez Zamawiającego na zasadach określonych w Umowie.

12) pkt 10. 1 załącznika nr 2 do umowy otrzymuje brzmienie: Niewykonanie zleconych prac lub nieprawidłowe wykonanie zleconych prac - Zamawiający potrąci kwotę równą trzykrotnej wartości zakwestionowanych prac obliczonej jako iloczyn współczynnika wcyj przypisanego do tych prac oraz ceny jednostkowej wynikającej z umowy (§9 pkt 1). Jako współczynnik wcyj przypisany do tych prac należy rozumieć współczynnik odpowiadający kodowi użytemu w zleceniu (kolumna 3 w Tabeli nr 1), bez dzielenia prac na czynności składowe (kolumna 7 w Tabeli nr 1).

13) ustalenia dla kodów stanowiących podstawę rozliczania zleceń, wskazanych w kolumnie nr 1 załącznika nr 1 do SIWZ: wykaz zleczanych prac wartości współczynnika wcyj w wysokości: kod U16W - 0, 12; kod U16M - 0, 08; kod U16D - 0, 08; kod S16M- 0, 20; kod S16W - 0,41; kod W11W-0,38; kodWI11M-0, 19; kod W11D- 0, 19; kod W15C - 1,28; kod G01W- 0, 48; kod G01M- 0, 52; kod G01D- 0, 38; kod G04W- 0, 11; kod G04M - 0, 09; kod G04D- 0, 09; kod G08W- 0, 28; kod G08M - 0, 20; kod G08D - 0, 20; kod G19C - 1, 02;

14) ustalenia dla wskazanych kodów wszystkich części składowych, w tym dla: kodu S19M, gdzie brak jest składowej kodu " umieszczenie tabliczki "zakaz Palenia w miejscu mocowania oraz brak składowej kodu " zabranie tabliczki "zakaz Palenia z miejsca mocowania; kodu S19W - gdzie brak jest składowej kodu "zabranie tabliczki, umieszczenie tabliczki" zakaz Palenia w miejscu mocowania; kodu W03M - brak jest składowej kodu " umieszczenie tabliczki ze strzałką w miejscu mocowania; kodu W03D - brak jest składowej kodu " zdjęcie tabliczki ze strzałką z miejsca mocowania; kodu W09D

- zmiana składowej kodu na Montaż przykręcenie na Demontaż śruby / wkrętu / nitu; kodu W12W - brak jest czynności składowych na zdjęcie i założenie tabliczki identyfikacyjnej; kodu W12M - brak jest czynności składowych na założenie tabliczki identyfikacyjnej; kodu W12D - brak jest czynności składowych na zdjęcie tabliczki identyfikacyjnej; kodu W16W - brak jest składowej kodu na założenie arkusza poliwęglanu; kodu W19M - brak jest składowej kodu zdjęcia dekła tablicy lub otwarcia gabloty, analogicznie zamknięcia; kodu G009W - w składowej kodu brakuje czynności polegających na rozkręceniu i ponownym dokręceniu dekła; kodu G009M - w składowej kodu brakuje czynności polegających na rozkręceniu i ponownym dokręceniu dekła; kodu G009D - w składowej kodu brakuje czynności polegających na rozkręceniu i ponownym dokręceniu dekła;
- 15) uzupełnienia przyjętych kodów o elementy niezbędne do prawidłowej realizacji zlecenia, w tym: kod L09C - uzupełnienie o kod L01D i L01M; kod L10C - uzupełnienie o kod L02D i L02M;
- 16) przyjęcia dla kodu W09M współczynnika wcyj w wysokości 0, 14;
- 17) uzupełnienia wartości składowych operacji w współczynnikach pracochłonności wcyj dla kodów: W21M ; W21D; W21W.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne należy zatem rozpatrywać, o ile ustawa Pzp nie stanowi inaczej, w świetle art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, czyli m.in. nie może być sprzeczny z dyspozycją art. 5 kc. Odwołujący powołała się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2010 r. o sygn. akt: KIO/2036/10. W ocenie Odwołującego treść postanowień umownych jest również istotna ze względu na interes wykonawcy związany z uzyskaniem i prawidłową realizacją zamówienia. Dlatego w orzecznictwie przyznaje się wykonawcy prawo do wnoszenia odwołania również na niezgodne z przepisami prawa postanowienia umowy (tak wskazała m.in. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 marca 2011 r. o sygn. akt: KIO/459/11. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w załączonym do SIWZ projektu umowy zawarł szereg postanowień, które naruszają przepis art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w związku z art. 7 w zw. z art. 14 w zw. z art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp, w tym:

Ad. § 1 ust 3 umowy



Zamawiający wskazał, że wykonawca zobowiązany jest do spełnienia wymogu określonego w art. 68 ust. 3 ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych z dnia 11 stycznia 2018 roku (Dz. U. poz. 317). Z brzmienia wskazanego przepisu wynika, że jednostka samorządu terytorialnego, o której mowa w art. 35 ust. 2, od dnia 1 stycznia 2020 r., wykonuje zadanie lub zleca wykonywanie zadania publicznego podmiotowi, którego udział pojazdów elektrycznych we flocie użytkowanych pojazdów przy wykonywaniu tego zadania wynosi 10%. W ocenie Odwołującego z uwagi na znaczny stopień ogólności wskazanego postanowienia, niezbędnym jest nawet nie doprecyzowanie, ale w ogóle zawarcie szczegółowych informacji odnośnie wymogów wobec wymaganych środków transportu. Powyższe bowiem w sposób niebudzący wątpliwości przekłada się na cenę oferty. Stąd w celu wyeliminowania zagrożenia związanego z nieporównywalnością ofert złożonych w postępowaniu w aspekcie uwzględnienia przez wykonawców przedmiotowego wymogu w kalkulacji ceny oferty, niezbędnym jest podjęcie przez Zamawiającego działań zmierzających do wyjaśnienia kwestionowanego postanowienia.

Ad. 8 2 lit, c ) umowy

Zamawiający wskazał, że baza musi udostępniać odpowiednio przygotowany i wyrównany plac na tymczasowe przechowywanie zdemontowanych 20 wiat, w tym wiaty zdemontowane przez inne podmioty. W ocenie Odwołującego powyższy obowiązek nie jest w żaden sposób związany z przedmiotem zamówienia. Obowiązkiem wykonawcy może być bowiem wyłącznie zapewnienie miejsca na jego czy też zamawiającego materiały niezbędne do realizacji zamówienia, w szczególności wiaty, które z uwagi na swoje wymiary zajmują bardzo dużo miejsca, a tym samym ograniczają zasadniczo miejsce niezbędne do realizacji przez wykonawcę innych zadań związanych z realizacją umowy. Obowiązkiem wykonawcy powinno zatem być przechowywanie zdemontowanych wiat albo w wyniku zrealizowanego zlecenia albo wiaty dostarczonej przez zamawiającego. Ponadto w ocenie Odwołującego postanowienia umowy nie regulują także spraw związanych z odpowiedzialnością za przechowywanie wiat składanych przez inne podmioty. Całkowicie niezrozumiałym jest zatem dla Odwołującego kto ponosił będzie odpowiedzialność z tytułu uszkodzenia złożonych wiat z tytułu występowania np. niekorzystnych warunków atmosferycznych. Tym samym, brak jest podstaw do utrzymania postanowienia § 2 lit. c) umowy w brzmieniu dotychczasowym gdyż jego pozostawienie naraża Odwołującego na poniesienie dodatkowych kosztów, które nie są związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Na marginesie Odwołujący wskazał, że ewentualne przechowywanie zdemontowanych jakichkolwiek elementów infrastruktury przystankowej winno leżeć w gestii Zamawiającego, jeśli nie podmiotu realizującego wskazaną czynność.

Ad. § 3 pkt 14

Zamawiający wskazał, że do obowiązków wykonawcy należy wykonywanie, na żądanie Zamawiającego, dokumentacji fotograficznej zleconych prac dotyczących napraw i konserwacji infrastruktury przystankowej i udostępnianie jej Zamawiającemu celem weryfikacji poprawności wykonania zlecenia. W ocenie Odwołującego powyższy wymóg stanowi przeniesienie na wykonawcę nie tylko odpowiedzialności za poprawność realizacji zlecenia, ale także jednostronnego nakazania wykonywania czynności niewchodzących w skład przedmiotu zamówienia, za które wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia. To z kolei stanowi wykorzystanie przez Zamawiającego swojej pozycji i jej nadużycie względem wykonawcy. Logicznym bowiem jest, że jeśli zamawiający prowadzi kontrolę poprawności wykonywanych zleceń - to on powinien wykonać dokumentację w celu wykazania nieprawidłowego wykonania prac, oraz ją archiwizować, a przede wszystkim ponosić koszty z tego tytułu.

Ad. § 4 ust. 2 umowy

Zamawiający wskazał, że wykonawca nie może odmówić realizacji zlecenia z powodu braku materiałów. W ocenie Odwołującego przy formułowaniu wskazanego postanowienia Zamawiający całkowicie pominął okoliczność polegającą na tym, że wykonawca nie odmawia realizacji zamówienia bez konkretnych powodów. Na uwagę zasługuje, że Odwołujący będący wykonawcą dotychczasowej umowy, nawet gdy brak było możliwości zdobycia materiałów niezbędnych do realizacji zlecenia w terminie określonym w umowie, jak np. szkło hartowane klejone pokryte sitodrukiem do naprawy infrastruktury przystankowej w okolicy Dworca Centralnego, i tak podejmuje się realizacji zlecenia ryzykując zapłatę kar umownych. Dziwi jednak, że Zamawiający mając wiedzę o problemach występujących w gromadzeniu materiałów, powieli postanowienia, których nie da się rzeczywiście realizować bez szkody dla wykonawcy bez żadnych zmian, mimo zgłaszanych na etapie realizacji umowy postulatów, co zostanie jeszcze szczegółowo przedstawione w uzasadnieniu

ad. § 7 ust. 2 i 3 umowy

W ocenie Odwołującego przedmiotowe postanowienie stanowi zatem jednoznaczny przykład nadużywania przez Zamawiającego swojej pozycji przy formułowaniu postanowień runowy, gdzie mimo dobrej woli i zaangażowania Odwołującego w realizację aktualnie obowiązującej umowy, Zamawiający w dalszym ciągu nie dopuszcza możliwości żadnych zmian w zakresie sposobu i terminu realizacji niektórych zleceń poprzez prosty zabieg wprowadzający wyjątki od generalnych zasad realizacji zamówienia.

Ad. § 6 pkt 5 umowy

Zamawiający wskazał, że jest uprawniony i zobowiązany do przekazywania najpóźniej na 8 godzin przed momentem wystawienia zleceń o zakresie przekraczającym 100 jednostek rozliczeniowych w ciągu 1 doby. W przedmiotowym postanowieniu istnieją dwie płaszczyzny kwestionowane przez Odwołującego. Po pierwsze, Odwołujący wskazał, że przyjęty przez Zamawiającego przelicznik jednostki rozliczeniowej nie ma pokrycia w rzeczywistości, co obrazuje poniższe wyliczenie:

- w postępowaniu przedmiotowo tożsamym w 2011 r. na 100 jednostek rozliczeniowych przypadła montaż 625 rozkładów przy  $wcj=0,16$ ;
- w postępowaniu przedmiotowo tożsamym 2015 r. na 100 jednostek rozliczeniowych przypadła montaż 1111 rozkładów przy  $wcj=0,09$ ;
- w aktualnie prowadzonym postępowaniu na 100 jednostek rozliczeniowych przypada montaż aż 1666 rozkładów przy współczynniku  $wcj=0,06$ .

Odwołujący wskazał, że w 2011 roku za montaż na 625 przystankach rozkładów Wykonawca otrzymał równowartość 100 wcj, w 2015 roku za montaż na 625 przystankach rozkładów Wykonawca otrzymał równowartość 56,25 wcj, a w ogłoszonym przetargu za montaż na 625 przystankach rozkładów wykonawca otrzymał równowartość 37,5 wcj. Oznacza to, że Zamawiający od 2011 r. zmniejszył współczynnik wcj przy montażu rozkładów o ponad 260%. Z przedstawionego wyliczenia wynika, że wykonawca, aby otrzymać to samo wynagrodzenie w wysokości 100 wcj będzie musiał dokonać montażu rozkładów jazdy w porównaniu do 2011 r., przy czym za 1041 rozkładów nie otrzyma wynagrodzenia.

Dalej Odwołujący wskazał, że brak jest podstaw do przyjęcia biegu początku terminu realizacji zlecenia liczonego od wystawienia zlecenia. Termin wystawienia zlecenia określa jego podpisanie przez osoby uprawnione po stronie Zamawiającego, a nie ich fizyczne otrzymanie przez wykonawcę. Tym samym wystawienie zlecenia, które nie jest natychmiast wysłane do wykonawcy, który w związku z tym nie wie, że już biegnie mu czas na realizację zamówienia, stanowi o działaniu sprzecznym z zasadami współżycia społecznego. Po otrzymaniu zleceń z materiałami, wykonawca musi podzielić zlecenia na poszczególne brygady. Brygady po otrzymaniu zleceń muszą je rozdysponować zgodnie z trasami linii w celu maksymalnego skrócenia czasu dojazdu do poszczególnych przystanków. Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego zmiana postanowienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu jest w pełni uzasadniona i konieczna.

Ad. §6 pkt 7 umowy

Zamawiający wskazał, że jest uprawniony i zobowiązany do informowania wykonawcy najpóźniej na 2 dni robocze przed momentem wystawienia zleceń o planowanym zleceniu prac remontowych, a w szczególności napraw nawierzchni, remontów wiat lub przeniesienia wiat. W ocenie Odwołującego termin 2-dniowy stanowi jednak zbyt krótki czas, który nie uwzględnia rzeczywistego przebiegu realizacji zleceń i czasu niezbędnego na prawidłową realizację. Tym samym Zamawiający już z chwilą powzięcia wiedzy o konieczności zlecenia napraw, o których mowa w kwestionowanym postanowieniu, winien informować wykonawcę o planowanych pracach, przy czym termin ten nie może być krótszy niż 7 dni roboczych. W przeciwnym wypadku Odwołujący zmuszony jest pozostawiać w zasadzie w gotowości więcej zasobów niż jest to rzeczywiście niezbędne do realizacji zamówienia, a to z kolei w sposób oczywisty przekłada się na ponoszenie przez niego nieuzasadnionych kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Ad. § 7 ust. 2 i 3 umowy

Odwołujący wskazał, że z postanowienia § 7 ust. 2 umowy wynika, że Zamawiający będzie uzgadniał na bieżąco z Wykonawcą szczegółowy podział kompetencji w zakresie zapewnienia poszczególnych materiałów. Wszelkie zmiany w treści ww. uzgodnień będą przekazywane Wykonawcy najpóźniej na 10 dni roboczych przed terminem realizacji zlecenia, którego dotyczą. Z kolei, ust. 3 § 7 stanowi, że o potrzebie użycia materiałów o charakterze nietypowym Zamawiający będzie informował Wykonawcę telefonicznie lub pisemnie najpóźniej na 4 dni robocze przed terminem realizacji zlecenia, którego dotyczą. Jako materiały o charakterze nietypowym należy rozumieć materiały niezbędne do realizacji prac, których Zamawiający nie zlecał przez co najmniej 3 miesiące poprzedzające termin realizacji zlecenia, o którym mowa powyżej. Zamawiający określił zatem obowiązek realizacji prac przy wykorzystaniu materiałów nietypowych bez uwzględnienia uwarunkowań rynkowych mających kluczowe znaczenie dla realizacji przedmiotowych zleceń. Odwołujący wskazał po pierwsze, że uzgodnienia mają być dokonywane między zamawiającym a wykonawcą, następnie zamawiający może je jednostronnie zmienić i jeszcze oczekiwać, że wykonawca zdąży w 10 dni roboczych zamówić i sprowadzić materiały do realizacji zlecenia. W praktyce, co pokazuje realizacja aktualnej umowy, zaprezentowany sposób procedowania jest wyjątkowo niekorzystny dla wykonawcy i może powodować po jego stronie naliczanie kar umownych bez jego winy.

Dalej Odwołujący wskazał, że z ust. 3 omawianego paragrafu wynika z kolei, jakie materiały mają charakter nietypowy. Tyle, że przyjęcie takiego sposobu rozumienia powoduje, że w celu

realizacji zlecenia, wykonawca ma 4 dni robocze na zgromadzenie materiałów niezbędnych do realizacji. To, w ocenie Odwołującego, powoduje natomiast, że albo wykonawca ma zgromadzony materiał i przechowuje go u siebie, choć trudno sobie wyobrazić przy tak wysoce zróżnicowanym przedmiocie zamówienia, by wykonawca był w stanie zgromadzić cały asortyment, albo dopiero zamawia go u dostawców. Przyjęcie drugiego wariantu nie uwzględnia w żadnym zakresie aktualnych uwarunkowań rynkowych, uwzględniających choćby termin dostawy, co obrazuje przykład złożenia zamówienia nietypowych szyb zadaszenia pętli Dw. Centralny, gdzie termin dostawy od momentu zamówienia wyniósł 45 dni. Już tylko z wiedzy życiowej wynika, że nawet produkty powszechnie dostępne dla konsumenta nie są dostarczane w terminie 4 dni od daty złożenia zamówienia, co dopiero materiały o większym wolumenie i stopniu skomplikowania. Tym samym, w ocenie Odwołującego, nie sposób przyjąć, że określony przez Zamawiającego termin 4 dni roboczych jest wystarczający nie tylko do zgromadzenia materiałów, ale przede wszystkim do realizacji zamówienia.

Ad. 8 §14 ust. 4 umowy

Odwołujący wskazał, że kara umowna ma na celu zdyscyplinowanie wykonawcy, który będzie realizował umowę w sprawie zamówienia publicznego, jednakże określenie jej na rażąco wysokim poziomie (tak jak w przypadku przedmiotowego projektu umowy) narusza zasady współżycia społecznego i wprowadza nadmierną nierówność stron umowy. Zgodnie z § 14 ust. 4 umowy, w każdym przypadku zaniechania lub wstrzymania przez wykonawcę wykonywania usług stanowiących przedmiot niniejszej umowy, wykonawca zobowiązany jest do zapłaty na rzecz ZTM kary umownej w wysokości 50 000 zł za każdy dzień w którym usługi nie były wykonywane przez wykonawcę. Z kolei w punkcie 10 załącznika nr 2 do umowy, stanowiącego o zasadach organizacji pracy, obiegu i rozliczaniu dokumentów i materiałów oraz weryfikacji wykonania usług, zawarty został katalog uchybień w realizacji umowy i kar potrąconych z płatności wynagrodzenia wykonawcy, gdzie m. in. w pkt 10.1 wskazano, że niewykonanie zleconych prac lub ich nieprawidłowe wykonanie skutkuje potrąceniem kwoty równej dziesięciokrotności wartości zakwestionowanych prac obliczonej jako iloczyn współczynnika wcy przypisanego do tych prac oraz ceny jednostkowej wynikającej z umowy (co wykonawca zresztą kwestionuje w dalszej części odwołania). Tym samym, w ocenie Odwołującego, katalog kar zawarty w załączniku nr 2 do umowy stanowczo wyczerpuje prawo zamawiającego do dochodzenia należnych mu kar umownych. Ustalenie natomiast kary umownej z powodu bliżej nieokreślonego zaniechania lub wstrzymania przez wykonawcę wykonywania usług, co i tak jest sanowane na gruncie załącznika nr 2 do umowy, stanowi niedopuszczalne podwójne karanie za takie samo uchybienie, z tym, że w przypadku wzoru

umowy, odmiennie niż w załączniku nr 2, wysokość kary została ustalona na poziomie nieakceptowalnym przez Odwołującego, jako, że jest ona rażąco wysoka w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ad. pkt 8.1 załącznika nr 2 do umowy

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 8. 1 załącznika nr 2 do umowy, zlecenie może zostać poddane rozliczeniu po zdaniu materiałów z następującym zastrzeżeniem:

- przed zdaniem słupka przystankowego należy zdemontować (odkręcić) kotwę i TDW;
- po dokładnym i szczegółowym wypełnieniu przez brygadę przystankową wszystkich rubryk dotyczących wykonanych prac oraz wykorzystanych i zwracanych materiałów, a także naniesieniu stosownych adnotacji dotyczących czynności, których wykonanie nie było możliwe, oraz których zakres został zmieniony zgodnie z zapisami Umowy i niniejszego załącznika. Powyżej wymienione czynności nie podlegają dodatkowej płatności przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że powyższe sformułowanie wymaga od Odwołującego realizacji zamówienia bez wynagrodzenia, mimo, że można je obliczyć na podstawie zasad zawartych w umowie. Każda z wymienionych operacji zawiera kod, czyli powinna zostać dopisana do zlecenia zgodnie z § 8 pkt 2 wzoru umowy. Wylczenie więc następuje poprzez: kod s06d zabranie wyrwanego słupka z przystanku wynosi 0,10wcj, a demontaż kotwy kod s01d = 0,10 wcj + demontaż tarczy przystankowej ze słupka - s09d = 0,11 wcj. W ocenie Odwołującego całkowicie niezrozumiałe jest oczekiwanie Zamawiającego realizacji zamówienia bez wynagrodzenia przysługującego Odwołującego. Powyższe oczekiwanie bowiem w sposób rażący narusza równowagę stron przedmiotowej umowy i jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.

Ad. pkt 10.1 załącznika nr 2 do umowy

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w punkcie 10.1 załącznika nr 2 do umowy wskazał w jaki sposób zostanie naliczona kara w przypadku niewykonania lub nieprawidłowego wykonania zleconych prac. Zamawiający określił wysokość kary jako dziesięciokrotną wartość zakwestionowanego zlecenia. Odwołujący zwrócił uwagę, iż kara taka jest niewspółmierna i nieproporcjonalna oraz nieadekwatna do naruszenia przez wykonawcę jego obowiązków. W tym względzie wykonawca podtrzymuje w całości argumentację dotyczącą kar umownych

zaprezentowaną odnośnie § 14 ust. 4 umowy i wskazuje, że utrzymanie kary na zaprezentowanym poziomie, pełni rolę wyłącznie odstrasżającą od złożenia oferty, a nie służy zabezpieczeniu interesów Zamawiającego.

Ad. punktu 3.11) i 3.12) odwołania, co znalazło swoje odzwierciedlenie w żądaniach zawartych w punkcie 4.13T-4.17) odwołania

W ocenie Odwołującego uwzględniając znaczną liczbę błędów Zamawiającego dla opracowanych przez niego współczynników pracochłonności wcej, w celu zapewnienia czytelności odwołania usystematyzował je w dwie kategorie zarzutów, które następnie przełożyły się na pięć żądań. Dla Odwołującego jest całkowicie niezrozumiałym z jakich powodów Zamawiający albo obniżył współczynniki w stosunku do aktualnie obowiązującej umowy dla kodów: U16W; U16M; U16D; S16M; S16W; W11W; W11M; W11D; W15C; G01W; G01M; G01D; G04W; G04M; G04D; G08W; G08M; G08D czy G19C, albo ustalił ich wartość na poziomie 0,00 (kod W09M). Zamawiający wykorzystując swoją pozycję ustalił dla wskazanych powyżej kodów wartości z pominięciem uwarunkowań rynkowych i gospodarczych na poziomie uniemożliwiającym realizację zamówienia za rzeczywiście poczyniony nakład pracy. Ceny usług z pewnością w stosunku do roku 2015 wzrosły, a mimo to Zamawiający nie tylko nie utrzymał wartości przyjętych ponad 4 lata temu, a jeszcze je obniżył, gdzie tylko na marginesie Odwołujący wskazuje, że technologia wykonania poszczególnych elementów zamówienia nie uległa żadnej zmianie. To z kolei stawia pod znakiem zapytania racjonalność jego działań, a także oczekiwań odnośnie realizacji przyszłego kontraktu.

W ocenie Odwołującego powyższa argumentacja jest także aktualna dla konieczności ustalenia dla wskazanych kodów wszystkich części składowych niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia w tym dla: kodu S19M, gdzie brak jest składowej kodu " umieszczenie tabliczki "zakaz Palenia w miejscu mocowania oraz brak jest składowej kodu " zabranie tabliczki "zakaz Palenia z miejsca mocowania; kodu S19W — gdzie brak jest składowej kodu "zabranie tabliczki, umieszczenie tabliczki" zakaz Palenia w miejscu mocowania; kodu W03M - brak jest składowej kodu " umieszczenie tabliczki ze strzałką w miejscu mocowania; kodu W03D - brak jest składowej kodu " zdjęcie tabliczki ze strzałką z miejsca mocowania; kodu W09D - zmiana składowej kodu na Montaż przykręcenie na Demontaż śruby / wkrętu / nitu; kodu W12W - brak jest czynności składowych na zdjęcie i założenie tabliczki identyfikacyjnej; kodu W12M - brak jest czynności składowych na założenie tabliczki identyfikacyjnej; kodu W12D - brak jest czynności składowych na zdjęcie tabliczki identyfikacyjnej; kodu W16W - brak jest składowej kodu na założenie arkusza poliwęglanu; kodu W19M - brak jest składowej

kodu zdjęcia dekla tablicy lub otwarcia gabloty, analogicznie zamknięcia; kodu G009W - w składowej kodu brakuje czynności polegających na rozkręceniu i ponownym dokręceniu dekla; kodu G009M - w składowej kodu brakuje czynności polegających na rozkręceniu i ponownym dokręceniu dekla; kodu G009D - w składowej kodu brakuje czynności polegających na rozkręceniu i ponownym dokręceniu dekla.

Odwołujący wskazał, że powyższe wskazuje jednoznacznie na niestaranność Zamawiającego w opracowywaniu dokumentacji przetargowej, co winno zostać wyeliminowane poprzez dokonanie przez niego stosownych zmian w treści siwz. To samo dotyczy konieczności uzupełnienia wartości składowych operacji we współczynnikach pracochłonności wcyj dla kodów: W21M; W21D czy W21W, gdyż ich brak uniemożliwia prawidłową realizację zamówienia, jak też następnie rozliczenie prac objętych wskazanymi kodami. Brak staranności Zamawiającego dla opracowywania wartości współczynników wcyj potwierdza choćby rozbieżność w wartościach dla kodów W21P i W21 (różnica 2 wcyj), mimo, że wszystkie składowe kodu są takie same.

***Izba ustaliła co następuje:***

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami na okoliczność ustalenia wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia; (ii) pytania wykonawców dotyczące treści SIWZ wraz z odpowiedziami Zamawiającego z dnia 15 listopada 2019 r. oraz dnia 13 listopada 2015 r. na okoliczność ustalenia ich treści; (iii) tabela zawierające porównanie wartości współczynników wcyj w 2015 i 2019 r. i wynikające z tego tytułu różnice w wycenie usługi; (iv) korespondencję emaliową pomiędzy Odwołującym w Zamawiającym z dnia 16 lipca 2019 r. na okoliczność wykazania, że Odwołujący zgłaszał Zamawiającym problemy związane z zaniżaniem współczynników wcyj.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Konserwacja i naprawa infrastruktury przystankowej oraz wymianę informacji przystankowej nr postępowania: 70/2019.

W Rozdziale XV SIWZ, Zamawiający określił kryteria oceny ofert. Zamawiający wskazał, że przy wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający kierować się będzie następującymi kryteriami i ich wagą:

Kryterium nr 1: Cenna brutto — waga 60% (C)



- Cena brutto, stanowi iloczyn ilości jednostek rozliczeniowych — 120 000 (sto dwadzieścia tysięcy) i ceny jednostkowej podstawowych prac konserwacyjnych brutto rozliczanych na podstawie Tabeli nr 1 (Załącznik Nr 1 do projektu umowy). Podana w formularzu ofertowym łączna cena brutto służyć będzie tylko do porównania ofert.
- Do rozliczania z Wykonawcą służyć będzie odpowiednia stawka (ceny) netto jednej jednostki rozliczeniowej.

Kryterium nr 2: Czas dojazdu -- waga 20% (D)

Wykonawca zobowiązuje się do dojazdu do dowolnie wybranego przystanku lub pętli w granicach m. st. Warszawy, w godzinach 2000 — 600 w czasie nie dłuższym niż 45 minut. W kryterium nr 2 punktowany będzie krótszy czas dojazdu.

Kryterium nr 3: Norma emisji spalin 8 samochodów — waga 20% (E)

W rozdział XVI SIWZ, Zamawiający zawarł opis sposobu obliczania ceny i wskazał co następuje:

- Wykonawca określa cenę oferty poprzez wskazanie w Formularzu ofertowym sporządzonym wg wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ wartości netto, VAT, brutto za iloczyn ilości jednostek rozliczeniowych — 120 000 (sto dwadzieścia tysięcy) i ceny jednostkowej podstawowych prac konserwacyjnych. Wartość brutto podstawowych prac konserwacyjnych służyć będzie tylko do porównania ofert. Rozliczenia pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym w zakresie przedmiotu zamówienia będą odbywały się na podstawie zaoferowanej jednostkowej ceny podstawowych prac konserwacyjnych wskazanej przez Wykonawcę w formularzu ofertowym.
- Wykonawca jest zobowiązany obliczyć cenę oferty z uwzględnieniem warunków zawartych w SIWZ, wliczając w oferowane stawki wszystkie koszty poniesione w związku z realizacją zamówienia, a w szczególności:
  - a) koszt uruchomienia bazy,
  - b) koszt zakupu samochodów i utrzymania ich w dobrym stanie technicznym,
  - c) koszt zakupu niezbędnych narzędzi;
  - d) koszt zakupu ubrań służbowych dla pracowników,
  - e) koszt dojazdu samochodów i sprzętu specjalistycznego do przystanków, na których wykonywane będą zlecone prace oraz przejazdu pomiędzy poszczególnymi przystankami,

f) koszt materiałów pomocniczych (śruby, nity, obejmy, kostka do odtwarzania nawierzchni przy słupkach przystankowych, zaprawa do betonowania itp.) użytych do realizacji zleceń.

- Wartości (netto, VAT, brutto) muszą być podane i wyliczone w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku (zasada zaokrąglenia — poniżej 5 należy końcówkę pominąć, powyżej i równe 5 należy zaokrąglić w górę).
- Cena, o której mowa powyżej winna być wyrażona w złotych polskich (PLN).
- W przypadku, o którym mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziły do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, do ceny najkorzystniejszej oferty lub oferty z najniższą ceną dolicza się podatek od towarów i usług, który zamawiający miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami.

Załącznik nr 5 do SIWZ stanowił wzór umowy. Izba ustaliła, że w §5 wzoru umowy Zamawiający zawarł następujące postanowienie: „Jednostka rozliczeniowa odpowiada pracy wykonanej przez Wykonawcę, również co do wartości pracy, jaką Wykonawca musi wykonać celem naklejenia na elementach infrastruktury na przystankach 50 sztuk małych (o powierzchni do 0,04 m<sup>2</sup>) naklejek informacyjnych. Wynagrodzenie za pracę równą 1 jednostce rozliczeniowej jest równe zgłoszonej w ofercie cenie jednostkowej podstawowych prac konserwacyjnych zwartej w §9 ust. 1. Szczegółowe zasady rozliczenia zawiera §9 niniejszej umowy.

W § 9 wzoru umowy Zamawiający określił szczegółowy sposób rozliczania prac z wykonawcą. Zamawiający wskazał m.in.

- Podstawą rozliczania wykonanych prac jest Tabela nr 1 (Załącznik Nr 1) oraz ceny ustalonej w wyniku przeprowadzonego postępowania przetargowego cena jednostkowa podstawowych prac konserwacyjnych rozliczanych na podstawie Tabeli nr 1 – ..... PLN netto (słownie: .....), ..... PLN VAT (słownie: .....), ..... PLN brutto (słownie: .....).
- Tabela nr 1 zawiera wykaz czynności, których zlecenie w czasie trwania umowy Zamawiający przewidział przed jej zawarciem (z zastrzeżeniem ust. 9) oraz współczynnik ceny jednostkowej (wcj) odpowiadający poszczególnym czynnościom. Wartość współczynnika wcj nie ma związku z żadnym powszechnie stosowanym (np. KNR) sposobem określania pracochłonności – stanowi jedynie wartość różnicującą ceny poszczególnych usług określoną przez Zamawiającego. Współczynnik wcj

określa ilość jednostek rozliczeniowych odpowiadających danej pracy; wynagrodzenie za jedną jednostkę rozliczeniową jest równe cenie jednostkowej podstawowych prac konserwacyjnych zawartej w § 9 ust.1.

- Należność za wykonaną pracę ujętą w Tabeli nr 1 stanowi iloczyn ceny jednostkowej podstawowych prac konserwacyjnych oraz współczynnika wcyj przypisanego do tej pracy zgodnie z Tabelą.
- Tabela nr 1 została sporządzona w oparciu o unifikację czynności dotyczących różnych rodzajów infrastruktury przystankowej. Przy większości prac określono wykaz czynności składowych (z rozbiem na składowe wartości współczynnika), jakie są konieczne dla wykonania danej pracy. Wynagrodzenie za daną pracę nie jest zależne od rodzaju elementów infrastruktury przystankowej, jakich ona dotyczy.

Załącznik nr 1 do umowy zawierał wykaz prac, jakie Zamawiający zamierza realizować w ramach przedmiotowego zamówienia. Zamawiający do każdej z prac przypisał kod – współczynnik wcyj. Zamawiający ustalił współczynnik wcyj dla kodu G04W na poziomie 0,07, dla kodu G04M na poziomie 0,06 oraz dla kodu G04D na poziomie 0,06. Izba również ustaliła, że w postępowaniu przeprowadzonym przez Zamawiającego w 2015 r. współczynnik wcyj został ustalony dla kodu G04W na poziomie 0,11, dla kodu G04M na poziomie 0,09 oraz dla kodu G04D na poziomie 0,09.

***Izba zważyła co następuje:***

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została spełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 1 Pzp, a Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Izba stwierdziła, że w odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ, które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami Pzp oferty. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym w ocenie Izby wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić.

Odwołanie podlegało umorzeniu w zakresie zarzut naruszenia art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 5 oraz art. 487 §2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp w następującym zakresie:

- a) § 1 ust. 3 umowy w zakresie zobowiązania wykonawcy do spełnienia wymogu określonego w art. 68 ust. 3 Ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych z dnia 11 stycznia 2018 roku (Dz. U., poz. 317);
- b) § 2 lit. c) wzoru umowy w zakresie wymogu, aby baza posiadało odpowiednio przygotowany i wyrównany plac na tymczasowe przechowywanie zdemontowanych 20 wiat, w tym na wiaty zdemontowane przez inne podmioty;
- c) § 3 pkt 14 wzoru umowy w zakresie obowiązku wykonawcy wykonania, na żądanie Zamawiającego, dokumentacji fotograficznej zleconych prac dotyczących napraw i konserwacji infrastruktury przystankowej i udostępniania jej Zamawiającemu celem weryfikacji poprawności wykonania zlecenia;
- d) § 4 ust. 2 wzoru umowy w zakresie braku możliwości odmowy realizacji zlecenia z powodu braku materiałów, a jednocześnie braku możliwości realizacji powyższego obowiązku z uwzględnieniem terminów na zgromadzenie materiałów niezbędnych do realizacji zlecenia;
- e) § 6 pkt 5 wzoru umowy w zakresie uprawnienia Zamawiającego do przekazywania najpóźniej na 8 godzin przed momentem wystawienia zleceń informacji o zakresie przekraczającym 100 jednostek rozliczeniowych w ciągu 1 doby, co stoi w sprzeczności w terminem otrzymania przedmiotowego zlecenia przez wykonawcę i możliwością jego wykonania;
- f) § 6 pkt 7 wzoru umowy w zakresie uprawnienia i zobowiązania Zamawiającego do informowania wykonawcy najpóźniej na 2 dni robocze przed momentem wystawienia zleceń o planowanym zleceniu prac remontowych;
- g) § 7 ust. 2 i 3 wzoru umowy w zakresie realizacji prac przy wykorzystaniu materiałów nietypowych bez uwzględnienia uwarunkowań rynkowych mających kluczowe znaczenie dla realizacji przedmiotowych zleceń;
- h) § 14 ust. 4 wzoru umowy w zakresie określenia przez Zamawiającego rażąco wygórowanych kar umownych, mimo zawarcia w załączniku nr 2 do umowy szerokiego katalogu naliczania kar umownych zabezpieczających interes Zamawiającego;
- i) pkt 8. 1 załącznika nr 2 do wzoru umowy w zakresie wskazania przez Zamawiającego "(...)„ czynności nie podlegają dodatkowej płatności przez Zamawiającego”, co rażąco narusza prawo wykonawcy do otrzymania wynagrodzenia za zrealizowane i odebrane zlecenie;

- j) pkt 10. 1 załącznika nr 2 do wzoru umowy w zakresie określenia przez Zamawiającego wysokość kary umownej jako dziesięciokrotnej wartości zakwestionowanego zlecenia;
- k) w zakresie wskazania przez Zamawiającego współczynników wcyj w wysokości: kod U16W - 0,12; kod U16M - 0,08; kod U16D - 0,08; kod S16M- 0,20; kod S16W - 0,41; kod W11W-0,38; kodW11M-0,19; kod W11D- 0,19; kod W15C - 1,28; kod G01W- 0,48; kod G01M- 0,52; kod G01D- 0, 38; kod G04W- 0, 11; kod G08D - 0, 20; kod G19C - 1, 02, z pominięciem uwarunkowań rynkowych i gospodarczych na poziomie uniemożliwiającym realizację zamówienia za rzeczywiście poczyniony nakład pracy;
- l) w zakresie pominięcia przez Zamawiającego elementów składowych podlegających wycenie poprzez nieprzypisanie współczynnika wcyj lub ustalenie współczynnik w wysokości 0,00, co uniemożliwia ich wycenę i implikuje konieczność realizowania zlecenia bez wynagrodzenia.

Odwołujący w omawianym zakresie w złożonej podczas posiedzenia z udziałem stron odpowiedzi na odwołanie oraz stosowanie do oświadczeń złożonych do protokołu postępowania wycofał powyższe zarzuty odwołania. Rozstrzygnięcie odwołania w części, której nie dotyczy już spór pomiędzy stronami jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 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. Na powyższe zwrócono uwagę w *uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15*. Sąd ten uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego podzielono identyczne stanowisko przedstawione w szeregu orzeczeń Izby m.in. w wyroku KIO z 26 października 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1922/16, wyroku KIO z 16 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2138/16, wyroku KIO z 28 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2357/16.

W zakresie rozpatrywanym merytorycznie tj. ustalenia przez Zamawiającego współczynnika wcyj dla usług oznaczonych kodami G04W, G04M, G04D odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie. Odwołujący nie wykazał bowiem, iż doszło do naruszenia art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 5 oraz art. 487 §2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp.

Wskazać należy po pierwsze, że zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć

wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Nie ulega wątpliwości, że obowiązkiem zamawiającego jest przygotowanie postępowanie z zachowaniem zasad wynikających z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Sposób przygotowania dokumentów zamówienia oraz ich treść powinny odzwierciedlać zasadę przejrzystości, konkurencyjności, niezależnie od tego, czy będą dotyczyły opisu przedmiotu umowy, warunków realizacji umowy, kryteriów kwalifikacji, czy kryteriów wyboru oferty. Wykonawca zarzucając naruszenie przywołanych przepisów ustawy Pzp ma obowiązek wykazania, że w dokumentacji przetargowej sporządzonej przez zamawiającego znajdują się zapisy niejednoznaczne, niezrozumiałe, ma obowiązek wykazania, iż Zamawiający nie przekazał wykonawcom informacji koniecznych do przygotowanie oferty czy oszacowania kosztów realizacji zamówienia. Wreszcie wykonawca winien wykazać, iż postanowienia SIWZ ograniczają w sposób niedozwolony dostęp wykonawców do zamówienia. Podkreślić przy tym należy, że podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).*

W niniejszym postępowaniu to na Odwołującym ciążył obowiązek wykazania, iż zakwestionowane przez niego zapisy dotyczące poziomu współczynnika wcyj usług oznaczonych kodami G04W, G04M, G04D naruszają przepisy art. 29 ustawy Pzp. Takich

okoliczności, w ocenie Izby, wykonawca nie wykazał. Podkreślić bowiem należy, że argumentacja Odwołującego zawarta w treści odwołania sprowadzała się do twierdzenia, że wartość powyższych współczynników została ustalona przez Zamawiającego z pominięciem uwarunkowań rynkowych i gospodarczych na poziomie uniemożliwiającym realizację zamówienia za rzeczywiście poczynione nakłady. Odwołujący w sposób ogólny wskazał, że nie zmieniała się technologia wykonania tego elementu zamówienia w stosunku do 2015 r., wzrosły natomiast koszty nakładu pracy. Zdaniem Odwołującego za zasadne zatem uznać należy nakazanie Zamawiającemu przywrócenie wartości współczynników z poziomu ustalanego w 2015 r.

W ocenie Izby analiza stanowiska Odwołującego nie pozwala na przyjęcie, iż Zamawiający ustalając poziom współczynników wcj G04W, G04M, G04D na poziomie określonym w Załączniku nr 1 naruszył art. 29 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp. W treści odwołania czy pisma procesowego wykonawcy nie zostały zawarte żadne okoliczności potwierdzające niejednoznaczność zapisów wprowadzonych do SIWZ. Odwołujący również nie wykazał, w jaki sposób wartość współczynników wcj ustalonych przez Zamawiającego przekłada się negatywnie na konkurencję na rynku, prowadzi do nieuprawnionego ograniczenia konkurencji na rynku. Argumentacja Odwołującego sprowadzała się *de facto* do twierdzenia, że Zamawiający w sposób nieuprawniony obniżył wartość współczynników wcj G04W, G04M, G04D pomimo, iż koszty pracy wzrosły od 2015 r. I o ile podzielić można stanowisko Odwołującego co do wzrostu kosztów pracy na przestrzeni ostatnich kilku lat, to dalsze wnioski wykonawcy Izba uznała wyłącznie za jego subiektywne twierdzenia, niepoparte żadnym materiałem dowodowym. Wykazanie bowiem nieprawidłowości Zamawiającego w określeniu poziomu zakwestionowanych współczynników wcj nie może sprowadzać się wyłącznie do ich negacji i ogólnego stwierdzenia o ich nierynkowym charakterze. Obowiązkiem Odwołującego było wykazanie Izbie pracochłonności wykonania zakwestionowanego elementu zamówienia, a w konsekwencji wykazania, iż przewidywana przez Zamawiającego pracochłonność jest zaniżona i nie znajduje potwierdzenia na rynku usług. Wykonawca winien podjąć próbę analizy okoliczności związanych z realizacją tej części zamówienia i wyprowadzenia na podstawie takiej analizy wniosków. Odwołujący zaś swoją argumentację oparł wyłącznie na założeniu, że Zamawiający winien przywrócić poziom wskaźników wcj z 2015 r., przyjmując niejako *a priori*, że wskaźniki te są prawidłowe, właściwe, odzwierciedlające rzeczywisty nakład pracy wykonawcy. Takie założenie Odwołującego Izba uznała za błędne i nieuprawnione. Podkreślić bowiem należy po pierwsze, że Zamawiający ma prawo, jak również obowiązek weryfikować zasadność i racjonalność przyjętych w poprzednich postępowaniach wskaźników. Przyjęcie za prawdziwe twierdzenie, iż raz ustalone wskaźniki winny być powielane w kolejnych postępowaniach czyniłoby zbędnym etap analizy

efektywności ekonomicznej kolejnych postępowań przetargowych. Po drugie, okoliczność, iż wskaźniki wprowadzone przez Zamawiającego w 2015 r. winny być zastosowane w 2019 r. z uwagi na to, iż odzwierciedlają one rzeczywisty koszt pracy nie została w żaden sposób wykazana przez Odwołującego. Po trzecie, gdyby przyjąć argumentację Odwołującego za zasadną, to postawić należałoby pytanie dlaczego właśnie wskaźniki z 2015 r. są tymi właściwymi, nie zaś te z 2011 r.? W ocenie Izby, argumentacja Odwołującego nie pozwala na przyjęcie, iż Zamawiający naruszył przepisy art. 29 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp w zakresie ustalenia poziomu współczynnika wcy dla pozycji G04W, G04M, G04D. Nie można bowiem uznać zarzutu za zasadnego w oparciu wyłącznie o gołosłowne twierdzenia wykonawcy, sprowadzające się do twierdzenia, iż dany współczynnik jest nierynkowy. Takie działania Izby stanowiłoby naruszenie art. 190 ust. 1 ustawy Pzp i wypaczałoby sens postępowania odwoławczego przed Izbą. Postępowania, w którym wykonawca zarzucając naruszenie określonych przepisów ustawy Pzp zobowiązany jest przeprowadzić dowód na wykazanie zasadności swoich twierdzeń, nie zaś opierać się na subiektywnych i niepopartych twierdzeniach.

W ocenie Izby nie można w analizowanym stanie faktycznym stwierdzić również naruszenia art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż przepis ten nie ma zastosowania.

Dalej Izba uznała, że nie doszło również do naruszenia art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 5 oraz art. 487 §2 kodeksu cywilnego. Art. 5 kodeksu cywilnego stanowi, 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. Zgodnie z art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Z kolei zgodnie z art. 487 §2 kodeksu cywilnego umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej.

Argumentacja Odwołującego co do naruszenia przez Zamawiającego powyższych przepisów sprowadzała się do przywołania też z dwóch orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej oraz stwierdzenia, iż zakwestionowane postanowienia SIWZ – Załącznika nr 1 naruszają ww. przepisy kodeksu cywilnego. W ocenie Izby takie stanowisko Odwołującego nie może stanowić wystarczającej podstawy do uznania, iż Zamawiający naruszył przepisy art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 5 kodeksu cywilnego oraz art. 487 §2 kodeksu cywilnego.



Po pierwsze wskazać należy, że Odwołujący w żaden sposób nie uzasadniał naruszenia art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 5 kodeksu cywilnego. Ustawodawca w art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego określił granice swobody umów wskazując trzy czynniki wyznaczające zakres owego prawa: właściwość (naturę) stosunku, ustawę i zasady współżycia społecznego. Odwołującego upatruje w działaniach Zamawiającego tj. określeniu poziomu współczynników wcy usług oznaczonych kodami G04W, G04M, G04D przekroczenia granicy swobody umów poprzez naruszenie art. 5 kodeksu cywilnego tj. nadużycie przysługującego Zamawiającemu prawa do określenia warunków postępowania przetargowego i ukształtowanie zapisów SIWZ w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego.

Podkreślić jednakże należy, że zasady współżycia społecznego nie są pojęciami o nieokreślonej treści, lecz normami postępowania podobnymi do norm prawnych, zawierającymi własne wzorce zachowań. Dlatego też w praktyce, w przypadku powoływania się na te zasady w postępowaniu sądowym czy przed Izbą, daną zasadę współżycia społecznego należy odkodować oraz nazwać, a nie ograniczać się do ogólnikowego stwierdzenia, że dane zachowanie miałoby być sprzeczne z bliżej nieokreślonymi zasadami współżycia społecznego. Jak wskazuje się w doktrynie, przez zasady współżycia społecznego, o których mowa w art. 5 kodeksu cywilnego, należy rozumieć podstawowe zasady etycznego i uczciwego postępowania w stosunkach społecznych. Przy ustalaniu ich znaczenia można więc odwoływać się do takich powszechnie używanych i znanych pojęć, jak „zasady słuszności”, „zasady uczciwego obrotu”, „zasady uczciwości” czy „lojalności”. Klauzula generalna musi być jednak wypełniona konkretną treścią, odnoszącą się do okoliczności sprawy rozpoznawanej przez sąd (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2014 r., I CSK 735/13, G. Prawna 2014/232/7, z dnia 23 maja 2013 r., IV CSK 660/12, z dnia 28 listopada 2001 r., IV CKN 1756/00, z dnia 11 maja 2012 r., II CSK 540/11). Stwierdzenie, że powód nadużywa prawa podmiotowego, wymaga ustalenia okoliczności pozwalających skonkretyzować, które działania pozostają w sprzeczności z normami moralnymi godnymi ochrony i przestrzegania w stosunkach społecznych (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 22 listopada 1994 r., II CRN 127/94, z dnia 3 lutego 1998 r., I CKN 459/97, z dnia 2 października 2015 r., II CSK 757/14). W orzecnictwie podniesiono, że zastosowanie klauzuli generalnej wskazanej w art. 5 KC jest uzasadnione w razie sprzeczności określonego zachowania z regułami moralnymi o charakterze imperatywnym - mającymi formę nakazów postępowania moralnie aprobowanego lub zakazów postępowania moralnie dezaprobowanego. Nie stanowią natomiast zasad współżycia społecznego reguły mające postać preferencji - wskazujące, jakie postępowanie można uznać za szczególnie godne uznania, którego jednak nie można wymagać w konkretnej sytuacji. W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący w zasadzie nie wskazał, z jakich przyczyn należałoby przyznać prymat jego stanowisku co do

prawidłowości wartości współczynników wuj ustalonych w postępowaniu w 2015 r. Nie wykazał również w żaden sposób jakie to reguły moralne o charakterze imperatywnym zostały naruszone przez Zamawiającego. Nie sprecyzował jakie konkretnie zasady współżycia społecznego miałyby być naruszone przez Zamawiającego. Tym samym, w ocenie Izby, nie ma żadnych podstaw do uznania, iż Zamawiając swoim działaniem naruszył art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 5 kodeksu cywilnego.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 487 §2 kodeksu cywilnego. Przepis ten stanowi, że umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej. Po pierwsze, Izba wskazuje, że w treści odwołania brak jest jakiegokolwiek analizy naruszenia art. 487 §2 ustawy Pzp realiach analizowanego stanu faktycznego. Po drugie Izba wskazuje, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że mamy do czynienia z nieekwiwalentnością świadczeń stron i błędnie zdaje się utożsamiać ekwiwalentność świadczeń z ich równą wartością ekonomiczną. Wskazać należy, że obiektywna ocena wartości świadczeń, podobnie jak wyobrażenia żywione przez strony w tym względzie, są obojętne dla stwierdzenia, czy umowa ma charakter umowy wzajemnej. O ekwiwalentność świadczeń w rozumieniu art. 487 §2 kodeksu cywilnego decydują same strony umowy w tym sensie, że oba świadczenia z mocy oświadczeń ich woli zostały ze sobą funkcjonalnie sprzężone, jedno świadczenie ma więc nastąpić za drugie. Oba powinny mieć równą wartość jedynie w sensie celu umowy. Same zatem strony decydują o tym, czy zastrzeżone przez nie świadczenia mają być traktowane jako ekwiwalentne. Granicę autonomii woli wyznaczają jedynie przepisy ustawy (np.: art. 58, 388 KC), Odwołujący zaś nie wykazał, iż doszło do naruszenia w tym zakresie jakichkolwiek przepisów ustawy.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018, poz. 972 z zm.).

**Przewodniczący:**

.....