

Sygn. akt KIO 151/24

Sygn. akt KIO 166/24

WYROK

Warszawa, dnia 6 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 stycznia 2024 r. przez:

- A. wykonawcę RELOBUS TRANSPORT POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Toruniu (KIO 151/24)
- B. wykonawcę "MOBILIS" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie (KIO 166/24)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Wałbrzych – Miasto na Prawach Powiatu - Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu przy udziale uczestników po stronie Odwołującego

1. "PRZEDSIĘBIORSTWO KOMUNIKACJI SAMOCHODOWEJ W GRODZISKU MAZ." SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim w postępowaniu o sygn. akt KIO 151/24 oraz KIO 166/24
2. RELOBUS TRANSPORT POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Toruniu w postępowaniu o sygn. akt KIO 166/24.

orzeka:

KIO 151/24

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 2) i nr 3) w *petitum* odwołania.
2. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu zmianę terminu rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych w ten sposób, że termin ten wynosi 8 miesięcy od dnia zawarcia umowy oraz nakazuje Zamawiającemu dostosowanie pozostałych postanowień zawartych w dokumentach zamówienia do ww. terminu.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Gminę Wałbrzych – Miasto na Prawach Powiatu - Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę RELOBUS TRANSPORT POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Toruniu tytułem wpisu od odwołania
 - 3.2. zasądza od zamawiającego Gminy Wałbrzych – Miasto na Prawach Powiatu - Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu na rzecz wykonawcy RELOBUS TRANSPORT POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Toruniu kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez ww. wykonawcę z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania.

KIO 166/24

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów opisanych w punkcie III odwołania oznaczonych jako: (1) lit. (b), (c); (2) lit. (b), (d), (f), (g) w części dotyczącej zmiany terminu przekazania przez Zamawiającego pierwszej transzy autobusów elektrycznych zasilanych wodorem, (h) w części dotyczącej stawki bazowej, (i) w części dotyczącej określenia terminu do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy oraz w zakresie zamiennego używania pojęć „rozwiązanie” i „odstąpienie”; (3) lit. (a), (b), (c), (d), (f), (g) oraz (4).
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów opisanych w punkcie III odwołania oznaczonych jako:
 - 1) (1) lit. (a) i nakazuje Zamawiającemu wykreślenie warunku udziału w postępowaniu określonego w Dziale IV pkt 2 ppkt 4) lit. b) SWZ
 - 2) (2) lit. (a) i nakazuje Zamawiającemu zmianę terminu rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych w ten sposób, że termin ten wynosi 8 miesięcy od dnia zawarcia umowy oraz nakazuje Zamawiającemu dostosowanie pozostałych postanowień zawartych w dokumentach zamówienia do ww. terminu.
 - 3) (3) lit. (e) i nakazuje Zamawiającemu wprowadzenie do projektu umowy dzierżawy stanowiącej załącznik nr 10 do SWZ postanowień dotyczących zakresu odpowiedzialności stron umowy w sytuacji braku dostarczenia autobusów elektrycznych zasilanych wodorem przez Zamawiającego w terminie określonym w umowie dzierżawy, braku zapewnienia przez PKN Orlen S.A. stacji mobilnej tankowania wodorem oraz braku dostarczenia wodoru do stacji PKN Orlen S.A.

3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie
4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę "MOBILIS" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie w części 5/8 oraz zamawiającego Gminę Wałbrzych – Miasto na Prawach Powiatu - Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu w części 3/8 i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę "MOBILIS" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę "MOBILIS" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 1 128 zł 00 gr (słownie: tysiąc sto dwadzieścia osiem złotych zero groszy) stanowiącą 1/2 kosztu poniesionego przez zamawiającego Gminę Wałbrzych – Miasto na Prawach Powiatu - Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu tytułem noclegu oraz wynagrodzenia pełnomocnika
 - 4.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5 625 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy sześćset dwadzieścia pięć złotych zero groszy) stanowiącą 3/8 sumy kosztów poniesionych przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania
 - 4.3. znosi wzajemnie między Stronami koszty poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz noclegu.

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:

Sygn. akt KIO 151/24

Sygn. akt KIO 166/24

UZASADNIENIE:

Zamawiający - Gmina Wałbrzych – Miasto na Prawach Powiatu - Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Świadczenie usług przewozowych w zakresie regularnego przewozu osób na liniach komunikacyjnych miejskich”, nr referencyjny: DU.260.42.2023.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 stycznia 2024 r. pod numerem: 00003826-2024.

KIO 151/24

W postępowaniu tym wykonawca RELOBUS TRANSPORT POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Toruniu (dalej: „Odwołujący”) w dniu 15 stycznia 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz zaniechań czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany:

- 1) ustanowienie w SWZ i Ogłoszeniu zapisów niezgodnych z ustawą PZP, w szczególności z zasadą, że Zamawiający prowadzi postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, zgodnie z zasadą proporcjonalności przez:
 - a) określenie w rozdziale V SWZ (Termin wykonania zamówienia) i § 1 Załącznika nr 8 do SWZ (Projekt umowy na świadczenie usług przewozu) daty rozpoczęcia świadczenia usług w sposób, który nie daje Wykonawcy odpowiednio długiego okresu na przygotowanie się do świadczenia usług, w tym na przygotowanie bazy-zaplecza do obsługi pojazdów elektrycznych zasilanych wodorem co narusza uczciwą konkurencję i jest sprzeczne z zasadami jakimi powinien kierować się Zamawiający sporządzając Specyfikację Warunków Zamówienia;

- b) przyjęcie w Załączniku nr 11 do SWZ Projekt umowy użyczenia autobusów napędzanych ON), warunków nadużywających pozycji dominującej Zamawiającego poprzez przyjęcie, że Zamawiający daje Wykonawcy w bezpłatne używanie 6 szt. autobusów marki Solaris Urbino 12 bez określenia w jakim stanie technicznym są te autobusy bez zapewnienia Zamawiającego że są to pojazdy sprawne i w stanie technicznym kwalifikującym je do bezpiecznej i zgodnej z prawem eksploatacji, gotowe do realizacji Zamówienia bez konieczności inwestycji i napraw ze strony Wykonawcy co oznacza przerzucenie na Wykonawcę odpowiedzialności za ich stan techniczny oraz brak opublikowania załącznika nr 1 do Projekt umowy użyczenia autobusów napędzanych ON, na który powołuje się Zamawiający w § 1 i 2 Projekt umowy użyczenia autobusów napędzanych ON, co oznacza że Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej „OPZ”) został opisany nieprecyzyjnie co utrudnia skalkulowanie oferty i oznacza, że Zamawiający nadużywa swojej pozycji dominującej.
- c) przyjęcie w § 19 Załącznika nr 8 do SWZ (Projekt umowy na świadczenie usług przewozu) postanowień dotyczących waloryzacji, które nie przystają do rzeczywistości z uwagi na planowany okres realizacji zamówienia wynoszący 96 miesięcy czyli 8 lat, co stanowi przejaw nadużycia przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż uniemożliwia oszacowanie kosztów realizacji zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty, a w efekcie powoduje, że ustalone przez Zamawiającego wynagrodzenie jest nieadekwatne do zakresu świadczenia i nie gwarantuje równowagi stron stosunku zobowiązaniowego w szczególności poprzez:
- przyjęcie w § 19 ust. 3 zdanie 4 zapisu: „Zamawiający oświadcza, iż nie będzie akceptował, kosztów wynikających z podwyższenia wynagrodzeń pracownikom Wykonawcy, które nie są konieczne w celu ich dostosowania do wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, w szczególności koszty podwyższenia wynagrodzenia w kwocie przewyższającej wysokość płacy minimalnej”
 - przyjęcie w § 19 ust. 8 zapisu: „Waloryzacja będzie przeprowadzona co 12 miesięcy, przy czym pierwsza waloryzacja nastąpi od 1 lutego 2025 r. Waloryzacja cen paliwa wodorowego i oleju napędowego będzie przeprowadzana w okresach kwartalnych (pierwsza waloryzacja od dnia rozpoczęcia świadczenia usług)” poprzez brak określenia stawki bazowej do kolejnej waloryzacji co oznacza, że przedmiotowe postanowienie jest nieprecyzyjne i utrudnia skalkulowanie oferty cenowej przez Odwołującego;
 - przyjęcie w § 19 ust. 8 w tabeli l.p. 5 „Koszty osobowe i pochodne” zapisu z którego wynika, że przy waloryzacji kosztów osobowych i pochodnych obowiązywać będą zasady waloryzacji kosztów osobowych i ich pochodnych, na podstawie art. 436 pkt 4 lit. b ustawy Prawo

zamówień publicznych uregulowane w § 19 umowy ust. 1 do ust. 7 co stanowi nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego

- przyjęcie zapisów, które biorąc pod uwagę rodzaj przedmiotu zamówienia, czynią waloryzację fikcyjną tj. przyjęcie w § 19 umowy ust. 1 do ust. 7 zasad waloryzacji kosztów osobowych i ich pochodnych, na podstawie art. 436 pkt 4 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przyjęcie w § 19 ust. 8 indeksy 1, 2, 3, 5 nieprecyzyjnie określonych wskaźników waloryzacji, pominięcie wśród tych wskaźników wskaźnika wzrostu przeciętnego nominalnego wynagrodzenia w roku X w stosunku do roku X-1 (X – rok poprzedzający rok dokonywania waloryzacji), wyliczanego na podstawie przeciętnego miesięcznego wynagrodzenie w sektorze przedsiębiorstw bez wypłat nagród z zysku ogłaszanego przez Prezesa GUS, przy czym średnia roczna będzie obliczana jako średnia arytmetyczna (12 miesięczna) miesięcznego poziomu wynagrodzeń, co stanowi nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego ;

- przyjęcie w § 19 ust. 8 zapisu: „ustala się, minimalny poziom zmiany ceny materiałów i kosztów, uprawniających Strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia wynosi min. +/- 0,5%”, który jest nieprecyzyjny: nie wiadomo, czy chodzi o sumę wszystkich wskaźników, oraz nie wiadomo co będzie bazą do kolejnych wyliczeń waloryzacyjnych, jeśli wskaźniki 0,5% nie zostaną przekroczone co powoduje utrzymanie wykonawcy w stanie niepewności, co do zmiany wysokości należnego mu wynagrodzenia, utrudnia skalkulowanie ceny ofertowej i stanowi nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego;

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) naruszenie art. 99 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 353 [1] w zw. z art. 5 ustawy Kodeks Cywilny o w zw. z art. 8 ustawy PZP oraz art. 16 PZP przez określenie w rozdziale V SWZ (Termin wykonania zamówienia) i § 1 Załącznika nr 8 do SWZ (Projekt umowy na świadczenie usług przewozu) daty rozpoczęcia świadczenia usług w sposób, który nie daje Wykonawcy odpowiednio długiego okresu na przygotowanie się do świadczenia usług tj. przygotowania odpowiedniego taboru, którym ma być świadczona usługa oraz przygotowanie bazy - zaplecza do obsługi pojazdów elektrycznych zasilanych wodorem, co oznacza, że OPZ jest nieprecyzyjny i nie bierze pod uwagę wszystkich okoliczności istotnych do realizacji zamówienia a kwestionowane zapisy stanowią nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego;
- 2) naruszenie art. 99 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 353 [1] w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 ustawy Kodeks Cywilny o w zw. z art. 8 ustawy PZP oraz art. 16 PZP przez przyjęcie Załącznika nr 11 do SWZ- Projektu umowy użyczenia autobusów napędzanych ON), który określa, że Zamawiający daje Wykonawcy w bezpłatne używanie 6 szt. autobusów marki Solaris Urbino 12 bez określenia, w jakim stanie technicznym są te autobusy, co oznacza przerzucenie na Wykonawcę odpowiedzialności za ich stan techniczny, ponadto

brak opublikowania załącznika nr 1 do Projektu umowy użyczenia autobusów napędzanych ON, na który powołuje się Zamawiający w § 1 i 2 Projektu umowy użyczenia autobusów napędzanych ON co oznacza, że OPZ jest nieprecyzyjny i nie bierze pod uwagę wszystkich okoliczności istotnych do realizacji zamówienia a kwestionowane zapisy stanowią nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego;

3) naruszenie art. 439 PZP w zw. z art. 3531 oraz art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez przyjęcie w § 19 Załącznika nr 8 do SWZ (Projekt umowy na świadczenie usług przewozu) postanowień dotyczących waloryzacji, które nie przystają do rzeczywistości z uwagi na aktualny poziom inflacji oraz planowany okres realizacji zamówienia wynoszący 96 miesięcy czyli 8 lat, co stanowi przejaw nadużycia przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż uniemożliwia oszacowanie kosztów realizacji zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty, a w efekcie powoduje, że ustalone przez Zamawiającego wynagrodzenie jest nieadekwatne do zakresu świadczenia i nie gwarantuje równowagi stron stosunku zobowiązaniowego w szczególności poprzez:

- przyjęcie w § 19 ust. 3 zdanie 4 zapisu: „Zamawiający oświadcza, iż nie będzie akceptował, kosztów wynikających z podwyższenia wynagrodzeń pracownikom Wykonawcy, które nie są konieczne w celu ich dostosowania do wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, w szczególności koszty podwyższenia wynagrodzenia w kwocie przewyższającej wysokość płacy minimalnej”

- przyjęcie w § 19 ust. 8 zapisu: „Waloryzacja będzie przeprowadzona co 12 miesięcy, przy czym pierwsza waloryzacja nastąpi od 1 lutego 2025 r. Waloryzacja cen paliwa wodorowego i oleju napędowego będzie przeprowadzana w okresach kwartalnych (pierwsza waloryzacja od dnia rozpoczęcia świadczenia usług)” bez wskazania że stawką bazową do waloryzacji będzie stawka w ostatnim okresie przed waloryzacją;

- przyjęcie w § 19 ust. 8 w tabeli l.p. 5 „Koszty osobowe i pochodne” zapisu z którego wynika, że przy waloryzacji kosztów osobowych i pochodnych obowiązywać będą zasady waloryzacji kosztów osobowych i ich pochodnych, na podstawie art. 436 pkt 4 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych uregulowane w § 19 umowy ust. 1 do ust. 7

- przyjęcie zapisów, które biorąc pod uwagę rodzaj przedmiotu zamówienia, czynią waloryzację fikcyjną tj. przyjęcie w § 19 umowy ust. 1 do ust. 7 zasad waloryzacji kosztów osobowych i ich pochodnych, na podstawie art. 436 pkt 4 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przyjęcie w § 19 ust. 8 indeksy 1, 2, 3, 5 nieprecyzyjnie określonych wskaźników waloryzacji, pominięcie wśród tych wskaźników wskaźnika wzrostu przeciętnego nominalnego wynagrodzenia w roku X w stosunku do roku X-1 (X – rok poprzedzający rok dokonywania waloryzacji), wyliczanego na podstawie przeciętnego miesięcznego wynagrodzenie w sektorze przedsiębiorstw bez wypłat nagród z zysku ogłaszanego przez

Prezesa GUS, przy czym średnia roczna będzie obliczana jako średnia arytmetyczna (12 miesięczna) miesięcznego poziomu wynagrodzeń,

- przyjęcie w § 19 ust. 8 zapisu: „ustala się, minimalny poziom zmiany ceny materiałów i kosztów, uprawniających Strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia wynosi min. +/- 0,5%”, który jest nieprecyzyjny: nie wiadomo, czy chodzi o sumę wszystkich wskaźników, oraz nie wiadomo co będzie bazą do kolejnych wyliczeń waloryzacyjnych, jeśli wskaźniki 0,5% nie zostaną przekroczone

- przyjęcie w § 19 ust. 8, 9 i 10 zapisów, które wskazują na dowolność zamawiającego, jeżeli chodzi o waloryzację i stanowią wyraz nadużycia przez zamawiającego jego dominującej pozycji oraz powodują utrzymanie wykonawcy w stanie niepewności, co do zmiany wysokości należnego mu wynagrodzenia

- określenie w § 19 ust. 11 maksymalnej wartości, o którą wynagrodzenie zostanie zwiększone bez określenia maksymalnej wartości, o którą wynagrodzenie może być zmniejszone- Zamawiający powinien podać maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, a podał tylko maksymalną wartość zwiększenia wynagrodzenia i nie podał maksymalnej wartości zmniejszenia wynagrodzenia.

Odwołujący wniosk o:

- 1) w rozdziale V SWZ (Termin wykonania zamówienia) i § 1 Załącznika nr 8 do SWZ (Projekt umowy na świadczenie usług przewozu) zostanie określone, że okres pomiędzy datą zawarcia umowy z zamawiającym a datą rozpoczęcia świadczenia usług nie może być krótszy niż 12 miesięcy;
- 2) Załącznik nr 11 do SWZ zostanie zmieniony: w ten sposób, że pojazdy przekazane przez Zamawiającego w dacie przekazania będzie sprawny technicznie i nie będzie wymagać od Wykonawcy nakładów inwestycyjnych oraz Wykonawca nie będzie musiał po zakończeniu realizacji Zamówienia dokonywać nakładów na tabor użyzony przez Zamawiającego, opublikowanie załącznika do umowy użyczenia autobusów napędzanych ON, na który powołuje się Zamawiający w § 1 i 2 Projektu umowy użyczenia autobusów napędzanych ON, zapewnienie przez Zamawiającego że autobusy przekazane Wykonawcy jest sprawne i w stanie technicznym kwalifikującym je do bezpiecznej i zgodnej z prawem eksploatacji, gotowe do realizacji Zamówienia bez konieczności inwestycji i napraw ze strony Wykonawcy,
- 3) zmianę § 19 Załącznika nr 8 do SWZ (Projekt umowy na świadczenie usług przewozu) w ten sposób, że:
 - a) w ust. 3 i ust. 8 zostaną zmienione zasady waloryzacji kosztów osobowych w ten sposób, że koszty te będą waloryzowane według wskaźnika wzrostu przeciętnego nominalnego wynagrodzenia w roku X w stosunku do roku X-1 (X – rok poprzedzający rok dokonywania waloryzacji), wyliczanego na podstawie przeciętnego

miesięcznego wynagrodzenie w sektorze przedsiębiorstw bez wypłat nagród z zysku ogłaszanego przez Prezesa GUS. Średnia roczna będzie obliczana jako średnia arytmetyczna (12 miesięczna) miesięcznego poziomu wynagrodzeń

b) w ust. 8 zostaną przyjęte następujące zmienione zapisy dotyczące wskaźników wskazanych w indeksach 1, 2, 3, 5:

¹ Roczny procentowy wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w roku x w stosunku do roku x-1, (gdzie rok x = rok poprzedzający rok dokonywania waloryzacji) ogłaszany przez Prezesa GUS w Dzienniku Urzędowym RP „Monitor Polski”

² Kwartalny wskaźnik zmiany ceny paliwa wodorowego będzie wyliczany przez Zamawiającego jako stosunek ceny 1 kg paliwa wodorowego na stacji paliw Orlen S.A. w Wałbrzychu w dniu rozpoczęcia pracy przewozowej w kwartale, w którym następuje waloryzacja do ceny bazowej 1 kg paliwa wodorowego ustalonej na dzień składania ofert w wysokości 56,00 zł za kg netto, z zastrzeżeniem, że jeśli z wyliczenia wyszedłby wskaźnik ujemny, przyjmuje się, że dla danego okresu waloryzacji wskaźnik wynosi 0%

³ Roczny procentowy wskaźnik cen towarów nieżywnościowych trwałego użytku w roku x w stosunku do roku x-1, (gdzie rok x = rok poprzedzający rok dokonywania waloryzacji) ogłaszany przez Prezesa GUS w Dzienniku Urzędowym RP „Monitor Polski”

⁵ Kwartalny wskaźnik zmian cen oleju napędowego wyliczany przez Zamawiającego jako stosunek średniej arytmetycznej dziennych cen hurtowych za 1000 litrów oleju napędowego Ekodiesel w kwartale poprzednim x do średniej arytmetycznej dziennych cen hurtowych za 1000 litrów oleju napędowego Ekodiesel w kwartale poprzedzającym kwartał poprzednix-1 (x= kwartał poprzedzający kwartał dokonywania waloryzacji), podanych na stronie internetowej Orlen S.A. (w przypadku braku publikacji ceny w danym dniu, jako cena tego dnia będzie brana pod uwagę ostatnia opublikowana cena), z zastrzeżeniem, że jeśli z wyliczenia wyszedłby wskaźnik ujemny, przyjmuje się, że dla danego okresu waloryzacji 0% wskaźnik wynosi 0%

c) w ust. 8 jednoznaczne przyjęcie, że stawką bazową do waloryzacji będzie stawka w ostatnim okresie przed waloryzacją, czyli nowa stawka zwaloryzowana obliczana będzie zgodnie z zasadą:

Stawka nowa (po waloryzacji) = stawka poprzednia (w ostatnim okresie przed waloryzacją) x wskaźniki waloryzacji.

d) wykreślone zostanie z zapisu ust. 8 zdanie- „Dopuszcza się zmianę wynagrodzenia jeżeli okoliczności wskazane powyżej będą miały rzeczywisty wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę i zostaną one udokumentowane przez Wykonawcę poprzez przedstawienie szczegółowej kalkulacji kosztów za 1 wzkm (zgodnie ze wzorem zawartym w formularzu cenowym kalkulacji za 1 wzkm) wykazującej wpływ na koszty wykonania tego zamówienia, a Zamawiający

zaakceptuje powyższą kalkulację”, wykreślony zostanie ust. 9 i wykreślony zostanie ust. 10 ewentualnie ustępy te zostaną zmodyfikowane w taki sposób, aby waloryzacja w przypadku ziszczenia się przesłanek w postaci zmiany wskaźników nie była uzależniona od konieczności dostarczania przez wykonawcę dodatkowych dowodów i nie była uzależniona od arbitralnej decyzji zamawiającego.

- e) doprecyzowane zostanie w ust. 8 zdanie: „Ustala się, minimalny poziom zmiany ceny materiałów i kosztów, uprawniających Strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia wynosi min. +/- 0,5%” i zostanie określone co będzie bazą do kolejnych wyliczeń waloryzacyjnych, jeśli wskaźniki 0,5% nie zostaną przekroczone
- f) w ust. 11 przyjęty zostanie zapis określający także maksymalne limity zmniejszenia wynagrodzenia wykonawcy.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

Ad zarzut 1

W rozdziale V SWZ (Termin wykonania zamówienia) i § 1 Załącznika nr 8 do SWZ (Projekt umowy na świadczenie usług przewozu) Zamawiający określił datę rozpoczęcia świadczenia usług w niejasny sposób poprzez określenie, że umowa zostanie zawarta na okres 103 miesięcy licząc od dnia zawarcia umowy (data zawarcia umowy nie jest znana), a rozpoczęcie świadczenia usług nie może rozpocząć się wcześniej niż 01.11.2024 r. W dniu 12.01.2023 r. odpowiadając na pytania do SWZ Zamawiający potwierdził, że data 1.11.2024 r. jest pożądaną datą rozpoczęcia świadczenia usług opartą na założeniu, że umowa z Wykonawcą zostanie podpisana najpóźniej 1.04.2024 r. oraz, że faktyczna data rozpoczęcia świadczenia usług jest uzależniona od daty zawarcia umowy, i że to faktyczna data zawarcia umowy jest datą początkową dla liczonego w miesiącach (wg aktualnego brzmienia SWZ 7-miesięcznego) okresu do rozpoczęcia świadczenia usług przez Wykonawcę, przy czym rozpoczęcie świadczenia usług nie może rozpocząć się wcześniej niż 1.11.2024 r.

Odwołujący uważa, że rozpoczęcie świadczenia usług przewozowych, stanowiących przedmiot zamówienia wymaga szeregu przygotowań i inwestycji zarówno w autobusy jak w zaplecze techniczne. Przyjęty w SWZ 7-miesięczny okres pomiędzy datą zawarcia umowy z zamawiającym a datą rozpoczęcia świadczenia usług jest okresem zbyt krótkim do skompletowania taboru do świadczenia usługi, a także do przygotowania bazy- zaplecza do obsługi pojazdów elektrycznych zasilanych wodorem.

Data zawarcia umowy z zamawiającym jest nieznana (proces wyboru oferty najkorzystniejszej i podpisanie umowy z wykonawcą może się przedłużać, chociażby z uwagi na odwołania do KIO). Tymczasem wykonawca przed podpisaniem umowy z zamawiającym nie złożył np. zamówienia na autobusy, ani nie zakupił/wynajmował zaplecza technicznego. Oznacza to, że realizacja zamówienia w terminie może stać się niemożliwa.

Odwołujący przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 582/16; z dnia 12 lutego 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 145/19; z dnia 7 sierpnia 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1597/20, KIO 1607/20, KIO 1623/20; z dnia 24 lutego 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 310/22, KIO 317/22; z dnia 26 listopada 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3233/21; z dnia 24 marca 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 620/22.

Odwołujący uważa, że Zamawiający powinien zapewnić Wykonawcy odpowiedni czas na przygotowanie się do uruchomienia usługi, w szczególności skompletowanie odpowiedniego taboru oraz przygotowanie bazy przystosowanej do obsługi pojazdów elektrycznych zasilanych wodorem. Minimalny okres to 12 miesięcy od podpisania umowy z zamawiającym.

Problem tkwi w obowiązku świadczenia usługi autobusami wodorowymi. Żeby obsługiwać tego typu autobusy konieczne jest przygotowanie specjalistycznej bazy. Jej przygotowanie trwa co najmniej 12 miesięcy. Gdyby świadczenie miało być wykonywane autobusami o tradycyjnym napędzie spalinowymi ON to termin 8 miesięcy od czasu podpisania umowy byłby prawidłowy.

Zgodnie z rozdziałem VI SWZ: Warunki udziału w postępowaniu ust. 2 pkt 4 lit. b) o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej: Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje lub ma możliwość dysponowania niezbędnymi do realizacji zamówienia narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi dostępnymi Wykonawcy w celu realizacji zamówienia, tj.:

- min. 42 sztuk autobusów zasilanych ON, w tym
- min. 27 sztuk autobusów maxi zasilanych ON,
- min. 15 sztuk autobusów mega zasilanych ON spełniającymi parametry techniczne określone w załączniku nr 7 do SWZ - wykazie narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych.

Załącznik nr 7 do SWZ - wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych zawiera aż 27 wymogów odnośnie autobusów. Przykładowo- autobusy mają być wyprodukowane w 2024 r., a produkcja autobusu trwa co wiele dłużej.

Załącznik określa także dokładnie jakie silniki mają mieć autobusy, jaki rodzaj oświetlenia, układ ogrzewania, wentylację, klimatyzację, instalację elektryczną i inne wewnętrzne systemy.

Odwołujący wnosi o zmianę SWZ polegającą na wydłużeniu okresu pomiędzy datą zawarcia umowy z zamawiającym a datą rozpoczęcia świadczenia usług z 7 do 12 miesięcy. Powyższe jest spowodowane długością cyklu produkcji pojazdów zasilanych ON, wymaganych przez Zamawiającego do realizacji umowy. Zgodnie z informacjami od

producentów pojazdów spełniających parametry techniczne podane przez Zamawiającego w SWZ, minimalny okres niezbędny do wyprodukowania takich pojazdów wynosi znacznie więcej niż to miesięcy.

Zgodnie z załącznikiem 12 do SWZ: Minimalne wymagania dotyczące bazy technicznej Wykonawcy i samochodu przeznaczonych do nadzoru ruchu. Minimalne wymagania bazy technicznej Wykonawcy. Obsługa i nadzór nad prawidłową eksploatacją autobusów: „Wyposażenie bazy technicznej Wykonawcy w okresie przejściowym, tj. od dnia rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych do czasu uruchomienia docelowej bazy (tj. w terminie nie dłuższym niż 12 miesięcy od daty podpisania umowy), spełniającej minimalne wymogi z zakresie obsługi autobusów, w tym autobusów elektrycznych zasilanych wodorem:

(...)

- wydzielony obszar na terenie bazy Wykonawcy, dedykowany obsłudze autobusów elektrycznych zasilanych wodorem. Zamawiający dopuszcza zastosowanie zadanej wiaty”. Odwołujący zwraca uwagę, że obiekty, w których dokonywana jest obsługa/serwis pojazdów zasilanych wodorem i w których pracują ludzie, muszą spełniać określone warunki techniczne, aby odpowiadały wymogom BHP i była zapewniona zgodność z przepisami ochrony przeciwpożarowej. Na terenie Wałbrzycha bądź na terenie innych gmin, leżącym od granicy Wałbrzycha w odległości nie większej niż 15 km, nie ma obecnie obiektów, które nadają się do serwisu/obsługi pojazdów zasilanych wodorem. Wybudowanie zaplecza technicznego od podstaw, lub dostosowanie zaplecza istniejącego do obsługi pojazdów wodorowych wymaga co najmniej 12 miesięcy.

Zamawiający sporządzając OPZ powinien uwzględniać wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W ocenie Odwołującego brak wzięcia pod uwagę rzeczywistego czasu trwania przygotowania bazy dla autobusów wodorowych przesadza o tym, że SWZ został obowiązyany w sposób naruszający ustawę PZP.

Ad zarzut 2

W Załączniku nr 11 do SWZ- Projekt umowy użyczenia autobusów napędzanych ON jest wskazane, że Zamawiający daje Wykonawcy w bezpłatne używanie 6 szt. autobusów marki Solaris Urbino 12 bez określenia w jakim stanie technicznym są te autobusy, co oznacza przerzucenie na Wykonawcę odpowiedzialności za ich stan techniczny.

Przedmiotem użyczenia są pojazdy używane (10 letnie), których stan techniczny nie jest znany. Projekt umowy użyczenia autobusów napędzanych ON nie przewiduje by Zamawiający złożył oświadczenie odnośnie stanu pojazdów i potwierdził, że pojazdy są sprawne techniczne i zdolne do bezpiecznego i zgodnego z prawem wykonywania usług przewozowych.

Ponadto Zamawiający nie opublikował załącznika nr 1 do Projektu umowy użyczenia autobusów napędzanych ON, na który się powołuje w § 1 i 2 Projektu umowy użyczenia autobusów napędzanych ON.

Powyższe stanowi naruszenie przepisów wskazanych w zarzucie.

Zamawiający w szczególności ma obowiązek ukształtować stosunek prawny w granicach określonych treścią art. 353[1] oraz art. 5 KC, co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Właściwość (naturę) stosunku należy rozumieć jako nakaz respektowania podstawowych cech stosunku kontraktowego, które stanowią o jego istocie. Zamawiający przerzuca na potencjalnego wykonawcę całość ryzyka związanego z realizacją Zamówienia. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2358/18; z dnia 1 kwietnia 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 479/19.

Tym samym Zamawiający nakłada na potencjalnego wykonawcę zbyt duże ryzyko, utrudnia prawidłowe skalkulowanie oferty i dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym w sposób prawidłowy wykonać przedmiot zamówienia. Zgodnie z kwestionowanymi przepisami przedmiot zamówienia może być modyfikowany w sposób dowolny przez Zamawiającego.

Ad zarzut 3

Zamawiający przyjął w § 19 Załącznika nr 8 do SWZ (Projekt umowy na świadczenie usług przewozu) postanowienia dotyczące waloryzacji, które nie przystają do rzeczywistości z uwagi na planowany okres realizacji zamówienia wynoszący 96 miesięcy czyli 8 lat, co stanowi przejaw nadużycia przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż uniemożliwia oszacowanie kosztów realizacji zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty, a w efekcie powoduje, że ustalone przez Zamawiającego wynagrodzenie jest nieadekwatne do zakresu świadczenia i nie gwarantuje równowagi stron stosunku zobowiązaniowego. (...)

Zgodnie z § 19 ust. 3 Załącznika nr 8 do SWZ: „Zamawiający oświadcza, iż nie będzie akceptował, kosztów wynikających z podwyższenia wynagrodzeń pracownikom Wykonawcy, które nie są konieczne w celu ich dostosowania do wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, w szczególności koszty podwyższenia wynagrodzenia w kwocie przewyższającej wysokość płacy minimalnej”

Jednocześnie z § 19 ust. 8 Załącznika nr 8 do SWZ i tabeli L.p. 5 „Koszty osobowe i pochodne” wynika, że przy waloryzacji kosztów osobowych i pochodnych obowiązywać będą zasady waloryzacji kosztów osobowych i ich pochodnych, na podstawie art. 436 pkt 4 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych uregulowane w § 19 umowy ust. 1 do ust. 7.

Znaczną część kosztów realizacji usługi stanowiącej przedmiot zamówienia stanowią koszty personelu, w tym przede wszystkim koszty wynagrodzenia kierowców, dyspozytorów, pracowników warsztatu. Pracownicy zatrudniani w tych grupach zawodowych nie są wynagradzani według stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę lecz stawkami wyższymi. Szczególnie dotyczy to kierowców, których deficyt na rynku pracy jest faktem powszechnie znanym i nic nie wskazuje na to, aby w dającej się przewidzieć przyszłości sytuacja w tym zakresie uległa zmianie.

Przywołane wyżej postanowienia umowy, powodują, że waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy w zakresie powiązanim ze wzrostem kosztów pracy fikcją. Tymczasem jak wspomniano wyżej w całkowitych kosztach świadczenia usługi przewozu, koszty personelu stanowią znaczny ułamek procentowy. Przyjęty przez Zamawiającego wskaźnik waloryzacji kosztów osobowych jest oderwany od sytuacji rynkowej. Zamawiający całe ryzyko związane z wzrostem wynagrodzeń i wzrostem tego kosztu przerzucił na Wykonawcę.

Kierowcy autobusów zarabiają więcej niż minimalne wynagrodzenie. Wobec powyższego, zasady waloryzacji wskazane przez Zamawiającego nie przystają do realiów Zamówienia.

Wprawdzie to zamawiający jest gospodarzem postępowania i ma swobodę w kształtowaniu warunków zamówienia, nie mniej swoboda ta jest ograniczona przepisami prawa i specyfika postępowania. Zgodnie z orzecznictwem KIO (patrz wyrok z 30.03.2023, KIO 737/23) Zamawiający powinien zapewnić rzeczywistą równowagę ekonomiczną między stronami i unikać wszystkiego, co mogłoby taka relacje zachwiać.

Odwołujący uważa, że zasady waloryzacji kosztów osobowych w § 19 ust. 3 i ust. 8 powinny być zmienione w ten sposób, że koszty te będą waloryzowane według wskaźnika wzrostu przeciętnego nominalnego wynagrodzenia w roku X w stosunku do roku X-1 (X – rok poprzedzający rok dokonywania waloryzacji), wyliczanego na podstawie przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw bez wypłat nagród z zysku ogłaszanego przez Prezesa GUS. Średnia roczna będzie obliczana jako średnia arytmetyczna (12 miesięczna) miesięcznego poziomu wynagrodzeń.

Odwołujący zdaje sobie przy tym sprawę, że zamawiający nie ma obowiązku zastosować takiego konkretnie wskaźnika, ale klauzula waloryzacyjna nie powinna być oderwana od realiów rynkowych i specyfiki zamówienia- a takim jest posłużenie się w tym zakresie tylko małą klauzulą i wskaźnikiem minimalnego wynagrodzenia, bo w odniesieniu do zamówienia na usługi transportu publicznego to w praktyce oznacza brak waloryzacji kosztów personelu. Kierowcy dostają wynagrodzenia powyżej minimalnego ustawowego wynagrodzenia, a przyjęta przez Zamawiającego klauzula waloryzacyjna powoduje, że koszty personelu nie będą objęte waloryzacją, mimo, że koszt wynagrodzeń kierowców ma bardzo wysoki udział w ogólnych kosztach świadczenia usługi.

W § 19 ust. 8 Załącznika nr 8 do SWZ Zamawiający przyjął zapis: „Waloryzacja będzie przeprowadzona co 12 miesięcy, przy czym pierwsza waloryzacja nastąpi od 1 lutego 2025 r. Waloryzacja cen paliwa wodorowego i oleju napędowego będzie przeprowadzana w okresach kwartalnych (pierwsza waloryzacja od dnia rozpoczęcia świadczenia usług).”

Jest on niejasny, gdyż nie jest wiadome jaka stawka będzie podstawą do kolejnych waloryzacji. Zamawiający powinien jednoznacznie przyjąć, że stawką bazową do waloryzacji będzie stawka w ostatnim okresie przed waloryzacją, czyli nowa stawka zwaloryzowana obliczana będzie zgodnie z zasadą:

Stawka nowa (po waloryzacji) = stawka poprzednia (w ostatnim okresie przed waloryzacją) x wskaźniki waloryzacji.

Odwołujący przytoczył treść postanowień § 19 ust. 8 indeksy 1-5 Załącznika nr 8 do SWZ. Zdaniem Odwołującego wskaźniki są określone w niejasny sposób. (...)

W § 19 ust. 8 Załącznika nr 8 do SWZ Zamawiający dodał także, że: „ustala się, minimalny poziom zmiany ceny materiałów i kosztów, uprawniających Strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia wynosi min. +/- 0,5%”, który jest nieprecyzyjny: nie wiadomo, czy chodzi o sumę wszystkich wskaźników, oraz nie wiadomo co będzie bazą do kolejnych wyliczeń waloryzacyjnych, jeśli wskaźniki 0,5% nie zostaną przekroczone.

Przyjęcie powyższych wskaźników bez doprecyzowania stwarza niepewność po stronie Wykonawcy i rodzi pole do ewentualnych konfliktów z Zamawiającym na tle zasad waloryzacji, a przyjęcie zasad waloryzacji kosztów osobowych i ich pochodnych takich jak w SWZ, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia powoduje, że waloryzacja staje się fikcją.

Zgodnie z § 19 ust. 8 Załącznika nr 8 do SWZ: „Dopuszcza się zmianę wynagrodzenia jeżeli okoliczności wskazane powyżej będą miały rzeczywisty wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę i zostaną one udokumentowane przez Wykonawcę poprzez przedstawienie szczegółowej kalkulacji kosztów za 1 wzkm (zgodnie ze wzorem zawartym w formularzu cenowym kalkulacji za 1 wzkm) wykazującej wpływ na koszty wykonania tego zamówienia, a Zamawiający zaakceptuje powyższą kalkulację”

Zgodnie z § 19 ust. 9 Załącznika nr 8 do SWZ: „Zmiana wynagrodzenia może nastąpić pod warunkiem, że zmiana cen związanych z realizacją zamówienia ma rzeczywisty wpływ na koszt wykonania niniejszej umowy” Zgodnie z § 19 ust. 10 Załącznika nr 8 do SWZ „W sytuacji wystąpienia okoliczności uprawniających do zmiany wynagrodzenia, strony nawzajem są względem siebie uprawnione do złożenia pisemnego wniosku o zmianę umowy w zakresie płatności dotyczących okresu, za który zmiana wynagrodzenia ma nastąpić. Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i wskazanie odpowiednich wskaźników przyjętych w umowie i będących podstawą takiego żądania wraz z potwierdzeniem, że nastąpiła ich zmiana uzasadniająca żądanie. Ponadto wraz z wnioskiem należy podać dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia – 1 wzkm po zmianie umowy, w

szczegółności należy wykazać związek pomiędzy wnioskowaną kwotą zmiany wynagrodzenia a wpływem zmiany kosztów realizacji umowy na kalkulację wynagrodzenia. Ponadto w przypadku żądania przez Wykonawcę podwyższenia wynagrodzenia ma on przedstawić również dowody ich poniesienia w zwiększonej wysokości”

Powyższe postanowienia umowy, a w szczególności zapis w ust. 8 wskazują na dowolność zamawiającego, jeżeli chodzi o waloryzację i stanowią wyraz nadużycia przez zamawiającego jego dominującej pozycji oraz powodują utrzymanie wykonawcy w stanie niepewności, co do zmiany wysokości należnego mu wynagrodzenia.

Dlatego Odwołujący wnosi o wykreślenie ww. zapisów ewentualnie modyfikację w taki sposób, aby waloryzacja w przypadku ziszczenia się przesłanek w postaci zmiany wskaźników nie była uzależniona od konieczności dostarczania przez wykonawcę dodatkowych dowodów i nie była uzależniona od arbitralnej decyzji zamawiającego.

Zgodnie z § 19 ust. 11 Załącznika nr 8 do SWZ, określona zostaje jedynie maksymalna wartość, o którą wynagrodzenie zostanie zwiększone. Przepis art. 439 ust. 2 p.z.p. stanowi, że "określa się maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia" bez wskazania, czy chodzi o wartość, o którą wynagrodzenie zostanie zwiększone, czy też o wartość, o którą wynagrodzenie zostanie zmniejszone. Celem ww. przepisu jest określenie limitów "maksymalnych" zmian wynagrodzenia w obie strony, celem ustalenia ekwiwalentności świadczeń stron.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o wprowadzenie zapisu określającego także maksymalne limity zmniejszenia wynagrodzenia wykonawcy. Odwołujący przypomina, że celem klauzul waloryzacyjnych jest przywrócenie równowagi ekonomicznej między Zamawiającym, a Wykonawcą i dostosowanie wynagrodzenia do zmieniającej się sytuacji rynkowej. Potwierdza to bogate orzecznictwo KIO. Odwołujący przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 maja 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1085/22; z dnia 6 maja 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1048/22; z dnia 30 grudnia 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3333/22, KIO 3340/22; z dnia 31 stycznia 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 134/23. Odwołujący przytoczył opinię UZP (<https://www.uzp.gov.pl/strona-glowna/slider-aktualnosci/klauzula-waloryzacyjna-narzedzie-sprawnej-realizacji-zamowienia/klauzula-waloryzacyjna-narzedzie-sprawnej-realizacji-zamowienia>).

W złożonej pismem z dnia 1 lutego 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający odniósł się do zarzutów zawartych w odwołaniu. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

1) ZARZUT PIERWSZY

Zgodnie z postanowieniami rozdziału V SWZ i § 1 projektu umowy na świadczenie usług przewozowych (załącznik nr 8 do SWZ) Zamawiający przewidział dla Wykonawcy 7-

miesięczny okres przygotowawczy (czas pomiędzy zawarciem umowy a rozpoczęciem świadczenia usług przewozowych).

W tym czasie Wykonawca ma m.in. zorganizować /przygotować w podstawowym zakresie bazę techniczną, nabyć autobusy zasilane ON, zatrudnić i przeszkolić pracowników.

Odwołujący żąda aby Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu zmianę czasu trwania okresu przejściowego na czas nie krótszy niż 12 miesięcy. Zamawiający przytoczył fragmenty uzasadnienie odwołania. Zamawiający zwrócił uwagę, że jako dowód potwierdzający zasadność żądania zmiany terminu przejściowego Odwołujący przedstawił potwierdzenie wysłania e-maila – wniosek o złożenie oferty na autobusy 12 m i 18m Diesel. W ocenie Zamawiającego treść dowodu nie pozwala ustalić, czy jest to wniosek np. na zakup autobusów, czy został on wysłany do jednego producenta autobusów (na co wskazuje adres mailowy, tj. do Solaris Bus& Coach sp. z o.o.), czy też do kilku producentów (w rozdzielniku podanych jest kilka nazwisk, ale nie można ustalić czy są to pracownicy Odwołującego, czy też przedstawiciele innych producentów autobusów).

Zamawiający przed wszczęciem postępowania na świadczenie usług przewozowych przeprowadził wstępne konsultacje rynkowe (ogłoszenie – 3.10.2023 r.). W konsultacjach wzięły udział podmioty świadczące usługi przewozowe oraz producent autobusów. W trakcie konsultacji Zamawiający poinformował, że zakłada wprowadzenie okresu przejściowego (najprawdopodobniej w okresie od kwietnia 2024 r. do października 2024 r.) pomiędzy zawarciem umowy a rozpoczęciem świadczenia usług przewozowych, w trakcie którego Wykonawca w szczególności ma nabyć autobusy, przygotować zaplecze techniczne, zatrudnić i przeszkolić pracowników.

W zakresie czasu produkcji autobusów poszczególni uczestnicy przedstawili następujące stanowiska:

- czas produkcji autobusów ON to 6 miesięcy, ale termin bezpieczny to 8 miesięcy,
- zakup autobusów przez Wykonawcę od 6 do 9 miesięcy,
- termin dostawy nowych autobusów pomiędzy 6 a 12 miesięcy,
- produkcja autobusów trwa 10-12 miesięcy.
- czas produkcji autobusów ON to 12 miesięcy,
- nowe autobusy powinny być wprowadzone w maju/czerwcu 2025 r., a do tego czasu przewozy powinny być wykonywane „starymi autobusami wykonawcy”.

W zakresie czasu związanego z przygotowaniem zaplecza technicznego poszczególni uczestnicy przedstawili następujące stanowiska:

- okres na przygotowanie bazy od marca/kwietnia 2024 r. do października 2024 r. powinien wystarczyć,
- okres przejściowy od kwietnia 2024 r. do października 2024 r. powinien wystarczyć na przygotowanie bazy,

- okres 6 miesięcy jest za krótki na przygotowanie bazy,
- czas na wybudowanie zaplecza technicznego powinien wynosić 12 miesięcy,
- czas na wybudowanie bazy od podstaw wraz z pozwoleniami to okres 1,5 roku.

Zamawiający ustalając czas trwania okresu przejściowego uwzględnił co następuje:

a) zgodnie z umową nr ZDKiUM/U-INW/127-W/2023 zawartą 22 listopada 2023 r. pomiędzy Zamawiającym a Solaris Bus@Coach sp. z o.o. (w wyniku rozstrzygniętego postępowania na zadanie pn. Dostawa autobusów elektrycznych zasilanych wodorem, DU.260.18.2023) Wykonawca dostarczy Zamawiającemu 20 sztuk autobusów, w terminie do 31 lipca 2025 r.

Dostawa autobusów odbywać się będzie w dwóch transzach:

I transza – sukcesywnie 14 autobusów w terminie do 30.09.2024 r., lecz nie wcześniej niż od 20.08.2024 r.

II transza – sukcesywnie 6 autobusów w terminie do 31.07.2025 r.,

b) jeden miesiąc (zakładany październik 2024 r.) to jest czas związany m.in. z ostatecznym przejściem autobusów, rejestracją autobusów, ubezpieczeniem autobusów, szkoleniami kierowców, przekazaniem autobusów Wykonawcy usług przewozowych (operatorowi),

c) zgodnie z umową nr ZDKiUM/U-INW/127-W/2023 dostawca autobusów zobowiązany jest do przeszkolenia kierowców i mechaników,

d) nie ma uzasadnienia organizacyjnego, aby na okres przejściowy przekazywać autobusy elektryczne zasilane wodorem dotychczasowemu operatorowi (zwiększyłoby to koszty świadczenia usług przewozowych z uwagi na konieczność tymczasowego dostosowania bazy do tych autobusów, docelowo 2-krotnego przeszkolenia pracowników – dotychczasowego i nowego operatora),

e) z uwagi na fakt, że autobusy elektryczne zasilane wodorem są nowym produktem na rynku przewozowym, którym zdecydowana większość operatorów jeszcze nie pracowała zasadnym jest, aby nowe autobusy zostały przekazane bezpośrednio operatorowi „docelowemu”, z którym zawarta będzie umowa na świadczenie usług przewozowych w okresie 96 miesięcy,

f) do nowego postępowania na świadczenie usług przewozowych Zamawiający mógł zacząć przygotowywać się w pełnym zakresie dopiero po zawarciu umowy z dostawcą autobusów elektrycznych zasilanych wodorem (Zamawiający od tego momentu miał wiedzę, czy będzie dysponował autobusami, które będzie mógł przekazać wykonawcy – operatorowi),

g) stanowiska przedstawiane w trakcie wstępnych konsultacji rynkowych

i przyjął, co następuje:

- okres przejściowy dla Wykonawcy pomiędzy zawarciem umowy a rozpoczęciem świadczenia usług przewozowych, w którym to ma być w posiadaniu nowych autobusów ON wynosi 7 miesięcy (zgodnie z rozdziałem V SWZ TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA

Umowa z wybranym Wykonawcą zostanie zawarta na okres 103 miesięcy licząc od dnia zawarcia umowy.

Przewidywany termin rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych: 01 listopada 2024 r.

Przewidywany okres świadczenia usług przewozowych 96 miesięcy.)

- okres przejściowy na dostosowanie w pełnym zakresie zaplecza technicznego do wymagań określonych w SWZ to 12 miesięcy od zawarcia umowy.

Ponadto Zamawiający wskazał, że zakres żądania Odwołującego nie jest jednoznacznie określony. Odwołujący żąda aby Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu zmianę czasu trwania okresu przejściowego na czas nie krótszy niż 12 miesięcy. Odwołujący nie przedstawia konkretnej propozycji (w miesiącach) wraz z uzasadnieniem ile – wg niego – okres przejściowy ma wynosić. (...)

Zamawiający – zgodnie z załącznikiem nr 12 do SWZ – określił, że baza w pełnym zakresie ma być gotowa w terminie nie dłuższym niż 12 miesięcy od daty podpisania umowy, czyli zgodnie z jednym z wniosków Odwołującego. Zamawiający podkreślił, że odwołując się od postanowień rozdziału V SWZ i § 1 projektu umowy na świadczenie usług przewozowych (załącznik nr 8 do SWZ) Odwołujący nie uwzględnił zapisów załącznika nr 12 do SWZ.

Ponadto, tak jak w przypadku wątku dot. czasu produkcji autobusów, również w odniesieniu do czasu przygotowania zaplecza technicznego Odwołujący nie uzasadnił swojej propozycji (np. nie rozpiął na osi czasu, z czego wynika zaproponowany przez niego okres, gdzie Zamawiający jeszcze raz wskazuje na rozbieżność żądania co do terminu).

Zamawiający przytoczył treść art. 99 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego podana podstawa prawna nie dotyczy zakresu zarzutu, który odnosi się do terminów, a nie do opisu przedmiotu zamówienia. (...)

2) ZARZUT DRUGI

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ i nie zmienia postanowień projektu umowy użyczenia (załącznika nr 11) w zakresie żądanym przez Odwołującego.

Jednocześnie Zamawiający informuje, że alternatywną możliwością jest doposażenie się Wykonawcy w swoje pojazdy (w zakresie 6 pojazdów tzw. przejściowych do czasu przekazania II transzy autobusów elektrycznych zasilanych wodorem), tak aby na dzień rozpoczęcia świadczenia usług Wykonawca dysponował wymaganą w SWZ liczbą pojazdów. W związku z powyższym Zamawiający dokonał zmiany w projekcie umowy na świadczenie usług przewozowych – załącznik nr 8 do SWZ.

W § 14 ust. 1 projektu umowy na świadczenie usług przewozowych dodano zdanie: „Zamawiający dopuszcza wykonywanie usługi w okresie przejściowym pojazdami Wykonawcy spełniającymi minimalne parametry zawarte w Załączniku nr 1 do umowy użyczenia. Na wniosek Wykonawcy Zamawiający przekaże w użyczenie infrastrukturę

informatyczną i techniczną do obsługi pasażerów i systemu biletowego w każdym z autobusów Wykonawcy.”.

Zgodnie z projektem umowy użyczenia pojazdów:

- Biorący w użyczenie zobowiązuje się w czasie trwania umowy ponosić wszelkie koszty bieżącej eksploatacji autobusów (zostały one następnie wyszczególnione) (§ 5 ust. 2), w okresie obowiązywania umowy, Biorący do używania ponosi pełną odpowiedzialność za zniszczenie, uszkodzenia lub zmniejszenie wartości przedmiotu umowy (§ 5 ust. 4),
- Biorący do używania będzie ponosił wszelkie inne koszty związane z możliwością użytkowania autobusów, w tym koszty uzyskania niezbędnych badań technicznych. Biorącemu do używania nie przysługuje prawo do zwrotu nakładów poniesionych w związku z korzystaniem z autobusów, o których mowa w niniejszej umowie (§ 5 ust. 5),
- po zakończeniu okresu obowiązywania umowy, Biorący do używania zobowiązany jest do zwrotu przedmiotu umowy wraz z wyposażeniem w stanie nie pogorszonym ponad normalne zużycie eksploatacyjne (§ 6).

Jak wynika z powyższego Zamawiający nie będzie wymagać od Wykonawcy nakładów inwestycyjnych na użyczone autobusy ani też dokonywania nakładów na użyczony tabor po zakończeniu realizacji Zamówienia.

Zamawiający przytoczył treść art. 713, art. 714, art. 718 § 1 Kodeksu cywilnego.

Zakres żądania Odwołującego nie wynika z treści projektu umowy użyczenia ani z kodeksu cywilnego i tym samym nie ma podstaw do wprowadzenia zapisów określających do czego Wykonawca nie jest zobowiązany.

Podstawowe parametry techniczne autobusów, które mogą być przekazane w użyczenie zawiera załącznik nr 13 do SWZ pt. Informacje dotyczące parametrów technicznych autobusów Zamawiającego, które zostaną przekazane Wykonawcy.

Autobusy te aktualnie użytkowane są przez operatora, który świadczy usługi przewozowe na liniach komunikacyjnych miejskich na podstawie umowy nr ZDKiUM/U-WB/138-W/2022 z 16.11.2022 r. Autobusami tymi przewozy wykonywane są codziennie, Zamawiający nie posiada informacji aby organy uprawnione zatrzymały dowody rejestracyjne tych autobusów z uwagi na ich stan techniczny. (...) Zamawiający przytoczył treść § 15, § 17 umowy nr ZDKiUM/U-WB/138-W/2022. W ocenie Zamawiającego przytoczone postanowienia zabezpieczają interesy nowego operatora i nie ma podstawy do składania dodatkowych deklaracji przez Zamawiającego w zakresie żądanym w odwołaniu.

W odniesieniu do zarzutu w części dot. braku opublikowania na stronie internetowej prowadzonego postępowania załącznika nr 1 do umowy użyczenia autobusów napędzanych ON Zamawiający oświadcza, że załącznik ten został opublikowany wraz z ogłoszeniem o zamówienia i SWZ w dniu 3.01.2024 r. o godz. 10:56. Na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

3) ZARZUT TRZECI

W niniejszym postępowaniu czterech Wykonawców wniosło odwołania w zakresie zapisów § 19 umowy na świadczenie usług przewozowych (załącznik nr 8 do SWZ) dot. waloryzacji wynagrodzenia. Z uwagi na fakt, że Odwołujący w odniesieniu do tych samych postanowień umowy (danych ustępów § 19) zażądali wprowadzenia nowej treści, różniących się w ramach poszczególnych odwołań Zamawiający przygotował zmianę postanowień § 19 zapoznając się i w pełni analizując treść wszystkich odwołań.

Przygotowując zmianę zapisów Zamawiający wziął pod uwagę, co następuje: Zamawiający przytoczył treść art. 44 ust. 2 i ust. 3 z dnia 27 sierpnia 2009 r. ustawy o finansach publicznych. (...)

Zamawiający zmienił postanowienia § 19 projektu umowy na świadczenie usług przewozowych, który otrzymał brzmienie:

„§ 19 zmiana wynagrodzenia, waloryzacja

1. Stosownie do treści art. 436 pkt 4 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia określonego w § 10 umowy (stawka za wzkm) w następujących przypadkach:

- a) w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,
- b) w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej ustalonego na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2207 ze zm.),
- c) w przypadku zmian zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub zmiany wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne,
- d) w przypadku zmian zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 roku o pracowniczych planach kapitałowych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 46 z późn. zm.)

jeżeli zmiany określone w lit. a), b), c) i d) będą miały wpływ na koszty wykonania umowy przez Wykonawcę.

2. W sytuacji wystąpienia okoliczności wskazanych w ust. 1 lit. a) niniejszego paragrafu w zakresie dot. stawki podatku od towarów i usług nowa stawka podatku obowiązywać będzie od dnia wprowadzenia ustawowej zmiany stawki podatku od towarów i usług.

W sytuacji wystąpienia okoliczności wskazanych w ust. 1 lit. a) niniejszego paragrafu w zakresie dot. podatku akcyzowego każda ze stron umowy jest uprawniona złożyć drugiej stronie umowy pisemny wniosek o zmianę umowy w zakresie wynagrodzenia po wejściu w życie przepisów zmieniających stawkę podatku akcyzowego. Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i wskazanie podstaw prawnych zmiany stawki podatku

akcyzowego oraz dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia należnego Wykonawcy po zmianie umowy.

3. W sytuacji wystąpienia okoliczności wskazanych w ust. 1 lit. b) niniejszego paragrafu każda ze stron umowy jest uprawniona złożyć drugiej stronie umowy pisemny wniosek o zmianę umowy w zakresie wynagrodzenia po wejściu w życie przepisów zmieniających wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej. Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i wskazanie podstaw prawnych oraz dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia należnego Wykonawcy po zmianie umowy, w szczególności należy wykazać związek pomiędzy wnioskowaną kwotą zmiany wynagrodzenia, a wpływem zmiany minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej na kalkulację wynagrodzenia. Wniosek powinien obejmować jedynie zmienione koszty realizacji umowy, które Wykonawca obowiązkowo ponosi w związku ze zmianą wysokości płacy minimalnej albo wysokości minimalnej stawki godzinowej ustalonego na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

4. W sytuacji wystąpienia okoliczności wskazanych w ust. 1 lit. c) niniejszego paragrafu każda ze stron umowy jest uprawniona złożyć drugiej stronie umowy pisemny wniosek o zmianę umowy w zakresie wynagrodzenia po zmianie zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne. Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i wskazanie podstaw prawnych oraz dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy po zmianie umowy, w szczególności należy wykazać związek pomiędzy wnioskowaną kwotą zmiany wynagrodzenia a wpływem zmiany zasad, o których mowa w ust. 1 lit. c) niniejszego paragrafu na kalkulację wynagrodzenia. Wniosek może obejmować jedynie dodatkowe koszty realizacji umowy, które Wykonawca obowiązkowo ponosi w związku ze zmianą zasad, o których mowa w ust. 1 lit. c) niniejszego paragrafu.

5. W sytuacji wystąpienia okoliczności wskazanych w ust. 1 lit. d) niniejszego paragrafu każda ze stron umowy jest uprawniona złożyć drugiej stronie umowy pisemny wniosek o zmianę umowy w zakresie wynagrodzenia, po zmianie zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych. Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i wskazanie podstaw prawnych oraz dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy po zmianie umowy, w szczególności należy wykazać związek pomiędzy wnioskowaną kwotą zmiany wynagrodzenia a wpływem zmiany zasad, o których mowa w ust. 1 lit. d) niniejszego paragrafu na kalkulację wynagrodzenia. Wniosek może obejmować jedynie dodatkowe koszty realizacji umowy, które Wykonawca obowiązkowo ponosi w związku ze zmianą zasad, o których mowa w ust. 1 lit. d) niniejszego paragrafu.

6. Zmiana umowy w zakresie zmiany wynagrodzenia z przyczyn określonych w ust. 1 obejmować będzie wyłącznie płatności za usługi, które w dniu zmiany odpowiednio stawki podatku VAT, podatku akcyzowego, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne i zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, nie zostały jeszcze wykonane.

7. Obowiązek wykazania wpływu zmian, o których mowa w ust. 1 niniejszego paragrafu na zmianę wynagrodzenia, o którym mowa w § 10 umowy (stawka za wzkm) należy do strony umowy, który występuje z wnioskiem o zmianę.

8. W myśl art. 439 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający dopuszcza zmianę wysokości wynagrodzenia Wykonawcy określonego w § 10 umowy (stawki za wzkm) w przypadku zmiany kosztów związanych z realizacją zamówienia w oparciu o przyjęte wskaźniki waloryzacji dla określonych w poniższej tabeli poszczególnych elementów kalkulacji stawki za wzkm.

Wskaźniki określone od ust. 8 do ust. 11 dotyczące waloryzacji dokonywanej co 12 miesięcy odnoszą się do kolejnych, następujących po sobie 12 miesięcy, przy czym pierwsza waloryzacja nastąpi od 1 lutego 2025 r.

Waloryzacja cen paliwa wodorowego i oleju napędowego będzie przeprowadzana w okresach kwartalnych, przy czym pierwsza waloryzacja nastąpi od dnia rozpoczęcia świadczenia usług.

LP.	Wyszczególnienie	Autobus zasilany olejem napędowym	Autobus elektryczny zasilany wodorem
1	Koszty osobowe i pochodne	W_w	W_w
2	Paliwa	W_{ON}	W_H
3	Pozostałe koszty (amortyzacja, dzierżawa, części zamienne, techniczne utrzymanie pojazdów, koszty finansowe i ubezpieczenie, zysk, inne)	W_{PK}	W_{PK}

- **W_w** – rzeczywisty wskaźnik wzrostu wynagrodzeń u Wykonawcy, obejmujący udokumentowane koszty osobowe i pochodne pracowników związanych z realizacją niniejszej umowy. Wskaźnik ten nie może być wyższy niż maksymalny poziom wskaźnika, obliczonego jako stosunek przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia brutto w sektorze przedsiębiorstw w sekcji Transport i gospodarka magazynowa dla Polski za rok poprzedni, do roku poprzedzającego rok poprzedni, publikowanego przez GUS.

- **W_{ON}** - oznacza kwartalny wskaźnik zmian cen paliw w Polsce, wyliczony jako stosunek średnich arytmetycznych dziennych cen hurtowych za 1 000 l ON Ekodiesel w kwartale poprzednim, do kwartału poprzedzającego kwartał poprzedni, podanych na stronie PKN Orlen S.A.,

- **W_H** - oznacza kwartalny wskaźnik zmiany ceny paliwa wodorowego wyliczany przez Zamawiającego jako stosunek ceny 1 kg paliwa wodorowego na stacji paliw Orlen S.A. w Wałbrzychu w dniu rozpoczęcia pracy przewozowej do ceny bazowej 1 kg paliwa wodorowego ustalonej na dzień składania ofert w wysokości 56,00 zł za kg netto; W przypadku niedostarczenia paliwa wodorowego przez stację paliw Orlen SA w Wałbrzychu, strony ustalają wspólnie inną stację paliw dostarczającą paliwo wodorowe dla oznaczania wskaźnika.

- **W_{PK}** - oznacza średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w roku poprzednim, ogłaszany przez podzielony przez 100, Prezesa GUS.

9. Dopuszcza się zmianę wynagrodzenia jeżeli okoliczności wskazane powyżej będą udokumentowane przez Wykonawcę poprzez przedstawienie szczegółowej kalkulacji kosztów za 1 wzkm (zgodnie ze wzorem zawartym w formularzu cenowym kalkulacji za 1 wzkm) wykazującej wpływ na koszty wykonania tego zamówienia, a Zamawiający zaakceptuje powyższą kalkulację.

Jeżeli zmiana cen materiałów i kosztów wzrośnie powyżej +0,5 % bądź też spadnie poniżej – 0,5 %, to zarówno Wykonawca bądź Zamawiający może wystąpić z wnioskiem o waloryzację wynagrodzenia.

10. W sytuacji wystąpienia okoliczności uprawniających do zmiany wynagrodzenia, strony nawzajem są względem siebie uprawnione do złożenia pisemnego wniosku. Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i wskazanie odpowiednich wskaźników przyjętych w umowie i będących podstawą takiego żądania wraz z potwierdzeniem, że nastąpiła ich zmiana uzasadniająca żądanie. Ponadto wraz z wnioskiem należy podać dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia – 1 wzkm po zmianie umowy, w szczególności należy wykazać związek pomiędzy wnioskowaną kwotą zmiany wynagrodzenia a wpływem zmiany kosztów realizacji umowy na kalkulację wynagrodzenia.

11. Waloryzacja wynagrodzenia (stawki za wzkm) nie może przekroczyć poziomu **115 %** w stosunku do wynagrodzenia (stawki za wzkm), obowiązującego w poprzednim okresie 12 miesięcy.

W przypadku pierwszej kwartalnej waloryzacji cen paliwa waloryzacja wynagrodzenia (stawki za wzkm) nie może przekroczyć poziomu **105 %** względem wynagrodzenia (stawki za wzkm) wskazanego w ofercie.

12. Strona, która otrzyma wniosek o zmianę wynagrodzenia zobowiązana będzie do przedstawienia swojego stanowiska w terminie do 14 dni od dnia otrzymania wniosku. W przypadku, gdy w ocenie strony, która otrzymała wniosek jest on niekompletny zobowiązana jest przekazać informację o występujących brakach w terminie do 7 dni od dnia otrzymania wniosku.

Wnioski, stanowiska, informacje przekazywane będą z zachowaniem formy pisemnej lub formy elektronicznej.”.

Wykonawca "PRZEDSIĘBIORSTWO KOMUNIKACJI SAMOCHODOWEJ W GRODZISKU MAZ." SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

KIO 166/24

W postępowaniu tym wykonawca "MOBILIS" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 15 stycznia 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

I. wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) w zakresie:

(1) Specyfikacji Warunków Zamówienia:

- a) Działu XVI pkt 1 SWZ,
- b) Działu VI pkt 2 ppkt 4 lit. b) SWZ,
- c) zaniechania uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia rozkładów jazdy, z których wynika faktyczna ilość pracy przewozowej dla przyszłego wykonawcy zamówienia oraz informacji na temat czasu pracy autobusów i kierowców,

(2) postanowień projektu umowy na świadczenie usług przewozowych stanowiącego Załącznik nr 8 do SWZ („Projekt Umowy”):

- a) § 1 [Przedmiot umowy i czas trwania] ust. 2 i 3 Projektu Umowy;
- b) § 2 [Przedmiot umowy i czas trwania] ust. 1 i 6 Projektu Umowy;
- c) § 3 [Prawo opcji] ust. 4 Projektu Umowy
- d) § 12 [Kontrola i kary umowne] ust. 10 i 11 Projektu Umowy
- e) § 14 ust. 1 *tiret* pierwsze i trzecie Projektu Umowy;
- f) § 19 [Waloryzacja wynagrodzenia] ust. 8 -11 Projektu Umowy;
- g) § 20 [Rozwiązanie umowy, odstąpienie od umowy] ust. 2 Projektu Umowy;

(3) postanowień projektu umowy dzierżawy autobusów elektrycznych zasilanych wodorem stanowiącego Załącznik nr 10 do SWZ („Projekt Dzierżawy”):

- a) § 1 ust. 1 Projektu Dzierżawy;
- b) § 1 ust. 3 Projektu Dzierżawy;
- c) § 6 ust. 1 lit. f. Projektu Dzierżawy;
- d) § 7 ust. 6 Projektu Umowy Dzierżawy;
- e) dodania § 7 ust. 6a Projektu Dzierżawy;
- f) § 10 ust. 1 pkt 3) Projektu Dzierżawy;
- g) § 11 Projektu Dzierżawy;

(4) postanowienia § 3 [Czas trwania umowy] projektu umowy użyczenia autobusów napędzanych ON stanowiącego Załącznik nr 11 do SWZ („Projekt Użyczenia”)

II. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

(1) art. 353¹ k.c.2, jak i art. 483 k.c. w zw. z 439 ust. 1 Pzp w zw. z art. 433 pkt 2 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez ukształtowanie stosunku prawnego (umowy) w sposób sprzeczny z jego właściwością oraz zasadami współżycia społecznego, prowadzący do nadużycia przez Zamawiającego jego podmiotowego prawa poprzez rażąco wykorzystanie dominującej pozycji „organizatora przetargu”, w tym wprowadzenie do projektowanych postanowień umowy i jego załączników postanowień w sposób rażąco naruszający równowagę kontraktową stron, przerzucający na wykonawców niemożliwe do oszacowania ryzyka kontraktowe, w tym wynikające z okoliczności niezależnych od wykonawcy, przewidujące obowiązki wykonania przez wykonawców czynności nieznanych w dniu składania oferty z tym zastrzeżeniem, że wykonawca zobowiązany będzie je wykonać bez dodatkowego wynagrodzenia, poprzez niejasne, nieprecyzyjne, niejednoznaczne lub rażąco niekorzystne dla wykonawców postanowienia umowy, a co za tym idzie niezgodny z przepisami Pzp, sprzeciwiając się tym samym naturze stosunku zobowiązaniowego; co znalazło odzwierciedlenie w szczególności w:

- a) nieprecyzyjnej regulacji w zakresie kluczowych warunków realizacji Zamówienia, tj. rozpoczęcie i zakończenie świadczeń wykonawcy na rzecz Zamawiającego przewidzianych w ramach Zamówienia; zakres rzeczowy Zamówienia,
- b) nieprecyzyjnej regulacji warunków dzierżawy przez wykonawcę autobusów elektrycznych zasilanych wodorem oddanych w dzierżawę przez Zamawiającego; wprowadzeniu niekorzystnych – z przyczyn nieuzasadnionych – postanowień w zakresie warunków dzierżawy;
- c) zasadach i warunkach waloryzacji umownej, które nie umożliwiają oddania faktycznych kosztów ponoszonych na bieżąco przez wykonawcę przy realizacji Zamówienia w ich rzeczywistej wartości; nie zapewniają bieżącego przywracania ekwiwalentności świadczeń w oparciu o jasne i klarowne przesłanki;
- d) wprowadzeniu niekorzystnych – z przyczyn nieuzasadnionych – postanowień w zakresie jednostronnego rozwiązania umowy na realizację Zamówienia przez Zamawiającego;
- e) wprowadzeniu wygórowanych wysokości kar umownych (łącznie kara umowna); wprowadzeniu niedopuszczalnej waloryzacji wysokości kary umownej, w szczególności skutkującej brakiem możliwości „określenia” sumy w ten sposób zastrzeżonej kary umownej (w rozumieniu art. 483 k.c.)

(2) art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415, ze zmianami) („Rozporządzenie dokumentowe”) poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu określonego w Dziale VI pkt 2 ppkt 4 lit. b) SWZ w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nadmierny i uniemożliwiający faktyczną ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia oraz niezgodny z Rozporządzeniem dokumentowym, tj. poprzez zobligowanie wykonawcy do złożenia oświadczenia o dysponowaniu lub możliwości dysponowania w przyszłości taborem autobusowym wyprodukowanym w 2024 roku w sytuacji, gdy przedmiotowe autobusy nie istnieją (nie zostały jeszcze wyprodukowane) na dzień składania ofert w Postępowaniu, a złożenie oświadczenia o dysponowaniu nimi w przyszłości może skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy z uwagi na brak wykazania realności dysponowania zasobami;

(3) art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia rozkładów jazdy, z których wynika faktyczna ilość pracy przewozowej oraz informacji na temat czasu pracy autobusów i kierowców, co ma wpływ na wycenę przyszłego zakresu zobowiązania wykonawcy zamówienia i złożenie przez niego oferty w Postępowaniu i co jednocześnie czyni opis przedmiotu zamówienia niejednoznacznym i niewyczerpującym,

(4) art. 134 ust. 1 pkt 15 Pzp w zw. z art. 138 Pzp w zw. z art. 133 ust. 1 Pzp poprzez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert, uniemożliwiającego prawidłowe przygotowanie i oszacowanie oferty, nieuwzględniającego złożoności i skomplikowania przedmiotu zamówienia, ani faktu nieprzekazania wykonawcom wszystkich kluczowych informacji, co w konsekwencji oznacza brak respektowania zasady proporcjonalności, przejrzystości i uczciwej konkurencji;

a w konsekwencji powyższych

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

III. Odwołujący wniośł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień SWZ, Projektu Umowy, Projektu Dzierżawy oraz Projektu Użyczenia (jak również korespondujących z nimi pozostałych postanowień SWZ oraz Projektu Umowy), w następujący sposób:

(1) w odniesieniu do postanowień SWZ:

- a) nakazanie Zamawiającemu wykreślenia warunku udziału w Postępowaniu określonego w Dziale VI pkt 2 ppkt 4 lit. b) SWZ, to jest obowiązku posiadania odpowiedniego taboru autobusowego, z uwagi na okoliczność, iż warunek ten jest nieproporcjonalny i nie umożliwia weryfikacji możliwości wykonania przez danego wykonawcę przedmiotu zamówienia w sposób należyty,
- b) nakazanie Zamawiającemu udostępnienia rozkładów jazdy (zawierających godziny kursowania danych autobusów w ramach poszczególnych zadań przewozowych wraz z realizowaną liczbą kilometrów) w ramach opisu przedmiotu zamówienia) co umożliwi wykonawcom prawidłowe rozeznanie zakresu swojego zobowiązania,
- c) nakazanie Zamawiającemu zmiany terminu składania ofert, poprzez określenie nowego terminu składania ofert na dzień 30 kwietnia 2024 roku na godzinę 12.00 wraz z jednoczesną zmianą terminu otwarcia ofert oraz terminu związania ofert, to jest w sposób uwzględniający konsekwencje wprowadzenia ww. zmiany

(2) w odniesieniu do postanowień Projektu Umowy:

- a) nadanie § 1 [Przedmiot umowy i czas trwania] ust. 2 i 3 Projektu Umowy następującej treści:

„[2.] Umowę zawiera się na okres 104 miesięcy od daty jej podpisania, przy czym termin realizacji usług przewozowych wynosi 96 miesięcy, z uwzględnieniem ust. 3 poniżej.

[3.] Termin rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych liczony jest od upływu określonej liczby miesięcy od daty zawarcia umowy i wynosi:

(a) 7 miesięcy – dla rozpoczęcia świadczenia usług przy wykorzystaniu autobusów elektrycznych zasilanych wodorem, przy czym nie wcześniej niż 01.11.2024 r.,

(b) 8 miesięcy – dla rozpoczęcia świadczenia usług przy wykorzystaniu autobusów o napędzie konwencjonalnym (diesel), przy czym nie wcześniej niż 01.11.2024 r.”

(3) nadanie § 2 [Przedmiot umowy i czas trwania] ust. 1 Projektu Umowy następującej treści:

„Wykonawca będzie realizował usługi przewozowe w wymiarze przewidzianym odpowiednim zakresem rzeczowym – rocznym i całkowitym (pierwotny lub podstawowy).

Całkowity zakres rzeczowy (bez kilometrów dojazdowych i zjazdowych) wynosi 39 560 000 wozokilometrów w okresie 96 miesięcy począwszy od określonego w § 1 ust. 3 niniejszej umowy terminu rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych

danym typem taboru autobusowego przez Wykonawcę, zwany dalej „całkowitym zakresem rzeczowym”, „zakresem pierwotnym” lub „zakresem podstawowym”.

Roczny zakres rzeczowy (bez kilometrów dojazdowych i zjazdowych) wynosi 4 945 000 wozokilometrów w wymiarze każdych kolejnych 12 miesięcy począwszy od określonego w § 1 ust. 3 niniejszej umowy terminu rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych danym typem taboru autobusowego przez Wykonawcę, zwany dalej „rocznym zakresem rzeczowym”.

Zamawiający przewiduje prawo opcji w wymiarze do 10 % całkowitego zakresu rzeczowego wozokilometrów w okresie trwania umowy.”

c) nadanie § 2 [Przedmiot umowy i czas trwania] ust. 6 Projektu Umowy następującej treści:

„W przypadku, gdy wynikać to będzie z potrzeb przewozowych lub ze zmian tras linii komunikacyjnych związanych ze zmianą organizacji ruchu Zamawiający może zmniejszyć roczny zakres rzeczowy do 90% zakresu pierwotnego, przy czym zmniejszenie pracy przewozowej może być wyłącznie proporcjonalne do - określonej zgodnie z formularzem cenowym (stanowiącym Załącznik nr 1A do SWZ) – pracy przewozowej autobusów poszczególnych typów i napędów wykorzystywanych przez wykonawcę do realizacji usług przewozowych.”

d) nadanie § 3 [Prawo opcji] ust. 4 Projektu Umowy następującej treści:

„Zamawiający może dokonywać zmian w zakresie ilości usług wyszczególnionych w tabeli nr 2 „Zakres objęty prawem opcji” formularza cenowego. Zmiany mogą polegać wyłącznie na zwiększeniu lub zmniejszeniu ilości i wartości usług wykonywanych danym typem pojazdu kosztem odpowiedniej zmiany ilości i wartości usług wykonywanych innym typem pojazdu, bez konieczności wprowadzania przez wykonawcę do ruchu dodatkowych autobusów (tj. ponad liczbę autobusów danego typu określoną zgodnie z § 5 ust. 2 i 3 umowy). Zmiany nie mogą spowodować zwiększenia wysokości wynagrodzenia objętego prawem opcji.”

e) nadanie § 12 [Kary umowne] ust. 10 Projektu Umowy następującej treści:

„Łączna maksymalna wysokość kar umownych naliczanych na podstawie postanowień niniejszej umowy nie może przekroczyć w danym okresie rozliczeniowym 10% całkowitego wynagrodzenia umownego netto za jeden pełny okres rozliczeniowy”

f) wykreślenie § 12 [Kary umowne] ust. 11 Projektu Umowy;

g) nadanie § 14 ust. 1 *tiret* pierwsze i trzecie Projektu Umowy następującej treści:

„1. Zamawiający oświadcza, że przekaże Wykonawcy autobusy na podstawie zawartej odrębnej umowy dzierżawy z Zamawiającym, w terminach:

- I transza sukcesywnie 14 autobusów elektrycznych zasilanych wodorem nie później niż na 4 tygodnie przed terminem rozpoczęcia świadczenia usług określonym zgodnie z § 1 ust. 3 lit. a) umowy,

- II transza sukcesywnie 6 autobusów elektrycznych zasilanych wodorem, lecz nie później niż do 20 sierpnia 2025 r., z uwzględnieniem zapisów Umowy Nr ZDKiUM/U-INW/127-W/2023 zawartej w dniu 22 listopada 2023 r. w Wałbrzychu pomiędzy Zamawiającym a Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. ul. Obornicka 46, Bolechowo – Osiedle, 62-005 Owińska i przepisów powszechnie obowiązujących,

- 6 autobusów ON używanych, do 3 dni licząc od dnia rozpoczęcia świadczenia usług określonego zgodnie z § 1 ust. 3 lit. a) umowy, do czasu dostarczenia II transzy autobusów elektrycznych zasilanych wodorem.”

h) nadanie § 19 [Waloryzacja wynagrodzenia] ust. 8 - 11 Projektu Umowy treści objętej Załącznikiem nr 5 do Odwołania, tj. *Opracowanie Odwołującego: Projekt postanowień § 19 [Waloryzacja wynagrodzenia] ust. 8 -11 Projektu Umowy [Opracowanie Odwołującego];*

i) wykreślenie § 20 [Rozwiązanie umowy, odstąpienie od umowy] ust. 2 Projektu Umowy ewentualnie nadanie § 20 [Rozwiązanie umowy, odstąpienie od umowy] ust. 2 Projektu Umowy następującej treści:

„Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od Umowy jeżeli łączna wysokość kar umownych naliczonych Wykonawcy w ciągu 3 następujących po sobie pełnych okresów rozliczeniowych przekroczy 20% (dwadzieścia procent) wartości wynagrodzenia Wykonawcy, przypadającego mu za ten okres. Wówczas złożenie przez Zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od Umowy może nastąpić w terminie 30 dni kalendarzowych od dnia przekroczenia tego limitu kar umownych naliczonych Wykonawcy. Powyższe nie dotyczy przypadku naliczenia kary umownej za odstąpienie od lub rozwiązanie Umowy.”

(3) w odniesieniu do postanowień Projektu Dzierżawy:

(a) nadanie § 1 ust. 1 Projektu Dzierżawy następującej treści:

„Wydzierżawiający oświadcza, że na podstawie Umowy Nr ZDKiUM/U-INW/127-W/2023 zawartej w dniu 22 listopada 2023 r. w Wałbrzychu pomiędzy Zamawiającym a Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. ul. Obornicka 46, Bolechowo – Osiedle, 62-005 Owińska zwaną dalej Dostawcą, nabędzie 20 sztuk autobusów elektrycznych zasilanych wodorem i je odda Dzierżawcy w dzierżawę na zasadach określonych w niniejszej umowie. Wydzierżawiający oświadcza, że przedmiot dzierżawy (według stanu na dzień oddania przedmiotu dzierżawy Dzierżawcy przez Wydzierżawiającego):

a. nie posiada żadnych wad prawnych i fizycznych;

b. jest w stanie dobrym i przydatnym do umówionego użytku, tj. w stanie pozwalającym na świadczenie przez Dzierżawcę (wykonawcę) usług przewozu na rzecz Wydzierżawiającego

na podstawie umowy na realizację zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług przewozowych w zakresie regularnego przewozu osób na liniach komunikacyjnych miejskich”;

c. zostaje wydany z kompletnym wyposażeniem wymaganym na podstawie ww. umowy, w stanie niewymagającym poczynienia żadnych dodatkowych nakładów ze strony wykonawcy, tj. w szczególności że każdy z autobusów jest wyposażony w odpowiednie wyposażenie i systemy ICT (w tym systemy informacji pasażerskiej).

d. spełnia wszystkie wymagania określone m.in. przez ustawodawcę europejskiego wg GSR2 [drugi zestaw zmian], które wynikają z Rozporządzenia UE 2019/2144;

Wydzierżawiający potwierdza, że zakres obowiązków Dzierżawcy (wykonawcy) w związku z objęciem przedmiotu dzierżawy w dzierżawę ogranicza się do obowiązków Dzierżawcy przewidzianych w art. 697 k.c.3, tj. dzierżawcę obciąża jedynie obowiązek dokonywania napraw niezbędnych do zachowania przedmiotu dzierżawy w stanie niepogorszonym.

Ponadto, Wydierżawiający oświadcza, że istnieją techniczne i faktyczne możliwości tankowania przedmiotu dzierżawy na stacji wskazanej przez Zamawiającego, tj. na stacji PKN Orlen znajdującej się w Wałbrzychu.”

(b) nadanie § 1 ust. 3 Projektu Dzierżawy następującej treści:

„Wydierżawione autobusy przeznaczone będą wyłącznie do wykonywania usług publicznych z zakresu przewozów autobusowych w ramach lokalnego transportu zbiorowego organizowanego przez Gminę Wałbrzych na podstawie umowy zawartej pomiędzy Wydierżawiającym (jako zamawiającym) oraz Dzierżawcą (jako wykonawcą) w następstwie rozstrzygnięcia przeprowadzonego przez Wydierżawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie usług przewozowych w zakresie regularnego przewozu osób na liniach komunikacyjnych miejskich” (znak: DU.260.42.2023)”

(c) nadanie § 6 ust. 1 lit. f. Projektu Dzierżawy następującej treści:

„1. Dzierżawca zobowiązany jest do zapłacenia Wydierżawiającemu kar: (...)

f. za nieoddanie autobusów w ostatnim dniu obowiązywania niniejszej umowy w wysokości 10.000,00 zł za każdy dzień za każdy autobus; z uwzględnieniem postanowień § 5 ust 4 niniejszej umowy dzierżawy; powyższe nie dotyczy przypadków, w których dany autobus przekazano do serwisu lub podlega naprawom w ramach ubezpieczenia – o czym Dzierżawca informuje Wydierżawiającego we wskazanym wyżej terminie oddania autobusu. Za oddanie autobusu uważa się przekazanie Wydierżawiającemu kluczyków do autobusu i sytuacji, gdy brak oddania autobusu wynika z okoliczności niezależnych od Dzierżawcy.”

(d) nadanie § 7 ust. 6 Projektu Dzierżawy następującej treści:

„W zakresie w jakim z przyczyn leżących wyłącznie po stronie Dzierżawcy doszło do wyłączenia z ruchu całości lub części Przedmiotu Dzierżawy – wyłączenie całości lub części Przedmiotu Dzierżawy z ruchu nie zwalnia Dzierżawcy z obowiązku zapłaty czynszu lub odpowiedniej części czynszu, a zapewnienie zastępczego przedmiotu dzierżawy spoczywać będzie na Dzierżawcy, a koszty ujęte będą w ramach działalności powierzonej na podstawie umowy, o której mowa w § 1 ust. 3 niniejszej umowy dzierżawy. W przypadku wyłączenia całości lub części Przedmiotu Dzierżawy z ruchu, zapewnienie przez Dzierżawcę zastępczego przedmiotu dzierżawy może odbywać się przy zastosowaniu autobusów o napędzie innym niż wodorowy. Jeżeli Wydierżawiający wymaga zapewnienia zastępczego przedmiotu dzierżawy przy zastosowaniu autobusów o napędzie wodorowym, Wydierżawiający we własnym zakresie zapewnia ww. autobusy, a okoliczność ta nie wpływa na zmianę wynagrodzenia Dzierżawcy.”

(e) dodania § 7 ust. 6a Projektu Dzierżawy następującej treści:

„W przypadkach uniemożliwienia świadczenia usług przewozu (stanowiących przedmiot umowy, o której mowa w § 1 ust 3 niniejszej umowy dzierżawy) przez Dzierżawcę w związku z:

1) brakiem dostarczenia autobusów wodorowych przez Wydierżawiającego w terminie wynikającym z niniejszej umowy dzierżawy, lub

2) brakiem dostarczenia wodoru do wskazanej przez Wydierżawiającego stacji PKN Orlen S.A. zlokalizowanej przy ul. Wysockiego w Wałbrzychu [dotyczy zarówno docelowej stacji tankowania wodorem oraz tzw. stacji mobilnej (do chwili uruchomienia docelowej stacji tankowania wodorem), o których mowa w pkt 5 Załącznika nr 12 do Specyfikacji Warunków Zamówienia pn. „Minimalne wymagania dotyczące bazy technicznej Wykonawcy i samochodu przeznaczanego do nadzoru ruchu” dla postępowania, o którym mowa w § 1 ust 3 niniejszej umowy dzierżawy] w terminie wynikającym z niniejszej umowy dzierżawy, lub

3) brakiem zapewnienia przez PKN Orlen S.A.:

- nie później niż w lutym 2025 roku - docelowej stacji tankowania wodorem, lub

- nie później niż w październiku 2024 r. - tzw. stacji mobilnej (do chwili uruchomienia docelowej stacji tankowania wodorem),

[o których mowa w pkt 5 Załącznika nr 12 do Specyfikacji Warunków Zamówienia pn. „Minimalne wymagania dotyczące bazy technicznej Wykonawcy i samochodu przeznaczanego do nadzoru ruchu” dla postępowania, o którym mowa w § 1 ust 3 niniejszej umowy dzierżawy],

Wydierżawiający (Zamawiający):

a) pokryje (zrekompensuje) koszty stałe ponoszone przez Dzierżawcę (wykonawcę) proporcjonalnie do okresu zaistniałego opóźnienia bądź zwłoki (w tym m.in. koszty

pracowników, zaplecza technicznego, itp.); wymienione koszty stałe będą odpowiadać 50% stawki (określonej zgodnie z § 10 ust. 1 umowy, o której mowa w § 1 ust 3 niniejszej umowy dzierżawy) za wozokilometry niezrealizowane w związku z zaistniałym opóźnieniem bądź zwłoką;

b) nie jest uprawniony do naliczenia – zarówno na podstawie niniejszej umowy dzierżawy jak i umowy, o której mowa w § 1 ust 3 niniejszej umowy dzierżawy - kar umownych zastrzeżonych na okoliczność czasowego całościowego bądź częściowego braku świadczenia usług przewozu przez Dzierżawcę (wykonawcę z tytułu umowy, o której mowa w § 1 ust 3 niniejszej umowy dzierżawy);

Wystąpienie ww. okoliczności pozostanie bez wpływu na negatywną ocenę jakości usług świadczonych przez dzierżawcę (wykonawcę) z tytułu umowy, o której mowa w § 1 ust 3 niniejszej umowy dzierżawy.”

(a) nadanie § 10 ust. 1 pkt 3) Projektu Dzierżawy następującej treści:

„Wydzierżawiający zastrzega sobie prawo rozwiązania umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia, jeśli Dzierżawca: (...)

3) użyczy, wydzierżawi lub odda przedmiot dzierżawy do korzystania osobie trzeciej na podstawie innego tytułu prawnego bez pisemnej zgody Wydierżawiającego, powyższe nie dotyczy użyczenia, wydzierżawienia lub oddania przedmiotu dzierżawy do korzystania osobie trzeciej zatwierdzonej przez Wydierżawiającego na podstawie umowy świadczenia usług przewozu, jak i w związku z czynnościami dotyczącymi utrzymania przedmiotu dzierżawy w stanie niepogorszonym.”

(b) nadanie § 11 Projektu Umowy Dzierżawy następującej treści:

„Z uwzględnieniem zdania następnego, Umowa obowiązuje od daty zawarcia do dnia zakończenia realizacji przez Dzierżawcę usługi przewozowej na podstawie umowy, o której mowa w § 1 ust 3 niniejszej umowy dzierżawy. Dzierżawa poszczególnego autobusu (wchodzącego w skład Przedmiotu Dzierżawy) obejmuje okres od daty wydania go Dzierżawcy, do dnia zakończenia realizacji przez Dzierżawcę usługi przewozowej na podstawie umowy, o której mowa w § 1 ust 3 niniejszej umowy dzierżawy.”

(2) w odniesieniu do postanowień Projektu Użyczenia, nadanie § 3 [Czas trwania umowy] następującej treści:

„Autobusy zostają użyczone Biorącemu do używania w celu realizacji umowy Nr zawartej w dniu.....na „Świadczenie usług przewozowych w zakresie regularnego przewozu osób na liniach komunikacyjnych miejskich”, na okres nie dłuższy niż przypadający do upływu 14 dni od daty przekazania – na podstawie odrębnej umowy dzierżawy – wykonawcy/dzierżawcy (będącego „Biorącym do używania” w rozumieniu niniejszej umowy użyczenia) przez zamawiającego/wydierżawiającego (będącego

„Użyczającym” w rozumieniu niniejszej umowy użyczenia) II transzy łącznie 6 sztuk autobusów elektrycznych zasilanych wodorem na podstawie Umowy Nr ZDKiUM/U-INW/127-W/2023 zawartej w dniu 22 listopada 2023 r. w Wałbrzychu pomiędzy Użyczającym a Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. ul. Obornicka 46, Bolechowo – Osiedle, 62-005 Owińska.”

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

ZARZUTY DOTYCZĄCE POSTANOWIEŃ UMOWNYCH

1. Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia § 1 [Przedmiot umowy i czas trwania] ust. 2 i 3 Projektu Umowy, § 11 Projektu Dzierżawy, § 3 [Czas trwania umowy] Projektu Użyczenia

Kwestionowane postanowienia Projektu Umowy, Projektu Dzierżawy oraz Projektu Użyczenia są nieprecyzyjne w zakresie kluczowych warunków realizacji Zamówienia, tj. rozpoczęcia i zakończenia świadczeń wykonawcy na rzecz Zamawiającego przewidzianych w ramach ww. umów. Wątpliwości w ww. zakresie wynikają z wadliwości postanowień w ich obecnej niejednoznacznej treści, która polega w szczególności na:

- a) posługiwaniu się nieściślymi zwrotami, tj. „nie wcześniej niż”, a dodatkowo z zastrzeżeniem, że powyższe jedyne „zakłada się”;
- b) wprowadzeniu rozbieżności pomiędzy okresami wyróżnianymi przez Zamawiającego, tj. okresem „zawarcia Umowy” (obecnie: 103 miesiące), a okresem „realizacji usługi przewozowej” (obecnie: 96 miesięcy);
- c) braku wprowadzenia bezpośrednich relacji pomiędzy ww. umowami, co – obecnie – powoduje niezgodność postanowień ww. umów, a na etapie realizacji Zamówienia grozi zaburzeniem ciągłości świadczeń wykonawcy na rzecz Zamawiającego;

W przypadku Umowy Dzierżawy dotyczącej 20 sztuk autobusów elektrycznych zasilanych wodorem: „Umowa obowiązuje od daty zawarcia do dnia 31 października 2032 r.”, podczas gdy realizacja Zamówienia ma trwać przez okres od 8 lat (96 miesięcy; por. § 1 ust. 2 Projektu Umowy) do 8 lat i 7 miesięcy (103 miesiące; por. § 1 ust. 2 Projektu Umowy), tj. tylko na chwilę obecną (tj. na dzień złożenia odwołania – 15.01.2024), jeszcze przed rozstrzygnięciem Postępowania – co najmniej do stycznia 2032 roku, a najdalej do sierpnia 2032 roku.

Informacje o momencie rozpoczęcia i zakończenia konkretnych świadczeń wykonawcy na rzecz Zamawiającego stanowią kluczowe dane bezpośrednio przesądzające o podjęciu przez wykonawcę decyzji o udziale w Postępowaniu i stanowiące podstawę sporządzenia oferty.

Wskazana data – najwcześniejsza – rozpoczęcia wykonywania świadczenia usługi (1 listopada 2024 roku) jest zbyt wczesna mając na względzie aktualne standardowe na rynku terminy niezbędne na zamówienie i produkcję autobusów przeznaczonych do realizacji Zamówienia (które – w zależności do rodzaju napędu zamawianych autobusów oraz ich

liczby – wynoszą od ok. 9 do ok. 12 miesięcy) bądź zapewnienie ich w odpowiedniej liczbie do dyspozycji w inny sposób jak również mając na względzie konieczność zorganizowania niezbędnego zaplecza technicznego (bazy autobusowej) Wykonawcy dla potrzeb realizacji usług przewozowych, w tym spełniającego restrykcyjne wymogi w zakresie garażowania oraz serwisowania autobusów elektrycznych zasilanych wodorem.

Moment rozpoczęcia realizacji usługi przewozu ma zaś bezpośrednie przełożenie przede wszystkim na określenie zakresu rzeczowego Zamówienia – nazwanego w Projekcie Umowy „rocznym zakresem rzeczowym”. Odpowiednio, zgodnie z § 2 ust. 1 Projektu Umowy: „Wykonawca będzie realizował usługi przewozowe zgodnie z zakresem rzeczowym, zwanym dalej „rocznym zakresem rzeczowym”.

Roczny zakres rzeczowy (bez kilometrów dojazdowych i zjazdowych) wynosi minimum 4 945 000 wozokilometrów w wymiarze każdych kolejnych 12 miesięcy począwszy od określonego w § 1 ust. 3 niniejszej umowy dnia rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych przez Wykonawcę. Zamawiający przewiduje prawo opcji w wymiarze do 10 % całkowitego zakresu rzeczowego wozokilometrów w okresie trwania umowy.”

Posługiwanie się nieścistymi zwrotami, tj. „nie wcześniej niż”, ponadto przy dodatkowym zastrzeżeniu, że powyższe jedyne „zakłada się” wprowadza zasadniczy stan niepewności odnośnie do daty rozpoczęcia świadczenia usług przewozu. W szczególności budzą wątpliwości następujące kwestie:

- a) co leży u podstaw postanowienia (założenia), że „zakłada się”, że rozpoczęcie świadczenia usługi przewozu rozpocznie się nie wcześniej niż 1 listopada 2024 roku;
- b) co może mieć wpływ na zmianę ww. założenia;
- c) kto (zamawiający czy też wykonawca) jest uprawniony decydować o konkretnej dacie rozpoczęcia realizacji przewozów;
- d) kiedy najwcześniej Zamawiający może wymagać rozpoczęcia realizacji usługi przewozu przez wykonawcę.

Odwołujący szczegółowo omówił założenia, jakimi kierował się proponując określone w żądaniach odwołania zmiany kwestionowanych postanowień SWZ.

2. Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia § 2 [Przedmiot umowy i czas trwania] ust. 1 i 6 Projektu Umowy

Odwołujący wskazał, że zaproponowana zmiana kwestionowanych postanowień SWZ ma na celu ujednoczenie pojęć używanych w obrębie całego Projektu Umowy na określenie kluczowych parametrów Zamówienia. Aktualnie Projekt Umowy w odniesieniu do liczby wozokilometrów rozróżnia (m.in.) następujące „zakresy” rzeczowe Zamówienia:

- a) „roczny zakres rzeczowy” (por. § 2 ust. 1 Projekt Umowy);
- b) „zakres pierwotny” (por. § 2 ust. 6 Projekt Umowy);
- c) „zakres podstawowy” (por. § 2 ust. 5 lit. e Projekt Umowy);

d) „całkowity zakres rzeczowy” (por. § 2 ust. 1 Projekt Umowy);

Wymienione wyżej „zakresy” rzeczowe Zamówienia nie zostały precyzyjnie zdefiniowane (dla niektórych – „zakres pierwotny” – w ogóle nie przewidziano definicji), w szczególności – ich znaczenia niejednokrotnie pozostają w stosunku zawierania się bądź krzyżowania.

W § 2 ust. 1 Projektu Umowy przewidziano, że „zakres rzeczowy” pokrywa się z „rocznym zakresem rzeczowym”, wobec następującej treści ww. postanowienia: „Wykonawca będzie realizował usługi przewozowe zgodnie z zakresem rzeczowym, zwanym dalej „rocznym zakresem rzeczowym”.

W § 2 ust. 6 Projektu Umowy dla określenia podstawowego zakresu Zamówienia (zgodnie z załącznikiem nr 1A do SWZ – formularz cenowy) wprowadza kolejne pojęcie „zakresu pierwotnego”, którego jednak nie definiuje: „W przypadku, gdy wynikać to będzie z potrzeb przewozowych lub ze zmian tras linii komunikacyjnych związanych ze zmianą organizacji ruchu Zamawiający może zmniejszyć roczny zakres rzeczowy do 90% zakresu pierwotnego.”

W ocenie Odwołującego zaistniała wobec powyższego konieczność wprowadzenia jasnych i klarownych definicji co prowadzi do uporządkowania w tym zakresie kluczowego elementu jak zakres umowy. W konsekwencji postulowanej zmiany ustalono by, że:

- a) w miejscach, w których Projekt Umowy odnosi się do „rocznego zakresu rzeczowego”, oznacza to realizację minimalnej liczby wozokilometrów w wymiarze każdego kolejnych 12 miesięcy, tj. 4 945 000 wozokilometrów;
- b) w miejscach, w których Projekt Umowy odnosi się do „całkowitego zakresu rzeczowego”, „zakresu pierwotnego” lub „zakresu podstawowego”, oznacza to realizację minimalnej liczby wozokilometrów w okresie 96 miesięcy począwszy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych przez Wykonawcę tj. 39 560 000 wozokilometrów.

Ponadto w zakresie zarzutu naruszenia § 2 ust. 6 Projektu Umowy, Odwołujący wskazał na konieczność uwzględnienia, że w przypadku zmniejszenia zakresu pierwotnego do 90 %, zmniejszenie pracy przewozowej następowało proporcjonalnie do - określonej zgodnie z formularzem cenowym (stanowiącym Załącznik nr 1A do SWZ) – pracy przewozowej autobusów poszczególnych typów i napędów wykorzystywanych przez wykonawcę do realizacji usług przewozowych.

Odwołujący podkreślił, że zaproponowane pojęcia i definicje referują do dokumentów opracowanych przez Zamawiającego na potrzeby Postępowania i są z nimi zgodne.

3. Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia § 3 [Prawo opcji] ust. 4 Projektu Umowy

Wykonawcy – już na etapie składania ofert - powinni mieć wiedzę, że skorzystanie przez Zamawiającego z prawa opcji, którego zakres jest bardzo szeroki, nie może skutkować koniecznością nabycia przez wykonawcę większej (dodatkowej) liczby pojazdów niż określona zgodnie z § 5 ust. 2 i 3 Projektu Umowy, lecz wyłącznie zwiększeniem pracy

przewozowej do realizacji przez wykonawcę przy wykorzystaniu wyłącznie „standardowej” (umownej) liczby pojazdów danego typu (określoną zgodnie z § 5 ust. 2 i 3 Projektu Umowy) którymi – w okresie realizacji usług przewozowych stanowiących Przedmiot Zamówienia - dysponować będzie wykonawca. W przeciwnym wypadku – w całym okresie realizacji usług przewozowych wynoszącym 96 miesięcy będzie towarzyszyła wykonawcy istotna niepewność w tym zakresie, zaś – na etapie składania ofert – potencjalni wykonawcy będą spekulować (co wpłynie na cenę oferty) w zakresie tego, czy – a jeśli tak to w jakim zakresie (co do liczby dodatkowych pojazdów) i w okresie (Zamawiający może bowiem skorzystać z prawa opcji w całym okresie realizacji Zamówienia) Zamawiający skorzysta z prawa opcji.

4. Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia § 1 ust. 1 Projektu Dzierżawy

Konstrukcja Projektu Umowy zakłada jej realizację przy wykorzystaniu (m.in.) autobusów przekazanych wykonawcy bezpośrednio przez Zamawiającego. Powyższe ma dotyczyć tak docelowo łącznie 20 sztuk autobusów elektrycznych o napędzie wodorowym, jak i 6 sztuk autobusów o klasycznym napędzie (diesel) [które stanowią przedmiot umowy użyczenia na podstawie Projektu Użyczenia, która to umowa użyczenia – jak rozumie Odwołujący (bazując na treści Załącznika nr 13 do SWZ11 oraz pkt 2 preambuły i § 14 ust. 1 tiret trzecie Projektu Umowy) – obowiązywać ma nie dłużej niż do przekazania – na podstawie umowy dzierżawy na podstawie Projektu Dzierżawy – wykonawcy/dzierżawcy przez Zamawiającego/wydzierżawiającego II transzy łącznie 6 sztuk autobusów elektrycznych zasilanych wodorem na podstawie Umowy Nr ZDKiUM/U-INW/127-W/2023 zawartej 22 listopada 2023 r. w Wałbrzychu pomiędzy Zamawiającym a Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. ul. Obornicka 46, Bolechowo – Osiedle, 62-005 Owińska].

Projekt Umowy przewiduje więc obowiązek wykonawcy realizowania (części) własnych zobowiązań umownych przy wykorzystaniu autobusów dostarczonych przez Zamawiającego. Właściwość wprowadzenia powyższego rozwiązania nie jest co do zasady kwestionowana przez Wykonawcę, Niemniej jednak rozwiązanie tego typu wymaga wprowadzenia dodatkowych konkretnych zobowiązań po stronie Zamawiającego, w szczególności do Umowy Dzierżawy, która obowiązywać przez okres odpowiadający okresowi realizacji Zamówienia na podstawie umowy o zamówienie publiczne (Projekt Umowy). Projekt Dzierżawy powinien przewidywać obowiązki Zamawiającego jako wydzierżawiającego do przekazania wykonawcy jako dzierżawcy autobusów konkretnej specyfikacji, zgodnej z wymaganiami Zamawiającego przewidzianymi w SWZ, gotowych do wykorzystania przy realizacji Zamówienia. Stąd w ocenie Odwołującego proponowane przez niego zmiany są zasadne.

5. Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia § 6 ust. 1 lit. f. Projektu Dzierżawy

Przedmiotowa regulacja przewiduje nieproporcjonalnie wysoką, a przy tym bezwzględną karę umowną w związku z – jedynie – brakiem oddania chociażby jednego dzierżawionego

autobusu w dacie zakończenia umowy dzierżawy. Postanowienie przede wszystkim nie uwzględnia charakteru okoliczności, w jakich mogłoby dojść do takiego stanu rzeczy. Odwołujący nie kwestionuje obowiązku zwrotu przedmiotu dzierżawy i możliwości ustanowienia kary w przypadku zawinonego i umyślnego działania wykonawcy (jako dzierżawcy w rozumieniu umowy dzierżawy). Niemniej obecna konstrukcja zawiera istotne braki, w szczególności:

- a) nie definiuje pojęcia „oddania”, tzn. w jakim stanie rzeczy można stwierdzić, że doszło do oddaniu przedmiotu dzierżawy;
- b) nie przewiduje sytuacji, gdy brak „oddania” związany jest z czynnościami ustalonymi z Zamawiającym (jako wydzierżawiającym w rozumieniu umowy dzierżawy), a dotyczącymi np. oddania pojazdu do serwisu czy też usuwania szkód w ramach ubezpieczenia (czy to AC czy OC);
- c) nie przewiduje sytuacji, w której strony ustalą inny termin oddania pojazdów (inny niż dzień zakończenia umowy);
- d) przewiduje karę umowną również w przypadkach, gdy zajądą okoliczności niezwiązane z Wykonawcą, tzn. gdy brak oddania pojazdów stanowi konsekwencje okoliczności, za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności i na które nie ma wpływu (jak np. kradzież, zniszczenie, szkoda całkowita);

każdorazowo taka sytuacja oznaczać może prawnie skuteczne przekazanie pojazdów do dyspozycji Zamawiającego, jednak ich fizyczne wydanie nie jest w określonej dacie możliwe. Powyższe jest dodatkowo niespójne z zasadą przyjętą na gruncie umowy o świadczenie usług przewozu (Projekt umowy). Zgodnie z jej postanowieniami, Zamawiający nie może obciążyć Wykonawcy karą umowną, jeżeli przyczyna niewykonania lub nienależytego wykonania usługi lub naruszenia warunków umownych nie leży po stronie Wykonawcy.

6. Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia § 7 ust. 6 Projektu Dzierżawy i dodania § 7 ust. 6a do Projektu Dzierżawy

Zamawiający ma dostarczyć wykonawcy wybranemu w postępowaniu (przekazać na podstawie umowy dzierżawy) autobusy o napędzie wodorowym. Autobusy o napędzie wodorowym mają zaś zostać dostarczone Zamawiającemu przez Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. na podstawie odrębnej umowy tych podmiotów („Umowa z Solaris”). Zamawiający ponadto określa w SWZ zasady i warunki tankowania wodoru dla ww. autobusów o napędzie wodorowym, tj.:

- a) tankowanie wodoru oraz sam wodór ma zapewnić stacja paliw PKN Orlen w Wałbrzychu;
- b) do czasu powstania docelowej stacji tankowania (stacja paliw PKN Orlen w Wałbrzychu), w przypadku konieczności skorzystania ze stacji tymczasowej, stację tymczasową ma zapewnić także PKN Orlen w Wałbrzychu,

co ma wynikać wyłącznie z porozumień/umów zawartych pomiędzy Zamawiającym oraz PKN Orlen („Umowa z Orlen”).

Odpowiednio, zgodnie z pkt. 5 [Tankowanie pojazdów] załącznika nr 12 do SWZ:

„W zakresie tankowania autobusów elektrycznych zasilanych wodorem Zamawiający informuje, że PKN Orlen wybuduje docelową stację tankowania wodorem, zlokalizowaną przy ul. Wysockiego w Wałbrzychu, z przewidywanym terminem luty 2025 r. Zamawiający informuje jednocześnie, że według zapewnień PKN Orlen, do chwili uruchomienia docelowej stacji tankowania wodorem – Koncern uruchomi tzw. stację mobilną, z terminem nie później niż październik 2024 r.”

Powyższe budzi zasadnicze wątpliwości w zakresie praktyczności i efektywności zastosowania, jak i zakresu odpowiedzialności poszczególnych podmiotów za zapewnienie tankowania autobusom. Wykonawca z jednej strony nie ma wpływu na postanowienia Umowy z Solaris i Umowy z Orlen, z drugiej – ponosi pełną odpowiedzialność za gotowość autobusów do przejazdów, w tym ich zatankowanie. Wobec braku uwzględnienia części założeń Umowy z Solaris i Umowy z Orlen przy sporządzaniu Projektu Dzierżawy (jak też Projektu Umowy), poszczególne jej założenia wymagają odpowiedniej adaptacji. W Projekcie Dzierżawy brakuje postanowień odnośnie do tego, co stanie się w przypadku braku wywiązania się lub nienależytego wywiązania się z wzajemnych zobowiązań przez Strony Umowy z Solaris i Umowy z Orlen w taki sposób, że wywrze to wpływ na realizację Zamówienia.

W szczególności:

- a) co stanie się, w przypadku gdy PKN Orlen nie zapewni stacji (co dotyczy także stacji tymczasowej), w tym wodoru bądź opóźni się z zapewnieniem powyższych – na podstawie Umowy z Orlen;
- b) co stanie się, w przypadku gdy Solaris nie dostarczy autobusów wodorowych bądź opóźni się z ich dostarczeniem – na podstawie Umowy z Solaris.

Wobec obecnej treści postanowień Projektu Dzierżawy można wnioskować, że to wykonawca będzie ponosił koszty stałe realizacji Zamówienia bez względu na to czy – z przyczyn od siebie niezależnych – autobusy wodorowe będą dostępne dla wykonawcy do świadczenia usług przewozu czy nie, a nawet jeżeli autobusy wodorowe będą dostępne, to czy będzie zapewniona możliwość ich tankowania.

Zaproponowane przez Odwołującego zmiany postanowień Projektu Dzierżawy zakładają, że w przypadkach uniemożliwienia świadczenia usług przewozu przez wykonawcę w związku z:

- a) brakiem dostarczenia autobusów wodorowych przez Zamawiającego w terminie wynikającym z Projektu Dzierżawy, lub
- b) brakiem dostarczenia wodoru do wskazanej przez Zamawiającego stacji PKN Orlen S.A. zlokalizowanej przy ul. Wysockiego w Wałbrzychu [dotyczy zarówno docelowej

stacji tankowania wodorem oraz tzw. stacji mobilnej (do chwili uruchomienia docelowej stacji tankowania wodorem)] w terminie wynikającym z Projektu Dzierżawy, lub

c) brakiem zapewnienia przez PKN Orlen:

- nie później niż w lutym 2025 roku - docelowej stacji tankowania wodorem, lub
- nie później niż w październiku 2024 r. - tzw. stacji mobilnej (do chwili uruchomienia docelowej stacji tankowania wodorem),

Wydzierżawiający (Zamawiający):

1. pokryje (zrekompensuje) koszty stałe ponoszone przez dzierżawcę (wykonawcę) proporcjonalnie do okresu zaistniałego opóźnienia bądź zwłoki (w tym m.in. koszty pracowników, zaplecza technicznego, itp.); wymienione koszty stałe będą odpowiadać 50% stawki (określonej zgodnie z § 10 ust. 1 Projektu Umowy) za wozokilometry niezrealizowane w związku z zaistniałym opóźnieniem bądź zwłoką;
2. nie jest uprawniony do naliczenia - zarówno na podstawie Projektu Dzierżawy jak i Projektu Umowy - kar umownych zastrzeżonych na okoliczność czasowego całościowego bądź częściowego braku świadczenia usług przewozu przez wykonawcę (dzierżawcę).

Brak przewidzenia ww. założeń w Projekcie Dzierżawy oznacza, że wykonawca w rzeczywistości ponosi obecnie odpowiedzialność zarówno za brak dostarczenia autobusów wodorowych przez Zamawiającego, jak i za brak dostarczenia wodoru – na zasadzie ryzyka. Powyższe świadczy zaś o przrzuceniu na wykonawcę ryzyka kontraktowego w nieuzasadnionym, nadmiernym wymiarze.

7. Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia § 14 ust. 1 tiret pierwsze i trzecie Projektu Umowy

Okres dwóch tygodni liczone od dnia dostarczenia przez Zamawiającego pierwszych 14 autobusów o napędzie wodorowym nie stanowi okresu wystarczającego dla przygotowania pojazdów do świadczenia usług przewozu. Okres ten powinien wynosić co najmniej 1 miesiąc (4 tygodnie) od dnia oddania wykonawcy w dzierżawę przez Zamawiającego ostatniego z pierwszych 14 autobusów o napędzie wodorowym. Zgodnie z obecnymi założeniami Projektu Umowy przekazanie wykonawcy w dzierżawę autobusów o napędzie wodorowym (w sumie 20 sztuk) ma następować sukcesywnie, przy założeniu dwóch terminów końcowych dostarczenia dwóch partii (tj. partia I – 14 autobusów i partia II – 6 autobusów). Autobusy obecnie nie znajdują się jeszcze w posiadaniu Zamawiającego.

Zamawiający nie udostępnił wykonawcom dostatecznie precyzyjnej informacji odnośnie do specyfikacji autobusów. W szczególności, brak jest obecnie jednoznacznych informacji odnośnie do tego, czy i w jakim zakresie wykonawca będzie musiał przygotować pojazdy – po ich przekazaniu przez Zamawiającego – do świadczenia usług przewozu zgodnie z

wymaganiami SWZ. Powyższe dotyczy szczegółowych zagadnień, tj. czy autobusy będą dostarczone z wyposażeniem niezbędnym do świadczenia usług przewozu (zgodnie z wymaganiami SWZ), czy też wykonawca będzie musiał je wyposażyć w odpowiednie systemy ICT, czy inne. Wobec powyższego Odwołujący wnosi o wydłużenie okresu między przekazaniem przez Zamawiającego pierwszej transzy 14 autobusów wodorowych z dwóch tygodni do czterech tygodni. Okres czterech tygodni jest w ocenie wykonawcy wystarczający dla przygotowania ww. pojazdów do świadczenia usług przewozu na podstawie Projektu Umowy.

Alternatywnie Odwołujący wnosi o potwierdzenie przez Zamawiającego, że przekazane przez niego wykonawcy autobusy wodorowe zostaną dostarczone w stanie, który w pełni będzie spełniał wymogi Postępowania, bez konieczności dokonywania przez wykonawcę jakichkolwiek dodatkowych czynności w dotyczących tych autobusów (w tym w zakresie ich wyposażenia).

8. Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia § 10 ust. 1 pkt 3) Projektu Dzierżawy

W tym zakresie Odwołujący poprzestał na określeniu kwestionowanych postanowień jako wadliwych.

9. Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia § 19 [Waloryzacja wynagrodzenia] ust. 8-11 Projektu Umowy

Wprawdzie Projekt Umowy przewiduje waloryzację wynagrodzenia – powołując się w § 19 ust. 8 Projektu Umowy na art. 439 ust. 1 Pzp – jednak w praktyce, szczegółowe założenia tego mechanizmu nie tyle nawet co osłabiają jego efektywność, co czynią ten mechanizm całkowicie nieefektywnym. Obecny mechanizm jest ostatecznie nieadekwatny w stosunku do dzisiejszych realiów rynkowych. Odwołujący szczegółowo uzasadnił założenia jakimi kierował się projektując żądane w petitum odwołania zmiany § 19 ust. 8-11 Projektu Umowy. Istota wskazanego sposobu modyfikacji postanowień Projektu Umowy pozwala na bieżące przywracanie ekwiwalentności świadczeń w oparciu o jasne i klarowne przesłanki, uwzględniające zarazem – w pewnym zakresie - dotychczasowe elementy mechanizmu opracowanego przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał przy tym, że dezaktualizacji ulegają kolejne sztywne mechanizmy umowne, tj. górne limity zmian wynagrodzenia umownego zastrzegane dotychczas w kontraktach. Klauzule te ustępują obecnie na rzecz rozwiązań elastycznych, które w adekwatny sposób reagują na coraz szybciej zmieniającą się rzeczywistość geopolityczną. Powyższe dotyczy w pierwszej kolejności kontraktów, których realizację zaplanowano na co najmniej kilka lat. Zaprojektowany przez Zamawiającego mechanizm waloryzacyjny skrzepowany górnym limitem rocznej waloryzacji stanowi najwyraźniej kalkę dotychczasowych schematów umownych, która nie pasuje do dzisiejszej rzeczywistości – tym bardziej realiów niedającej się przewidzieć przyszłości.

10. Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia § 20 [Rozwiązanie umowy, odstąpienie od umowy] ust. 2 Projektu Umowy

Przyznane Zamawiającemu uprawnienie do rozwiązania umowy przez wypowiedzenie w okolicznościach przewidzianych w § 20 ust. 2 Projektu Umowy jest nadmiernie szerokie. W szczególności, uprawnienie Zamawiającego jest nieproporcjonalne w stosunku do sankcjonowanych – ewentualnych – uchybień wykonawcy. Powyższe znajduje potwierdzenie przy weryfikacji konkretnych – możliwych na ten moment do oszacowania – sytuacji do jakich może dojść w trakcie realizacji Zamówienia (którego istotą jest świadczenie przez wybranego wykonawcę usług przewozowych powtarzanych wielokrotnie każdego dnia przy użyciu istotnej liczby autobusów w 96-miesięcznym okresie). Tytułem przykładu Odwołujący przedstawił „symulację” typowych dla Zamówienia zdarzeń, w których może dojść do zaktualizowania się przesłanek zastosowania § 20 ust. 2 Projektu Umowy w celu wykazania zasadności swojego stanowiska.

Odwołujący podniósł ponadto, że przedmiotowe postanowienie o tyle nadmiernie rozszerza uprawnienia Zamawiającego, że odnosi się do kontraktu w przedmiocie co najmniej 8-letniego świadczenia usług przewozowych. Wprowadza to nieuzasadnione zróżnicowanie sytuacji prawnej i faktycznej stron, na niekorzyść Wykonawcy. Postanowienie wprowadza także stan niepewności co do sytuacji prawnej i faktycznej stron umowy o zamówienie publiczne.

11. Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia § 12 [Kary umowne] ust. 10 i 11 Projektu Umowy

Łączna wielkość kar umownych jest nieproporcjonalnie wysoka w stosunku do wartości wynagrodzenia wykonawcy za zakres podstawowy. Postanowienie to zaburza równowagę kontraktową Stron. W § 12 ust. 6 zastrzeżono prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego do wysokości faktycznie poniesionej szkody na ogólnych zasadach określonych przepisami Kc Zmieniona wartość kar umownych naliczonych w danym okresie rozliczeniowym (który zgodnie z § 10 ust. 2 Projektu Umowy odpowiada miesięcowi kalendarzowemu) jak również odniesienie jej wartości do wynagrodzenia wykonawcy za dany okres rozliczeniowy, jest akceptowalne.

Postanowienia § 12 ust. 11 Projektu Umowy umożliwiające waloryzację wysokości kar umownych w przypadku umowy są w ocenie Odwołującego niedopuszczalne. Artykuł 483 § 1 Kc wymaga, aby kara umowna była zastrzeżona w „określonej sumie pieniężnej”. Przepis ten ma charakter imperatywny, przy czym w jego ramach, jak i w ramach dyspozytywnej normy art. 484 § 1 Kc ustawodawca pozostawia stronom znaczny zakres swobody kształtowania poszczególnych elementów kary. Określoność sumy kary umownej pozostaje jednak wymogiem konstrukcyjnym takiego postanowienia.

Aktualna regulacja całościowa kar umownych pozostaje częściowo wadliwa, czego konsekwencje stanowią:

- a) wprowadzenie wygórowanej wysokości łącznej kary umownej;
- b) brak możliwości określenia na podstawie udostępnionego Projektu Umowy wysokości kary umownej, w szczególności z uwagi na odmienne założenia waloryzacji wysokości kary umownej (por. § 12 ust. 11 Projektu Umowy) i inne dla waloryzacji świadczenia głównego (w tym na podstawie § 19 ust. 1 – 8 Projektu Umowy) co jest niezgodne z regulacją ustawową instytucji kary umownej.

ZARZUTY DOTYCZĄCE TREŚCI SWZ

1. Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia postanowienia w Dziale VI pkt 2 ppkt 4 lit. b) SWZ, tj. w zakresie dotyczącym obowiązku dysponowania przez wykonawcę taborem autobusowym spełniającym wymagania określone przez Zamawiającego

Zamawiający jako jeden z warunków udziału w Postępowaniu przewidział obowiązek posiadania przez wykonawcę zamówienia odpowiedniej liczby autobusów. Warunek ten brzmi w sposób następujący: „Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje lub ma możliwość dysponowania niezbędnymi do realizacji zamówienia narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi dostępnymi Wykonawcy w celu realizacji zamówienia, tj.: min. 42 sztuk autobusów zasilanych ON, w tym - min. 27 sztuk autobusów maxi zasilanych ON, - min. 15 sztuk autobusów mega zasilanych ON spełniającymi parametry techniczne określone w załączniku nr 7 do SWZ - wykazie narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych”.

Tak sformułowany wymóg nie budziłby większych zastrzeżeń jeśli stanowiłby on (z uwagi na Przedmiot Zamówienia) wyłącznie element zobowiązania umownego wykonawcy (tj. element Projektu Umowy), jednak biorąc pod uwagę jego umiejscowienie (wśród warunków udziału w Postępowaniu), treść załącznika nr 7 do SWZ (do którego odsyła Zamawiający w treści warunku) nie sposób nie dojść do konkluzji, że treść warunku (jak i samego wykazu narzędzi) obarczona jest wadami logicznymi, które uniemożliwiają złożenie w toku Postępowania oświadczeń, które będą zgodne z prawdą i rzeczywistym stanem faktycznym.

Zamawiający wymaga tym samym, aby przyszły wykonawca:

1. już w momencie składania ofert dysponował autobusami wyprodukowanymi w 2024 roku (por pkt 2 załącznika nr 7 do SWZ) o ściśle określonych parametrach (m.in. wykonanie pozostałych elementów wewnętrznych takich jak podłoga, poszycia boczne i dachu skomponowane kolorystycznie w sposób gwarantujący wysoką estetykę, które zostaną uzgodnione po podpisaniu umowy z Wykonawcą, ponadto autobusy mają zostać oznaczone logotypami Zamawiającego – por pkt 25 i 26 załącznika nr 7 do SWZ).

Alternatywnie

2. złoży oświadczenie o dysponowaniu takimi autobusami w przyszłości.

Złożenie takich oświadczeń jest jednak niemożliwie (z uwagi na istniejące, obiektywne warunki rynkowe) albo doprowadzi do znaczących wątpliwości proceduralnych, które mogą skutkować koniecznością unieważnienia Postępowania w przyszłości. Wyprodukowanie 42 sztuk autobusów o parametrach, jakości i standardach określonych przez Zamawiającego w załączniku nr 7 do SWZ zajmuje minimum 8 miesięcy kalendarzowych. Biorąc pod uwagę, że Postępowanie zostało ogłoszone 3 stycznia 2024 roku, a termin otwarcia ofert przypada na dzień 6 lutego 2024 roku to złożenie oświadczenia o dysponowaniu takim taborem przez jakiegokolwiek wykonawcę działającego na rynku jest niemożliwe (w jeden miesiąc nie uda się wyprodukować bowiem aż takiej liczby pojazdów). Oświadczenie o wskazanej treści mógłby złożyć co najwyżej jedynie podmiot, który znałby potrzeby Zamawiającego z odpowiednim wyprzedzeniem (i zamówił przedmiotowe autobusy w połowie 2023 roku), co jest niemożliwe z uwagi na termin publikacji ogłoszenia o Zamówieniu oraz SWZ. Wymóg dysponowania przez wykonawcę na etapie składania ofert w Postępowaniu przedmiotem świadczenia przyszłej umowy jest wymogiem nadmiernym (wobec oczywistego braku pewności co do pozyskania Zamówienia przez potencjalnych wykonawców).

Warunki udziału w postępowaniu nie mogą być nadmierne i nie mogą prowadzić do niezasadnego ograniczania konkurencji w przetargu. Zdaniem Odwołującego wymóg posiadania odpowiedniego sprzętu (autobusów) powinien być wprowadzony wyłącznie jako zobowiązanie umowne.

2. Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia braku przedłożenia rozkładu jazdy oraz informacji na temat czasu pracy autobusów i kierowców.

Zgodnie z dyspozycją art. 99 ust. 1 Pzp Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zamawiający nie udostępnił wraz z dokumentami zamówienia wszystkich informacji na temat pracy przewozowej, a w szczególności rozkładów jazdy zawierających godziny kursowania danych autobusów w ramach poszczególnych zadań przewozowych wraz z realizowaną liczbą kilometrów. Z treści Załącznika 1 do Umowy oraz samego formularza ofertowego wynika, że Zamawiający ma już opracowaną pełną koncepcję prowadzenia przewozów w ramach wykonania przedmiotowego zamówienia (m.in. w zakresie liczby realizowanych kilometrów oraz kursów na poszczególnych liniach w poszczególne dni tygodnia), a przynajmniej w początkowej fazie zamówienia. Oznacza to, że w jego posiadaniu znajdują się dokumenty, które mają wpływ na wycenę wartości wynagrodzenia ofertowego. Zapoznanie się z ich treścią przez wszystkich wykonawców umożliwi im zapoznanie się z zakresem ich przyszłego zobowiązania oraz umożliwi ewentualną optymalizację kosztów przejazdów.

Brak udostępnienia rozkładów jazdy wszystkim oferentom na etapie Postępowania powoduje nierówne szanse między nowymi podmiotami, a aktualnym wykonawcą (realizującym obecnie usługi przewozowe na podstawie zawartej z zamawiającym umowy), który ma już dostęp do aktualnych zadań/rozkładów i może na ich podstawie dokonać kalkulacji lub ewentualnej ekstrapolacji. Brak udostępnienia przez Zamawiającego rozkładów jazdy (zawierających godziny kursowania danych autobusów w ramach poszczególnych zadań przewozowych wraz z realizowaną liczbą kilometrów) skutkuje brakiem istotnej informacji mającej wpływ na kalkulację ceny oferty – mianowicie informacji na temat czasu pracy autobusów, a co za tym idzie kierowców na poszczególnych zadaniach. Brak tej informacji uniemożliwia prawidłową kalkulację zarówno liczby kierowców jak i ich czasu pracy, a co za tym idzie ich wynagrodzeń. W związku z faktem, że wynagrodzenia pracowników stanowią jedną z głównych składowych stawki za kilometr posiadanie wiedzy o zapotrzebowaniu na kierowców oraz ich czasie pracy jest niezwykle istotnym elementem.

Brak udostępnienia informacji ww. zakresie ma realny i faktyczny wpływ na sposób wyceny zakresu przyszłego zobowiązania wykonawcy, a tym samym na przygotowanie (i wycenę) oferty. Dokumenty i informacje wskazane powyżej znajdują się już w dyspozycji Zamawiającego, bowiem przewozy w ramach publicznego transportu zbiorowego są cały czas wykonywane.

3. Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia postanowienia w Dziale XVI pkt 1 SWZ, tj. w zakresie terminu składania ofert

Termin składania ofert w Postępowaniu przypada na 6 lutego 2024 roku. W tym kontekście znamienym jest przy tym wyznaczenie przez Zamawiającego bardzo długiego (zarazem maksymalnego w rozumieniu art. 220 ust. 1 pkt 2 Pzp) terminu związania ofert określonego w Dziale XV ust. 1 SWZ na mocy którego wykonawca jest związany ofertą od dnia upływu terminu składania ofert do dnia 4 czerwca 2024 roku.

Zgodnie z art. 138 ust. 1 Pzp, termin składania ofert nie może być krótszy niż 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Zasadą jest, aby Zamawiający wyznaczając termin składania ofert uwzględnił złożoność i specyfikę przedmiotu zamówienia oraz czas niezbędny do ich przygotowania i złożenia. Postępowanie zostało wszczęte 3 stycznia 2024 roku, czyli w okresie noworocznym i jednocześnie urlopowym (w styczniu w wielu województwach trwają ferie zimowe; wolny ustawowo był również dzień 6-go stycznia). Wykonawca tymczasem musi w tym terminie skalkulować swoją ofertę – w sposób rzetelny, niebudzący wątpliwości. Aby natomiast móc prawidłowo skalkulować ofertę – decydując jednocześnie czy zamierza ją złożyć - wykonawca sam musi najpierw uzyskać oferty od:

- a) dostawców autobusów, gdzie wszyscy wiodący producenci są dużymi, międzynarodowymi korporacjami i przy tej wartości kontraktu lub kontraktów

przygotowanie oferty może zająć ponad miesiąc i to licząc dopiero od momentu kiedy zostaną wyjaśnione wszelkie wątpliwości techniczne związane z autobusami wymaganymi przez Zamawiającego do realizacji zamówienia (co zaś w praktyce wiąże się z oczekiwaniem producentów autobusów na udzielenie w tym zakresie przez Zamawiającego odpowiedzi na techniczne pytania dot. SWZ),

- b) instytucji bankowych i finansowych – gdzie przy tej wartości inwestycji, będzie to wniosek rozpatrywany na najwyższym poziomie organizacji, co może zająć nawet kilka miesięcy od dnia otrzymania ofert od producentów autobusów;
- c) dostawców paliw i energii elektrycznej oraz dostawców rozwiązań technologicznych umożliwiających zasilanie pojazdów.

Powyższe oferty powinny podlegać negocjacom w celu uzyskania optymalnej ceny i warunków zakupu. Negocjacje takie prowadzi się z reguły z kilkoma partnerami i związku z tym wymaga to dodatkowego czasu. Dlatego wyznaczenie terminu składania ofert na 6 lutego 2024 roku, mimo że mieści się w granicach wyznaczonych treścią przepisów Pzp, uniemożliwia wykonawcom zapoznanie się z treścią SWZ, odpowiedziami na wnioski o wyjaśnienie treści SWZ, a także uzyskanie niezbędnych uzgodnień z podmiotami niezależnymi od wykonawcy, co w konsekwencji przekłada się na możliwość przygotowania oferty w Postępowaniu. Z tego względu wydłużenie terminu składania ofert do 30 kwietnia 2024 roku byłoby w pełni uzasadnione i konieczne dla ochrony interesu Odwołującego oraz pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie Przedmiotowego Zamówienia.

W złożonej pismem z dnia 1 lutego 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający odniósł się do zarzutów zawartych w odwołaniu. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

1) ZARZUT PIERWSZY dotyczący postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia

1a) ZARZUT PIERWSZY litera (a)

1. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany terminu składania ofert, poprzez określenie nowego terminu składania ofert na dzień 30 kwietnia 2024 roku na godzinę 12.00 wraz z jednoczesną zmianą terminu otwarcia ofert oraz terminu związania ofert, to jest w sposób uwzględniający konsekwencje wprowadzenia ww. zmiany.

2. W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, co następuje:

„Warto zwrócić uwagę, iż Postępowanie zostało wszczęte w dniu 3 stycznia 2024 roku, czyli w okresie noworocznym i jednocześnie urlopowym (w styczniu w wielu województwach trwają ferie zimowe; wolny ustawowo był również dzień 6-go stycznia). Wykonawca tymczasem musi w tym terminie skalkulować swoją ofertę – w sposób rzetelny, niebudzący wątpliwości. Aby natomiast móc prawidłowo skalkulować ofertę – decydując jednocześnie czy zamierza ją złożyć - wykonawca sam musi najpierw uzyskać oferty”.

Odnosząc się do tej argumentacji Zamawiający wskazuje, że:

- 1) w 2024 r. Święto Trzech Króli (6 stycznia) przypada na sobotę (sobota u większości pracodawców jest dodatkowym dniem wolnym od pracy),
- 2) od kilkudziesięciu lat w styczniu trwają ferie zimowe.

Na podstawie § 3 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Edukacji Narodowej i Sportu z dnia 18 kwietnia 2002 r. w sprawie organizacji roku szkolnego minister właściwy do spraw oświaty i wychowania ogłosił terminy rozpoczęcia i zakończenia w 2024 r. ferii zimowych w szkołach na obszarze poszczególnych województw.

15 - 28 stycznia: dolnośląskie, mazowieckie, opolskie, zachodniopomorskie,

22 stycznia – 4 lutego: podlaskie, warmińsko-mazurskie,

29 stycznia – 11 lutego: lubelskie, łódzkie, podkarpackie, pomorskie, śląskie,

12 – 25 lutego: kujawsko-pomorskie, lubuskie, małopolskie, świętokrzyskie, wielkopolskie.

[/https://www.gov.pl/web/edukacja/terminy-ferii-zimowych-w-roku-szkolnym-20232024/](https://www.gov.pl/web/edukacja/terminy-ferii-zimowych-w-roku-szkolnym-20232024/)

Uwzględniając argumentację Odwołującego zamawiający co najmniej przez cztery miesiące w roku nie mogliby wszczynać i prowadzić postępowań o udzielenie zamówień publicznych (styczeń / luty z uwagi na ferie zimowe i lipiec / sierpień z uwagi na wakacje szkolne).

Odwołujący wskazał również:

- 1) z uwagi na konieczność otrzymania ofert od dostawców autobusów na konieczność zapewnienia czasu niezbędnego do zapoznania się przez producentów autobusów z odpowiedziami na pytania techniczne,
- 2) z uwagi na konieczność otrzymania ofert od instytucji bankowych i finansowych że przy tej wartości inwestycji inwestycje bankowe i finansowe nawet kilka miesięcy będą rozpatrywać wnioski [w domyśle Wykonawcy] od dnia otrzymania ofert od producentów autobusów,
- 3) na konieczność otrzymania ofert od dostawców paliw i energii elektrycznej oraz dostawców rozwiązań technologicznych umożliwiających zasilanie pojazdów.

Uwzględniając powyższe Zamawiający stwierdza, co następuje:

ad. 1) zgodnie z art. 135 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych zamawiający zobowiązany jest udzielić wyjaśnień treści SWZ nie później niż 6 dni przed upływem terminu składania ofert,

ad. 2) przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych nie różnicują terminu składania ofert dla zamówień o szacowanej wartości zamówienia powyżej progów unijnych z uwagi na szacowaną wartość zamówienia (tak jak to ma miejsce w przypadku terminu związania ofertą),

ad. 3) Zamawiający przekazuje w dzierżawę Wykonawcy autobusy elektryczne zasilane wodorem, a Wykonawca ma dysponować autobusami ON (Diesel), tym samym uzasadnienie Odwołującego w tym zakresie jest dla Zamawiającego niezrozumiałe i nie ma pokrycia w opisie przedmiotu zamówienia i obowiązkach umownych Wykonawcy.

3. W ocenie Zamawiającego czynności niezbędne do przygotowania oferty nie odbiegają nadmiernie od czynności które należy wykonać w innych postępowaniach o podobnym zakresie, nie odbiegają od wykonania czynności standardowo występujących w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. [patrz wyrok KIO 935/23 z 21 kwietnia 2023 r.]

4. Zamawiający przygotowując niniejsze postępowanie założył, że przewidywany termin rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych: 01 listopada 2024 r. (rozdział V SWZ).

Zamawiający ustalając przewidywany termin rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych uwzględnił fakt, że Wykonawca będący operatorem będzie świadczył usługi przewozowe m.in. 20 autobusami elektrycznymi zasilanymi wodorem przekazanymi przez Zamawiającego.

Zgodnie z umową nr ZDKiUM/U-INW/127-W/2023 zawartą 22 listopada 2023 r. pomiędzy Zamawiającym a Solaris Bus&Coach sp. z o.o. (w wyniku rozstrzygniętego postępowania na do zadanie pn. Dostawa autobusów elektrycznych zasilanych wodorem, DU.260.18.2023) Wykonawca dostarczy Zamawiającemu 20 sztuk autobusów, w terminie do 31 lipca 2025 r.

Dostawa autobusów odbywać się będzie w dwóch transzach:

I transza – sukcesywnie 14 autobusów w terminie do 30.09.2024 r., lecz nie wcześniej niż od 20.08.2024 r.

II transza – sukcesywnie 6 autobusów w terminie do 31.07.2025 r.

5. Zamawiający przed wszczęciem postępowania na świadczenie usług przewozowych przeprowadził wstępne konsultacje rynkowe (ogłoszenie – 3.10.2023 r.).

W konsultacjach wzięły udział podmioty świadczące usługi przewozowe oraz producent autobusów.

W trakcie konsultacji ich uczestnicy, którzy świadczą usługi przewozowe informowali, że prowadzą już wstępne rozmowy z producentami autobusów.

Ponadto Zamawiający w Planie postępowań na 2023 rok pod pozycją 2.3.5 wprowadził planowane postępowanie: „Świadczenie usług przewozowych w zakresie regularnego przewozu osób na liniach komunikacyjnych miejskich”

6. Jednocześnie Zamawiający informuje, że w związku z wniesionymi odwołaniami na postanowienia Specyfikacji Warunków Zamówienia zmienił termin składania ofert na 16.02.2024 r. (wraz ze zmianą terminu otwarcia ofert i terminu związania ofertą).

1b) ZARZUT PIERWSZY litera (b)

1. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia warunku udziału w Postępowaniu określonego w Dziale VI pkt 2 ppkt 4 lit. b) SWZ, to jest obowiązku posiadania odpowiedniego taboru autobusowego, z uwagi na okoliczność, iż warunek ten jest nieproporcjonalny i nie umożliwia weryfikacji możliwości wykonania przez danego wykonawcę przedmiotu zamówienia w sposób należyty.

2. Zgodnie z art. 112 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Jednym z warunków udziału, który zamawiający może określić jest zdolność techniczna lub zawodowa wykonawcy.

Warunki udziału w postępowaniu mają na celu sprawdzenie „czy wykonawcy znajdują się w sytuacji pozwalającej powierzyć im realizację zamówienia publicznego.

Warunki udziału w postępowaniu są zatem proceduralnymi warunkami zamówienia określającymi minimalne poziomy zdolności, którymi muszą wykazać się wykonawcy, aby wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Rodzaj i poziom tych zdolności określa zamawiający, aczkolwiek jego swoboda jest ograniczona przepisami ustawy. Po pierwsze, zgodnie z art. 112 ust. 1 Pzp warunki udziału w postępowaniu muszą być określone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Warto w tym miejscu zauważyć, iż pomimo że warunki udziału w postępowaniu mają charakter proceduralny, nie mogą być określane w oderwaniu od przedmiotowych warunków zamówienia, lecz muszą wykazywać związek z przedmiotem.” [patrz: Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych, Określenie i weryfikacja spełniania warunków udziału w postępowaniu” <https://www.uzp.gov.pl>]. Zamawiający przytoczył fragment Komentarza do Prawa zamówień publicznych, wydanie II pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza oraz Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, Gawrońska-Baran Andrzelą i in., Opublikowano: LEX/el. 2023.

3. Zamawiający stwierdza, że warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (dysponowanie 42 szt. autobusów zasilanych ON) – został określony z zachowaniem zasady proporcjonalności, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia.

Określając ten warunek Zamawiający ma na celu zapewnienie zrealizowania umowy przez podmiot dysponujący zasobami, tj. autobusami niezbędnymi do świadczenia usług w komunikacji miejskiej.

Wykonawca ma oświadczyć, że dysponuje lub będzie dysponował 42 szt. autobusów zasilanych ON, co oznacza, że przed złożeniem oferty dokonał rozeznania rynku i ma np. zawartą wstępną umowę z producentem autobusów.

1c) ZARZUT PIERWSZY litera (c)

1. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu zaniechania uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia rozkładów jazdy, z których wynika faktyczna ilość pracy przewozowej dla przyszłego wykonawcy zamówienia oraz informacji na temat czasu pracy autobusów i u kierowców.

2. Zamawiający uwzględniając odwołanie pismem DU.260.42.2023 z dnia 1.02.2024 r. przedstawił tzw. kursówki.

Zamawiający nie przedstawia rozkładów jazdy z uwagi na fakt, że są one przygotowywane na bieżąco z uwzględnieniem potrzeb przewozowych pasażerów.

W tzw. kursówkach Zamawiający podał liczbę autobusów obsługujących daną linię komunikacyjną, liczbę kursów, które mają być wykonane danym autobusem oraz czas rozpoczęcia danego kursu i czas jego zakończenia z rozbiciem na dni robocze, soboty, niedziele i święta. Kursówki tym samym zawierają dane nt. ilości pracy przewozowej dla przyszłego Wykonawcy zamówienia oraz informację na temat czasu pracy autobusów i kierowców.

Ponadto w piśmie z DU.260.42.2023 z dnia 1.02.2024 r. Zamawiający przedstawił informację dot. przystanków zlokalizowanych na terenie gmin, na których przewozy będą wykonywane.

2) ZARZUT DRUGI dot. postanowień projektu umowy na świadczenie usług przewozowych (załącznik nr 8 do SWZ)

2a) ZARZUT DRUGI LITERA (a)

Odnosnie terminu rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych Zamawiający przedstawił argumentację jak w odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 151/24

Dalej, Odwołujący chce podzielić okres przejściowy przed rozpoczęciem świadczenia usług przewozowych na dwa podokresy. W ocenie Zamawiającego oznacza to, że Wykonawca w ograniczonym zakresie będzie świadczył usługi w pierwszym miesiącu tylko 20 autobusami, a pełny zakres usług będzie świadczony dopiero od drugiego miesiąca.

Przyjęcie takiego rozwiązania oznaczałoby konieczność m.in. zmiany opisu przedmiotu zamówienia, wydzielenia linii komunikacyjnych i wozokilometrów realizowanych w pierwszym miesiącu, zmiany zapisów dot. okresów waloryzacji.

Oznaczałoby to też funkcjonowanie dwóch systemów informatycznych, związanych ze sprzedażą biletów i informacją pasażerską.

2b) ZARZUT DRUGI LITERA (b)

Zamawiający stwierdza, że nie występują przesłanki do zmiany postanowień umowy na świadczenie usług przewozowych.

Zgodnie z § 2 ust. 1 projektu umowy:

„1. Wykonawca będzie realizował usługi przewozowe zgodnie z zakresem rzeczowym, zwanym dalej „rocznym zakresem rzeczowym”.

Roczny zakres rzeczowy (bez kilometrów dojazdowych i zjazdowych) wynosi minimum **4 945 000** wozokilometrów w wymiarze każdych kolejnych 12 miesięcy począwszy od określonego w § 1 ust. 3 niniejszej umowy dnia rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych przez Wykonawcę. Zamawiający przewiduje prawo opcji w wymiarze do 10 % całkowitego zakresu rzeczowego wozokilometrów w okresie trwania umowy.”.

W § 1 projektu umowy określono, że usługi przewozowe realizowane będą przez okres 96 miesięcy (czyli pełne 8 lat).

W § 2 projektu umowy określono roczny zakres rzeczowy (bez kilometrów dojazdowych i zjazdowych) w wymiarze każdych kolejnych 12 miesięcy począwszy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych przez Wykonawcę.

W ocenie Zamawiającego istotą zmiany zaproponowanej przez Odwołującego w tym zarzucie nie jest podanie liczby wozokilometrów całkowitego zakresu rzeczowego w wymiarze 96 miesięcy, ale część z dnia w brzmieniu: „począwszy od określonego w § 1 ust. 3 niniejszej umowy terminu rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych danym typem taboru autobusowego przez Wykonawcę”.

Zapis ten stanowi konsekwencję żądanej przez Odwołującego zmiany § 1 ust. 3 projektu umowy i wprowadzenie dwóch terminów rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych:

a) 7 miesięcy – dla rozpoczęcia świadczenia usług przy wykorzystaniu autobusów elektrycznych zasilanych wodorem, przy czym nie wcześniej niż 01.11.2024 r.,

(b) 8 miesięcy – dla rozpoczęcia świadczenia usług przy wykorzystaniu autobusów o napędzie konwencjonalnym (diesel), przy czym nie wcześniej niż 01.11.2024 r.

Zamawiający w odpowiedzi na zarzut drugi litera (a) wykazał, że nie ma uzasadnienia dla wprowadzenia zmiany żądanej przez Odwołującego i wnioskował o oddalenie zarzutu.

2c) ZARZUT DRUGI LITERA (c)

Zamawiający stwierdza, że nie występują przesłanki do zmiany postanowień umowy na świadczenie usług przewozowych.

Zgodnie z § 2 ust. 6 projektu umowy:

„6. W przypadku, gdy wynikać to będzie z potrzeb przewozowych lub ze zmian tras linii komunikacyjnych związanych ze zmianą organizacji ruchu Zamawiający może zmniejszyć roczny zakres rzeczowy do 90% zakresu pierwotnego.”.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 4) ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U.2023.40 ze zm.) zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty należy do zadań własnych gminy. W szczególności zadania własne obejmują sprawy (...) lokalnego transportu zbiorowego.

Zaproponowana przez Odwołującego zmiana uniemożliwiłaby świadczenie usług przewozowych na liniach komunikacyjnych miejskich zgodnie z potrzebami przewozowymi mieszkańców.

Odwołujący żąda bowiem wprowadzenia automatycznej reguły, że jeżeli zmniejszeniu ulegnie liczba wozokilometrów wykonywanych danym – jednym typem pojazdów i o danym napędzie to automatycznie proporcjonalnie zmniejszona zostanie liczba wozokilometrów wykonywanych pozostałymi typami pojazdów o danym napędzie.

Odwołujący, jako profesjonalny podmiot realizujący umowy w zakresie przewozu osób nie powinien proponować takiej zmiany.

Zamawiający może zmniejszyć zakres rzeczowy, gdy wynikać to będzie z potrzeb przewozowych lub ze zmian tras linii komunikacyjnych związanych ze zmianą organizacji ruchu.

Zamawiający w załączniku do pisma DU.260.42.2023 z dnia 18.01.2024 r. przedstawił liczbę pojazdów, z podziałem na typ, przeznaczonych do obsługi danej linii, tj. określił ile pojazdów maxi i mega (tzw. przegubowców) będzie obsługiwało daną linię. Przypisanie typu pojazdu dot. danej linii wynika z potrzeb przewozowych mieszkańców, tam gdzie potrzeby są większe tam przewozy będą wykonywane tzw. przegubowcami. W przeciwnym przypadku skierowanie na daną linię autobusu mniejszego skutkowałoby tym, że część pasażerów pozostałaby na przystankach lub też autobusy jeździłyby przeładowane, co byłoby niebezpieczne dla pasażerów.

Przykład:

- z uwagi na przebudowę drogi lub remont wiaduktu kolejowego (w tym drugim przypadku nie jest to zadanie Zamawiającego, jest ono realizowane przez podmiot trzeci – PKP) należy zamknąć odcinek drogi np. 1 km. Przez okres 6 miesięcy przewozy nie będą wykonywane na tym odcinku, końcowy przystanek będzie przed miejscem przebudowy drogi /lokalizacji wiaduktu. Wszystkie przewozy na linii komunikacyjnej, której skrócono trasę wykonywane były autobusami mega.

Idąc tokiem rozumowania Odwołującego Zamawiający musiałby:

- skierować na tą linię komunikacyjną w miejsce autobusów mega część autobusów maxi (a te są za małe, by przewieźć wszystkich pasażerów), lub
- musiałby zmniejszyć liczbę kursów na innej linii /innych liniach gdzie przewozy wykonywane są autobusami maxi (choć badania potoków pasażerskich nie uzasadniałyby takiej zmiany), lub
- przeniósłby część autobusów mega na inne linie, gdzie są mniejsze potrzeby przewozowe i wystąpiłoby zjawisko tzw. „wożenia powietrza”.

Zamawiający ustalając na jakich liniach przewozy będą wykonywane autobusami elektrycznymi zasilanymi wodorem i autobusami ON uwzględnił także warunki drogowe. Dla przykładu na terenie Wałbrzycha oraz gmin z którymi zawarto porozumienia w zakresie lokalnego transportu zbiorowego znajdują się stare, wybudowane jeszcze przez II wojnę światową wiadukty kolejowe. Z uwagi na ich wysokość pod częścią z nich nie przejadą autobusy elektryczne zasilane wodorem (są one wyższe od autobusów ON).

Skutki wprowadzenia zmiany żądanej przez Odwołującego (związanej z ograniczeniem liczby wozokilometrów wykonywanych pojazdem o danym napędzie) byłyby takie same jak przedstawione powyżej skutki zmiany typu autobusu.

2d) ZARZUT DRUGI LITERA (d)

Zamawiający uwzględnił odwołanie i pismem DU.260.42.2023 z 1.02.2024 r. zmienił treść § 3 [Prawo opcji] ust. 4 Projektu Umowy zgodnie z żądaniem Odwołującego.

2e) ZARZUT DRUGI LITERA (e)

Zamawiający pismem DU.260.42.2023 z 1.02.2024 r. zmienił treść § 12 ust. 10 projektu umowy, tj. w § 12 ust. 10 w brzmieniu:

„10. Łączna maksymalna wysokość kar umownych naliczanych na podstawie postanowień niniejszej umowy nie może przekroczyć 20% całkowitego wynagrodzenia umownego netto za zakres podstawowy.”

otrzymał brzmienie:

„10. Łączna maksymalna wysokość kar umownych naliczanych na podstawie postanowień niniejszej umowy nie może przekroczyć 20% całkowitego wynagrodzenia umownego netto za zakres podstawowy określony § 10, ust 1, lit. d) niniejszej umowy.”

Prawo zamówień publicznych nie reguluje łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, które mogą dochodzić strony, pozostawiając to zamawiającemu, który decydując się na kary umowne musi jednocześnie przewidzieć dochodzony limit. Warto w tym miejscu również zaznaczyć, że zarówno Prawo zamówień publicznych jak i Kodeks cywilny nie zawierają dyrektyw co do wysokości poszczególnych kar umownych.

Zamawiający przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 czerwca 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1553/22.

2f) ZARZUT DRUGI LITERA (f)

Zamawiający pismem DU.260.42.2023 z 31.01.2024 r. zmienił postanowienia projektu umowy na świadczenie usług przewozowych i skreślił § 12 ust. 11 projektu umowy.

2g) ZARZUT DRUGI LITERA (g)

Zamawiający pismem DU.260.42.2023 z 1.02.2024 r. zmienił postanowienia projektu umowy na świadczenie usług przewozowych i § 14 ust. 1 w brzmieniu:

„1. Zamawiający oświadcza, że przekaze Wykonawcy autobusy na podstawie zawartej odrębnej umowy dzierżawy z Zamawiającym, w terminach:

- I transza sukcesywnie 14 autobusów elektrycznych zasilanych wodorem nie później niż na 2 tygodnie przez rozpoczęciem świadczenia usług,
- II transza sukcesywnie 6 autobusów elektrycznych zasilanych wodorem, lecz nie później niż do 20 sierpnia 2025 r., z uwzględnieniem zapisów Umowy Nr ZDKiUM/U-INW/127-W/2023 zawartej w dniu 22 listopada 2023 r. w Wałbrzychu pomiędzy Zamawiającym a Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. ul. Obornicka 46, Bolechowo – Osiedle, 62-005 Owińska i przepisów powszechnie obowiązujących,
- 6 autobusów ON używanych, do 3 dni licząc od dnia rozpoczęcia świadczenia usług, do czasu dostarczenia II transzy autobusów elektrycznych zasilanych wodorem.”

otrzymał brzmienie:

„1. Zamawiający oświadcza, że przekaze Wykonawcy autobusy na podstawie zawartych odrębnych umów z Zamawiającym:

a) umowy dzierżawy:

- I transza sukcesywnie 14 autobusów elektrycznych zasilanych wodorem nie później niż na 2 tygodnie przed rozpoczęciem świadczenia usług,

- II transza sukcesywnie 6 autobusów elektrycznych zasilanych wodorem, lecz nie później niż do 20 sierpnia 2025 r., z uwzględnieniem zapisów Umowy Nr ZDKiUM/U-INW/127-W/2023 zawartej w dniu 22 listopada 2023 r. w Wałbrzychu pomiędzy Zamawiającym a Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. ul. Obornicka 46, Bolechowo – Osiedle, 62-005 Owińska i przepisów powszechnie obowiązujących,

b) umowy użyczenia 6 autobusów ON używanych, od dnia rozpoczęcia świadczenia usług, do czasu dostarczenia II transzy autobusów elektrycznych zasilanych wodorem.

Zamawiający dopuszcza wykonywanie usługi w okresie przejściowym pojazdami Wykonawcy spełniającymi minimalne parametry zawarte w Załączniku nr 1 do umowy użyczenia. Zamawiający przekaze w użyczenie infrastrukturę informatyczną i techniczną do obsługi pasażerów i systemu biletowego w każdym z autobusów Wykonawcy.”.

Zgodnie z umową nr ZDKiUM/U-INW/127-W/2023 zawartą 22 listopada 2023 r. pomiędzy Zamawiającym a Solaris Bus&Coach sp. z o.o. (w wyniku rozstrzygniętego postępowania na do zadanie pn. Dostawa autobusów elektrycznych zasilanych wodorem, DU.260.18.2023) Wykonawca dostarczy Zamawiającemu 20 sztuk autobusów, w terminie do 31 lipca 2025 r.

Dostawa autobusów odbywać się będzie w dwóch transzach:

I transza – sukcesywnie 14 autobusów w terminie do 30.09.2024 r., lecz nie wcześniej niż od 20.08.2024 r.

II transza – sukcesywnie 6 autobusów w terminie do 31.07.2025 r.

Zamawiający przyjął, że jeden miesiąc (przyjęty październik 2024 r.) jest to czas związany m.in. z ostatecznym przejęciem autobusów, rejestracją autobusów, ubezpieczeniem autobusów, szkoleniami kierowców, przekazaniem autobusów Wykonawcy usług przewozowych (operatorowi).

Dlatego też zmieniając postanowienia § 14 ust. 1 projektu umowy skorygował błąd dot. formy prawnej przekazania autobusów ON. Zamawiający nie zmienił zapisów zgodnie z żądaniem Odwołującego, aby pierwsza transza autobusów elektrycznych zasilanych wodorem była przekazana już na 4 tygodnie przed rozpoczęciem świadczenia usług przewozowych i pozostawił termin 2 tygodni, który w tym procesie jest terminem realnym.

Wprowadzenie zaproponowanych przez Odwołującego w ust. 1 tiret pierwszy i tiret trzeci uszczegółowienia poprzez dodanie wyrażenia „zgodnie z § 1 ust. 3 lit. a umowy” wynika z

żądaną przez Odwołującego w zarzucie drugim litera (a) zmiany zmiany § 1 ust. 3 projektu umowy i wprowadzenie dwóch terminów rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych:

a) 7 miesięcy – dla rozpoczęcia świadczenia usług przy wykorzystaniu autobusów elektrycznych zasilanych wodorem, przy czym nie wcześniej niż 01.11.2024 r.,

(b) 8 miesięcy – dla rozpoczęcia świadczenia usług przy wykorzystaniu autobusów o napędzie konwencjonalnym (diesel), przy czym nie wcześniej niż 01.11.2024 r.

Zamawiający w odpowiedzi na zarzut drugi litera (a) wykazał, że nie ma uzasadnienia dla wprowadzenia zmiany żądanej przez Odwołującego i wnioskował o oddalenie zarzutu.

2h) ZARZUT DRUGI LITERA (h) – Waloryzacja - stanowisko Zamawiającego jak w odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 151/24

2i) ZARZUT DRUGI LITERA (i)

Zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 4) ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty należy do zadań własnych gminy. W szczególności zadania własne gminy obejmują sprawy (...) lokalnego transportu zbiorowego.

Tym samym niedopuszczalne jest wykreślenie z projektu umowy na świadczenie usług przewozowych zapisów o możliwości rozwiązania umowy, w przypadku gdy Wykonawca - z przyczyn leżących po jego stronie - w sposób nienależyty świadczy usługi przewozowe lub też ich nie świadczy, co potwierdzają nakładane na niego kary (np. kary za niewykonanie kursów, kary za wykonywanie kursów przed czasem) lub też znaczne podwyższenie poziomu kar, których naliczenia dałoby Zamawiającemu prawo do rozwiązania umowy.

W skrajnym przypadku wykreślenie § 20 ust. 2 projektu umowy na świadczenie usług przewozowych skutkowałoby tym, że przez okres 96 miesięcy usługi przewozowe byłyby na niskim poziomie, lub w pewnym zakresie nie byłyby świadczone, a Zamawiający nie miałby narzędzia, aby taką sytuację przerwać.

Zamawiający zmienił zapisy § 20 ust. 2 projektu umowy na świadczenie usług przewozowych i podniósł poziom kar z 1% na 3%. Ustęp ten otrzymał brzmienie:

„W przypadku, gdy naliczone w ciągu kolejnych dwóch miesięcy kary umowne, w każdym z tych dwóch miesięcy, przekroczą w sumie 3,0% przeciętnej miesięcznej kwoty wynagrodzenia Wykonawcy liczonej za ostatnie 3 miesiące, Zamawiający może rozwiązać umowę za 6-miesięcznym okresem wypowiedzenia liczoną na koniec miesiąca”.

3) ZARZUT TRZECI dot. postanowień projektu umowy dzierżawy autobusów elektrycznych zasilanych wodorem (załącznik nr 10 do SWZ)

3a) ZARZUT TRZECI LITERA (a)

1. W § 1 ust. 1 projektu umowy dzierżawy Zamawiający zawarł oświadczenie

„Wydierżawiający oświadcza, że na podstawie Umowy Nr ZDKiUM/U-INW/127-W/2023 zawartej w dniu 22 listopada 2023 r. w Wałbrzychu pomiędzy Zamawiającym a Solaris Bus &

Coach Sp. z o.o. ul. Obornicka 46, Bolechowo – Osiedle, 62-005 Owińska zwaną dalej Dostawcą, nabędzie 20 sztuk autobusów elektrycznych zasilanych wodorem i zamierza je oddać Dzierżawcy w dzierżawę na zasadach określonych w niniejszej umowie.”.

2. Odwołujący żąda rozbudowania § 1 ust. 1 projektu umowy dzierżawy poprzez dodanie oświadczeń jak w treści odwołania.

3. Uwzględniając postanowienia SWZ z załącznikami Zamawiający stwierdza, że nie ma przesłanek do wprowadzenia zapisów wnioskowanych przez Odwołującego.

Stan przydatności autobusów elektrycznych zasilanych wodorem zostanie opisany w protokole zdawczo-odbiorczym, o którym mowa w § 15 projektu umowy na świadczenie usług przewozowych (załącznik nr 8 do SWZ).

Ponadto Zamawiający:

- zmienił postanowienia § 13 projektu umowy dzierżawy (załącznik nr 10 do SWZ) który otrzymał brzmienie:

„Integralną częścią niniejszej umowy jest: „protokół zdawczo-odbiorczy” przekazanych Dzierżawcy autobusów.” (brzmienie przed zmianą: „Integralną częścią niniejszej umowy będzie wykaz przekazanych Dzierżawcy autobusów.”),

- w § 3 dodał ust. 3 w brzmieniu:

„3. Szczegółowy opis zakresu obsługi gwarancyjnej i pogwarancyjnej zawiera załącznik nr 1 do niniejszej umowy, stanowiący ogół zagadnień regulujących kwestie gwarancji, serwisu oraz autoryzacji, która jest udzielona Wydzierżawiającemu – przez dostawcę autobusów.”,

- dodał do umowy dzierżawy załącznik nr 1 pt. „GWARANCJA, SERWIS ORAZ AUTORYZACJA”.

4. Nie ma również uzasadnienia do wprowadzenia do projektu umowy zapisów, które powtarzają uregulowania zawarte w kodeksie cywilnym w art. 697, który brzmi:

„Dzierżawca ma obowiązek dokonywania napraw niezbędnych do zachowania przedmiotu dzierżawy w stanie niepogorszonym.”.

5. Zamawiający stwierdza, że nie ma podstaw do skądania przez niego jako Wydzierżawiającego autobusy elektryczne zasilane wodorem oświadczenia, że „istnieją techniczne i faktyczne możliwości tankowania przedmiotu dzierżawy na stacji wskazanej przez Zamawiającego, tj. na stacji PKN Orlen znajdującej się w Wałbrzychu”.

W pkt 5 załącznika nr 12 do SWZ zawarta jest informacja, że taka stacja powstanie. Nadto Zamawiający wskazuje wyłącznie na źródło gdzie takie zaopatrywanie w wodór będzie możliwe, jednocześnie nie nakładając na Wykonawcę obowiązku korzystania z niego.

3b) ZARZUT TRZECI LITERA (b)

Zamawiający uwzględnił odwołanie i § 1 ust. 3 w brzmieniu:

„3. Wydierżawione autobusy przeznaczone będą wyłącznie do wykonywania usług publicznych z zakresu przewozów autobusowych w ramach lokalnego transportu zbiorowego organizowanego przez Gminę Wałbrzych.”

otrzymał brzmienie:

„3. Wydierżawione autobusy przeznaczone będą wyłącznie do wykonywania usług publicznych z zakresu przewozów autobusowych w ramach lokalnego transportu zbiorowego organizowanego przez Gminę Wałbrzych na podstawie umowy zawartej pomiędzy Wydierżawiającym oraz Dzierżawcą w następstwie rozstrzygnięcia przeprowadzonego przez Wydierżawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie usług przewozowych w zakresie regularnego przewozu osób na liniach komunikacyjnych miejskich.”.

3c) ZARZUT TRZECI LITERA (c)

Zamawiający dokonał zmiany postanowień § 6 ust. 1 lit. f projektu umowy dzierżawy, który otrzymał brzmienie:

„f. za nieoddanie autobusów w ostatnim dniu obowiązywania niniejszej umowy z przyczyn leżących po stronie Dzierżawcy w wysokości 10.000,00 zł za każdy dzień za każdy autobus,”
(zapis przed zmianą:

„f. za nieoddanie autobusów w ostatnim dniu obowiązywania niniejszej umowy w wysokości 10.000,00 zł za każdy dzień za każdy autobus,”).

3d) ZARZUT TRZECI LITERA (d)

Zamawiający dokonał zmiany postanowień § 7 ust. 6 projektu umowy dzierżawy, który otrzymał brzmienie:

„6. W przypadku wyłączenia całości lub części Przedmiotu Dzierżawy z ruchu, z przyczyn nie leżących po stronie Dzierżawcy, Wydierżawiający na wniosek Dzierżawcy, w którym uzasadni i udowodni, że niewykonywanie kursów autobusami objętych niniejszą umową - było niezależne od Dzierżawcy, obniży wysokość czynszu proporcjonalnie z uwzględnieniem czasu wyłączenia autobusu z ruchu.

Zapewnienie zastępczego przedmiotu umowy spoczywać będzie na Dzierżawcy w ramach posiadanego taboru.”

(tekst przed zmianą: „6. Jakiegokolwiek wyłączenie całości lub części Przedmiotu Dzierżawy z ruchu nie zwalnia Dzierżawcy z obowiązku zapłaty czynszu, a zapewnienie zastępczego przedmiotu umowy spoczywać będzie na Dzierżawcy, a koszty ujęte będą w ramach działalności powierzonej.”).

3e) ZARZUT TRZECI LITERA (e)

Zamawiający nie uwzględnił zarzutu, uznając że żądania Odwołującego są zbyt daleko idące.

Dostawca autobusów zobowiązał się do dostawy pojazdów wodorowych w określonych transzach i terminach i stanowi to termin obowiązujący strony umowy.

W SWZ Zamawiający poinformował Wykonawców, że na terenie Wałbrzycha PKN Orlen wybuduje docelową stację tankowania wodorem i jednocześnie zapewni możliwości postawienia stacji mobilnej – na okres przejściowy do czasu wybudowania stacji docelowej. Wykonawca nie ma obowiązku korzystania z tych stacji, tankowanie pojazdów wodorowych może zapewnić we własnym zakresie.

Zadaniem Zamawiającego nie jest też organizacja wewnętrzna firmy. To Wykonawca sam ma podjąć decyzję, czy będzie korzystał z mobilnej stacji paliw, którą zapewni PKN Orlen czy też znajdzie innego dostawcę wodoru.

Zgodnie z § 12 ust. 4 projektu umowy na świadczenie usług przewozowych Zamawiający nie może obciążyć Wykonawcy karą umowną za przypadki określone w § 5 niniejszej umowy oraz w załączniku nr 5 do umowy, jeżeli przyczyna niewykonania lub nienależytego wykonania usługi lub naruszenia warunków umownych nie leży po stronie Wykonawcy.

Umowa dzierżawy nie zawiera kar za niewykonanie kursów.

Tym samym nie ma uzasadnienia do dodawania kolejnego zapisu dot. kar umownych.

3f) ZARZUT TRZECI LITERA (f)

Zapis § 10 ust. 1 ust. 3 projektu umowy dzierżawy brzmi:

„1. Wyzierżawiający zastrzega sobie prawo rozwiązania umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia, jeśli Dzierżawca: (...)

3) użyczy, wydzierżawi lub odda przedmiot dzierżawy do korzystania osobie trzeciej na podstawie innego tytułu prawnego bez pisemnej zgody Wyzierżawiającego,”.

Zamawiający nie uwzględnia odwołania, ponieważ kwestie wskazane w tym zarzucie reguluje art. 698 kodeksu cywilnego.

Art. 698. § 1. Bez zgody wydzierżawiającego dzierżawca nie może oddawać przedmiotu dzierżawy osobie trzeciej do bezpłatnego używania ani go poddzierżawiać.

§ 2. W razie naruszenia powyższego obowiązku wydzierżawiający może dzierżawę wypowiedzieć bez zachowania terminów wypowiedzenia.

Ponadto § 10 ust. 1 ust. 3 projektu umowy dzierżawy pozostaje w związku z § 1 ust. 4 projektu

umowy, który stanowi, co następuje:

„4. Dzierżawca nie może bez zgody Wyzierżawiającego ustanawiać na Przedmiocie Dzierżawy jakichkolwiek praw na rzecz osób trzecich, przenieść swoich praw wynikających z umowy na osoby trzecie, ani też w ramach jakiegokolwiek stosunku faktycznego lub prawnego wydawać Przedmiot Dzierżawy osobie trzeciej.”.

3g) ZARZUT TRZECI LITERA (g)

Zamawiający dokonał zmiany postanowień § 11 projektu umowy dzierżawy, który otrzymał brzmienie:

„Z uwzględnieniem zdania następnego, umowa dzierżawy obowiązuje od daty zawarcia do dnia zakończenia realizacji przez Dzierżawcę usługi przewozowej na podstawie umowy, o której mowa w § 1 ust. 3 niniejszej umowy. Dzierżawa poszczególnego autobusu (wchodzącego w skład Przedmiotu Dzierżawy) obejmuje okres od daty wydania go Dzierżawcy, do dnia zakończenia realizacji przez Dzierżawcę usługi przewozowej na podstawie umowy, o której mowa w § 1 ust. 3 niniejszej umowy.”

(brzmienie przed zmianą:

„Umowa obowiązuje od daty zawarcia do dnia 31 października 2032 r., przy czym dzierżawa poszczególnego autobusu obejmuje okres od daty wydania go Dzierżawcy, do dnia zakończenia okresu obowiązywania umowy.”).

4) ZARZUT CZWARTY dot. postanowień § 3 projektu umowy użyczenia autobusów napędzanych ON (załącznik nr 11 do SWZ)

Zamawiający, uwzględniając zakres odwołania, zmienił postanowienia § 3 projektu umowy użyczenia, który otrzymał brzmienie:

„Autobusy zostają użyczone Biorącemu do używania w celu realizacji umowy na „Świadczenie usług przewozowych w zakresie regularnego przewozu osób na liniach komunikacyjnych miejskich”, na okres nie dłuższy niż do dnia 20 sierpnia 2025 r.

W przypadku, gdy dostawa II tranzy autobusów przez Solaris Bus & Coach Sp. z o.o., będzie opóźniona, termin obowiązywania niniejszej umowy zostanie przedłużony, na podstawie odrębnego aneksu.”.

Wykonawca "PRZEDSIĘBIORSTWO KOMUNIKACJI SAMOCHODOWEJ W GRODZISKU MAZ." SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim oraz RELOBUS TRANSPORT POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Toruniu zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestników postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołań, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez nich szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 151/24 oraz KIO 166/24 wykonawcę "PRZEDSIĘBIORSTWO KOMUNIKACJI SAMOCHODOWEJ W GRODZISKU MAZ." SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim oraz w sprawie o sygn. akt KIO 166/24 wykonawcę RELOBUS TRANSPORT POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Toruniu. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonymi przystąpieniami zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawcy skutecznie zgłosili swoje przystąpienia do postępowań odwoławczych, stając się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba w sprawie o sygn. akt KIO 151/24 zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone przez Odwołującego wraz z odwołaniem, tj. treść e-maila z 8 stycznia 2024 r. na posiedzeniu z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania, a mianowicie: korespondencję e-mail, dokument pod nazwą „Warsztat do obsługi pojazdów wyposażonych w ogniwo paliwowe”, prezentacja – opracowanie własne, pismo z 3 listopada 2023 r, harmonogram prac.

Izba w sprawie o sygn. akt KIO 151/24 pominęła dowody złożone przez:

- 1) Odwołującego wraz z odwołaniem, tj. umowy o pracę, kartoteki płac
- 2) Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie, tj. pismo DU.260.42.2023 z 1.02.2024 r. z potwierdzeniem publikacji na stronie internetowej prowadzonego postępowania, skan umowy Nr ZDKiUM/U-WB/13B-W/2022 oraz na posiedzeniu z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania, tj. waloryzacja stawki wzkm w umowie na świadczenie usług komunikacyjnych dla miasta Wałbrzycha – lata 2012 do 2022, prognoza stawki wzkm w kontrakcie na lata 2024 do 2023 z uwzględnieniem rodzajów i typów pojazdów jako nieistotne dla rozstrzygnięcia sprawy bowiem ww. dowody dotyczyły zarzutu oznaczonego jako nr 3) w petitum odwołania a w tym zakresie Izba umorzyła postępowanie odwoławcze.

Izba w sprawie o sygn. akt KIO 166/24 zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody złożone przez Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Stan faktyczny pomiędzy Stronami i Uczestnikiem postępowania nie był sporny. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest świadczenie usług przewozowych w zakresie regularnego przewozu osób na liniach komunikacyjnych miejskich.

Treść postanowień specyfikacji warunków zamówienia, umowy o świadczenie usług przewozowych, umowy dzierżawy została przytoczona w odwołaniach, odpowiedziach na odwołania i odpowiada rzeczywistości, wobec czego za zbędne należy uznać ich powtarzanie.

Izba dała wiarę w całości dowodom z dokumentów postępowania złożonych przez Zamawiającego oraz Odwołującego gdyż nie były one przez Strony kwestionowane, a Izba nie znalazła podstaw, aby z urzędu podważać ich wiarygodność.

Izba zważyła, co następuje:

KIO 151/24

I. Umorzenie postępowanie odwoławczego w zakresie zarzutu nr 2) i 3)

Art. 520 ustawy Pzp stanowi, że: w ust 1 – odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a w ust. 2 – cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp 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. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Zgodnie z art. 568 ustawy Pzp Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku: 1) cofnięcia odwołania; 2) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne; 3) o którym mowa w art. 522.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 2), wobec jego uwzględnienia przez Zamawiającego w części dotyczącej udostępnienia załącznika nr 1.

Nadto, Zamawiający oświadczył, że udostępni informacje o stanie technicznym autobusów w zakresie: 1. stan silnika, kiedy nastąpiła naprawa główna - jeżeli dotyczy; 2. naprawy główne: skrzyni biegów, silnika, mostu napędowego – jeżeli dotyczy; 3. Stan układu hamulcowego, pneumatycznego. Zamawiający oświadczył również, że umożliwi wykonawcom odbycie wizji lokalnej. W pozostałej części Odwołujący cofnął odwołanie.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 3) Zamawiający zmodyfikował postanowienia dotyczące waloryzacji. Nadto na rozprawie Zamawiający oświadczył, że doprecyzuje zaskarżone postanowienie dodając: *"W dniu rozpoczęcia pracy przewozowej w kwartale, w którym następuje waloryzacja do ceny bazowej 1kg paliwa wodorowego ustalonej na dzień składania ofert w wysokości 56 zł za kg netto".* Zamawiający zmieni brzmienie postanowienia §19 ust. 8 umowy w następujący sposób: *"Wskaźniki określone od ust. 8 do ust. 11 dotyczące waloryzacji dokonywanej co 12 miesięcy odnoszą się do kolejnych następujących po sobie 12 miesięcy, przy czym pierwsza waloryzacja nastąpi od 01.02.2025. Każda kolejna waloryzacja będzie dokonywana względem stawki już zwaloryzowanej w poprzedniej waloryzacji. Waloryzacja cen paliwa wodorowego i oleju napędowego będzie przeprowadzana w okresach kwartalnych, przy czym pierwsza waloryzacja nastąpi od dnia rozpoczęcia świadczenia usług. Bazą do kolejnych waloryzacji będzie stawka obowiązująca w poprzednim kwartale."*

Odwołujący oświadczył, że wprowadzone zmiany są zgodne z jego żądaniem. Co za tym idzie postępowanie odwoławcze w tym zakresie stało się zbędne.

II. Uwzględnienie odwołania

Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp *Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.*

Zgodnie z art. 353¹ ustawy Kodeks cywilny *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.*

Art. 5 ustawy Kodeks cywilny 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. 8 ustawy Pzp *Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.*

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.*

Izba uznała, że zarzut oznaczony jako nr 1) zasługiwał na uwzględnienie.

Twierdzenia Odwołującego, że wskazana przez Zamawiającego data rozpoczęcia świadczenia usług nie daje wykonawcy odpowiedniego okresu na przygotowanie się do świadczenia usługi zasługuje na aprobatę. Przy czym wniosek o zmianę terminu w ten sposób aby termin rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych wynosił 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy nie mógł zostać uznany za uzasadniony. Izba nie jest związana żądaniami odwołania i może orzec inaczej, niż wnosił Odwołujący.

Odwołujący nie przedłożył żadnego dowodu na potwierdzenie, że termin 12 miesięczny jest terminem minimalnym. Z załączonych dowodów wynika jedynie, że termin wskazany przez Zamawiającego jest niewystarczający i z tym Izba się zgodziła.

Ze wstępnych konsultacji rynkowych oraz ze stanowiska odwołującego "MOBILIS" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie wynika, że termin 8 miesięczny jest terminem możliwym do nabycia autobusów wymaganych przez Zamawiającego. Odwołujący przystąpił do postępowania odwoławczego o sygn. akt 166/24 po stronie odwołującego i stanowiska "MOBILIS" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie w tym zakresie nie kwestionował.

Odnosząc się do bazy/zaplecza technicznego – Odwołujący nie zdołał wykazać, że wskazany w harmonogramie czas na adaptację bazy należy uznać za prawidłowy. Odwołujący nawet nie próbował udowodnić czasu dostawy prefabrykatów jak również czasu przeznaczanego na prace budowlane. Nie wiadomo iloma zespołami firma mająca zająć się ewentualną adaptacją pomieszczenia na bazę dysponuje, jakim zapleczem sprzętowym. Nie wiadomo czy przy zwiększeniu zespołów, wprowadzeniu pracy zmianowej termin wskazany w harmonogramie nie mógłby ulec skróceniu.

Ze wstępnych konsultacji rynkowych wynika, że czas potrzebny na wybudowanie bazy powinien wynosić 12 miesięcy. Czas budowy bazy MPK Poznań był jeszcze dłuższy. Co jednak istotne w przedmiotowej sprawie Odwołujący nie będzie budował bazy od podstaw zatem czas potrzebny na adaptacje co do zasady powinien być krótszy.

Odwołujący zobowiązany był udowodnić, że termin przyjęty przez Zamawiającego jest nierealny, z kolei termin wskazany przez Odwołującego jest terminem najkrótszym. Zdaniem Izby Odwołujący wskazał termin przez niego oczekiwany, a nie obiektywnie minimalny.

I. Umorzenie postępowanie odwoławczego w zakresie zarzutów wskazanych w punkcie III odwołania:

(1) lit. (b), (c); (2) lit. (b), (d), (f), (g) w części dotyczącej zmiany terminu przekazania przez Zamawiającego pierwszej transzy autobusów elektrycznych zasilanych wodorem, (h) w części dotyczącej stawki bazowej, (i) w części dotyczącej określenia terminu do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy oraz w zakresie zamiennego używania pojęć „rozwiązanie” i „odstąpienie”; (3) lit. (a), (b), (c), (d), (f), (g) oraz (4).

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, przepisy stanowiące podstawą prawną zapadłego rozstrzygnięcia Izba wskazuje, że w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdują przepisy art. 520 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 522 ust. 4 ustawy Pzp, art. 568 pkt 1) i 2) ustawy Pzp. Treść wskazanych przepisów została przytoczona powyżej, wobec czego za zbędne należy uznać ich powtarzanie.

Zamawiający uwzględnił zarzuty oznaczone jako nr (1) lit. (b), (2) lit. (d) i lit. (f), 3) lit. (b), lit. (c), lit. (f) oraz lit. (g), (4). Zamawiający uwzględnił również zarzut oznaczony jako (3) lit. (d) i oświadczył, że zmieni treść § 7 ust. 6 projektu umowy dzierżawy w następujący sposób: *„w przypadku wyłączenia całości lub części przedmiotu dzierżawy z ruchu z przyczyn nie leżących po stronie dzierżawcy, wydzierżawiający na wniosek dzierżawcy, w którym uzasadni i udowodni, że wyłączenie przedmiotu dzierżawy nastąpiło z przyczyn nie leżących po jego stronie, obniży wysokość czynszu proporcjonalnie z uwzględnieniem czasu wyłączenia autobusu/autobusów z ruchu (...)*”. Pozostała część postanowienia pozostaje bez zmian.

Zamawiający uwzględnił również zarzut oznaczony jako (3) lit. (a) i oświadczył, że dokona zmiany treści §1 ust. 5 projektu umowy dzierżawy poprzez dodanie: *„Strony zgodnie postanawiają, że obowiązek dzierżawcy zachowania Przedmiotu Dzierżawy w stanie nie pogorszonym nie dotyczy jakichkolwiek wad objętych odpowiedzialnością producenta (gwaranta) lub usuwanych przez dzierżawcę posiadającego autoryzację producenta autobusów.”*

W wyżej wskazanym zakresie Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 2) ustawy Pzp w zakresie zarzutów wskazanych poniżej:

(1) lit. (c) - Zamawiający oświadczył, że zmieni termin składania ofert nie wcześniej niż na dzień 15 marca 2024 r. godz. 12.00. Odwołujący oświadczył, że wprowadzone zmiany są zgodne z jego żądaniem.

(2) lit. (b) – Zamawiający oświadczył, że doprecyzuje pojęcia „całkowity zakres rzeczowy”, „zakres pierwotny”, „zakres roczny” wskazane w § 2 ust. 1 projektu umowy na świadczenie usług przewozowych. Odwołujący oświadczył, że wprowadzone zmiany są zgodne z jego żądaniem.

(2) lit. (g) w części dotyczącej zmiany terminu przekazania przez Zamawiającego pierwszej transzy autobusów elektrycznych zasilanych wodorem – Zamawiający oświadczył, że zmieni treść § 14 ust. 1 tiret pierwsze projektu umowy na świadczenie usług przewozowych w ten sposób, że przekaze wykonawcy autobusy „nie później niż na 4 tygodnie przed terminem rozpoczęcia świadczenia usług.”

(2) lit. (h) w części dotyczącej stawki bazowej – Zamawiający oświadczył, że dokona zmiany jak w sprawie o sygn. akt KIO 151/24.

(2) lit. (i) w części dotyczącej określenia terminu do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy oraz w zakresie zamiennego używania pojęć „rozwiązanie” i „odstąpienie” - Zamawiający oświadczył, że zmieni treść § 20 ust. 2 projektu umowy na świadczenie usług przewozowych w ten sposób, że doda "(...) wówczas złożenie przez Zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od umowy może nastąpić w terminie 30 dni kalendarzowych od dnia przekroczenia tego limitu kar umownych naliczonych wykonawcy". Zamawiający zobowiązał się dostosować pojęcie „odstąpienie” do pozostałej części postanowienia tj. sformułowanie "rozwiązanie umowy" zastąpi "odstąpienie od umowy".

II. Uwzględnienie 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 w części w zakresie zarzutów opisanych w punkcie III odwołania oznaczonych jako: (1) lit. (a); (2) lit. (a); (3) lit. (e).

(1) lit. (a) – dot. warunku udziału w postępowaniu

Zgodnie z art. 112 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 4) 1. *Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.* 2. *Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: (...) 4) zdolności technicznej lub zawodowej.*

Art. 116 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm*

zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 10) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami.

Określenie przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu ma na celu dopuszczenie do udziału tylko tych wykonawców, którzy są zdolni do wykonania zamówienia i dają rękojmię należytego wykonania przyszłej umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Co za tym idzie postawione warunki udziału powinny umożliwiać weryfikację przez zamawiającego, czy dany wykonawca jest w stanie należycie wykonać przedmiot zamówienia. Zdaniem Izby warunek określony w dziale IV pkt 2 ppkt 4 lit b SWZ ww. celu nie spełnia.

Argumentacja Odwołującego dotycząca warunku udziału w postępowaniu zasługuje na aprobatę w całości. W pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę, że Zamawiający przewidział tzw. okres przejściowy na nabycie autobusów – skoro wykonawca, zgodnie z umową ma 7 miesięcy na nabycie autobusów to wbrew logice jest oczekiwanie, że będzie on miał do dyspozycji autobusy już na etapie składania ofert.

Dalej, autobusy mają być wyprodukowane w 2024, a skoro tak, to na dzień składania ofert nie ma możliwości aby wykonawca dysponował określonymi przez Zamawiającego autobusami, mało tego nie dysponuje nimi również producent.

Biorąc powyższe pod rozwagę, warunek udziału w postępowaniu nie posłuży ocenie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Rację ma Odwołujący twierdząc, że warunek jest pozorny.

Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że wykonawca może mieć możliwość dysponowania 42 autobusami np. w oparciu o umowę przedwstępną. Umowa przedwstępna to umowa, przez którą jedna ze stron lub obie zobowiązując się do zawarcia w przyszłości z góry oznaczonej umowy (umowy przyrzeczonej). Charakter tej umowy nie

pozwała na uznanie, że wykonawca dysponuje czy też może dysponować wskazanymi przez Zamawiającego autobusami.

(2) lit. (a) – dot. terminu rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, przepisy stanowiące podstawą prawną zapadłego rozstrzygnięcia Izba wskazuje, że w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdują przepisy art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Treść wskazanych przepisów został przytoczona powyżej, wobec czego za zbędne należy uznać ich powtarzanie.

Odwołujący nie wykazał zasadności podziału okresu przejściowego przed rozpoczęciem świadczenia usług przewozowych na dwa podokresy.

Jak wskazano w uzasadnieniu do sprawy o sygn. akt KIO 151/24 data rozpoczęcia świadczenia usług wskazana przez Zamawiającego nie daje wykonawcy odpowiedniego okresu na przygotowanie się do świadczenia usługi. Z konsultacji rynkowych jak również z oświadczenia Odwołującego wynika, że termin 8 miesięczny jest wystarczający na przygotowanie się wykonawcy do świadczenia usługi przewozu.

(3) lit. (e) – dot. projektu umowy dzierżawy

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, przepisy stanowiące podstawą prawną zapadłego rozstrzygnięcia Izba wskazuje, że w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdują przepisy art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Treść wskazanych przepisów został przytoczona powyżej, wobec czego za zbędne należy uznać ich powtarzanie.

Na uwzględnienie zasługiwał również zarzut dotyczący braku w umowie dzierżawy postanowień o zakresie odpowiedzialności stron umowy w sytuacji braku dostarczenia autobusów elektrycznych zasilanych wodorem przez Zamawiającego w terminie określonym w umowie dzierżawy, braku zapewnienia przez PKN Orlen S.A. stacji mobilnej tankowania wodorem oraz braku dostarczenia wodoru do stacji PKN Orlen S.A.

Niewątpliwie, co zresztą sam Zamawiający zauważył na rozprawie, brak stacji tankowania wodorem uniemożliwi świadczenie usług przewozowych za pomocą autobusów wodorowych. Nie mają istotnego znaczenia w sprawie gołosłowne twierdzenia Zamawiającego, że PKN ORLEN S.A. wybuduje stację docelową, ale na okres przejściowy postawi stację mobilną. A już tym bardziej nie zasługują na aprobatę twierdzenia Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, mianowicie: *„Zadaniem Zamawiającego nie jest też organizacja wewnętrzna firmy. To Wykonawca sam ma podjąć decyzję, czy będzie korzystał z mobilnej stacji paliw, którą zapewni PKN Orlen czy też znajdzie innego dostawcę wodoru”* w sytuacji, gdy sam Zamawiający na rozprawie wskazał, że najbliższa stacja tankowania oddalona jest o 270 km od miejsca świadczenia usługi przewozu. Co istotne i bezsporne, po zatankowaniu autobus może przejechać 350 km. Co

w sytuacji, gdy PKN ORLEN S.A. nie udostępni stacji mobilnej – tego Zamawiający nie wie, Izba zresztą też nie. Pewne jest jedno, bez paliwa świadczenie usług przewozowych autobusami wodorowymi nie będzie możliwe.

III. Oddalenie odwołania

W pozostałym zakresie odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, przepisy stanowiące podstawą prawną zapadłego rozstrzygnięcia Izba wskazuje, że w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdują przepisy art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Treść wskazanych przepisów został przytoczona powyżej, wobec czego za zbędne należy uznać ich powtarzanie. Nadto zastosowanie znajdują przepisy art. 483 Kodeksu cywilnego, art. 439 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 433 pkt 2 ustawy Pzp.

Art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego stanowi, że *Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).*

Zgodnie z art. 439 ust. 1 ustawy Pzp *Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.*

Zgodnie z art. 433 pkt 2 ustawy Pzp *Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem.*

(2) lit. (c) – dot. § 2 ust. 6 projektu umowy na świadczenie usług przewozowych

Odwołujący wnosił o zmianę treści § 2 ust. 6 projektu umowy na świadczenie usług przewozowych w ten sposób, że Zamawiający może zmniejszyć roczny zakres rzeczowy do 90% zakresu pierwotnego, *przy czym zmniejszenie pracy przewozowej może być wyłącznie proporcjonalne do – określonej zgodnie z formularzem cenowym – pracy przewozowej autobusów poszczególnych typów i napędów wykorzystywanych przez wykonawcę do realizacji usług przewozowych.*

Izba w pełni podziela argumentację Zamawiającego w tym zakresie. Zamawiający może zmniejszyć zakres rzeczowy, gdy wynikać to będzie z potrzeb przewozowych lub ze zmian tras linii komunikacyjnych związanych ze zmianą organizacji ruchu. Nie sposób zatem uznać za zasadne proporcjonalne zmniejszenie wszystkich przewidzianych do realizacji umowy autobusów i napędów.

(2) lit. (e) – dot. § 12 ust. 10 projektu umowy na świadczenie usług przewozowych

Tytułem wstępu, kara umowna to narzędzie które ma zabezpieczać interesy zamawiającego, pełni funkcję stymulacyjną, dyscyplinującą wykonawcę do prawidłowego realizowania zamówienia publicznego. Kara umowna aby spełniała swoją funkcję powinna być odczuwalna dla wykonawców.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że określona przez niego *łącznie wielkość kar umownych jest nieproporcjonalnie wysoka w stosunku do wartości wynagrodzenia wykonawcy za zakres podstawowy*. Zdaniem Odwołującego *postanowienie to zaburza równowagę kontraktową Stron*. Rację ma Zamawiający, że obowiązujące przepisy nie określają limitu kar, pozostawiając to w gestii zamawiającego.

Aby uwzględnić odwołanie ww. zakresie i zmniejszyć łączną maksymalną wysokość kar umownych nie jest wystarczające stwierdzenie, że kara umowna jest *nieproporcjonalnie wysoka*. Konieczne jest ustalenie, że jest rażąco wygórowana, jest niewspółmierne do celów i założeń, jakim ma służyć to szczególne zastrzeżenie umowne.

W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, że wskazany w odwołaniu limit kar umownych jest rażąco wygórowany i może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego.

Odwołujący nie przedstawił przekonującej argumentacji, która uzasadniałaby zmianę postanowień w tym zakresie.

(2) lit. (g) - dot. § 14 ust. 1 tiret pierwsze i trzecie projektu umowy na świadczenie usług przewozowych

Wprowadzenie zaproponowanych przez Odwołującego w ust. 1 tiret pierwszym i tiret trzecim umowy na świadczenie usług przewozowych uszczegółowienia poprzez dodanie wyrażenia „zgodnie z § 1 ust. 3 lit. a umowy” wynika z żądania przez Odwołującego w zarzucie oznaczonym jako nr (2) lit. (a) zmiany § 1 ust. 3 projektu umowy i wprowadzenie dwóch terminów rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych. Izba uwzględniła zarzut nr (2) lit. (a) ale nie poprzez wprowadzenie dwóch terminów rozpoczęcia świadczenia usług tylko poprzez zmianę terminu rozpoczęcia świadczenia usług. W związku z powyższym zarzut w tym zakresie podlegał oddaleniu.

(2) lit. (h) – dot. waloryzacji wynagrodzenia

Odwołujący oświadczył, że podtrzymuje zarzut w części w zakresie waloryzacji kwartalnej wszystkich składników wynagrodzenia (nie tylko paliwa i oleju), mianowicie wynagrodzenia i pozostałych kosztów. Zdaniem Odwołującego klauzula waloryzacyjna jest pozorna m.in. z uwagi na to, że wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia stosownych dowodów w zakresie wzrostu cen. W ocenie Odwołującego waloryzacja powinna być dokonywana niejako automatycznie, bez konieczności wykazywania wpływu zmiany wysokości płacy minimalnej i wzrostu pozostałych kosztów na koszty wykonania przedmiotu umowy.

Twierdzenia Odwołującego nie zasługują na aprobatę. Izba nie dała wiary wyjaśnieniom Odwołującego co do twierdzeń o konieczności podwyższania wynagrodzenia pracownikom, zatrudnionym w oparciu o umowę o pracę z wynagrodzeniem wyższym niż minimalne wynagrodzenie za pracę, każdorazowo w sytuacji wzrostu płacy minimalnej. Odwołujący z jednej strony twierdzi, że zaniechanie podwyższenia wynagrodzenia może skutkować utratą doświadczonych kierowców, z drugiej jednak twierdzi, że podwyższa wynagrodzenia kierowcom dopiero wtedy, gdy zamawiający zwaloryzuje wynagrodzenie Odwołującego.

Nawet gdyby przyjąć, że Odwołujący każdorazowo podwyższa wynagrodzenie kierowców w sytuacji wzrostu płacy minimalnej i zmiana ta wpływa na koszty wykonania przedmiotu umowy, to przecież nic nie stoi na przeszkodzie aby Odwołujący fakt ten wykazał.

Izba nie dała również wiary wyjaśnieniom Odwołującego co do twierdzeń, że w sytuacji spadku cen, wynagrodzenia pracownikom obniża. Po pierwsze dlatego, że Odwołujący tego nie wykazał. Po drugie jest to sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego. Odwołujący przecież twierdzi, że zaniechanie podwyższenia wynagrodzenia, w przypadku wzrostu płacy minimalnej, skutkuje utratą doświadczonych kierowców. Trudno zatem przyjąć, że kierowcy zgodziliby się na obniżenie wynagrodzenia.

Zadaniem waloryzacji jest urealnienie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia publicznego. Zmiana wynagrodzenia nie powinna być dokonywana automatycznie, powinna ona odzwierciedlać realny wpływ zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał aby postanowienia umowy dotyczące waloryzacji wynagrodzenia naruszały w sposób rażący równowagę kontraktową stron i jako takie były sprzeczne z naturą stosunku umowy o udzielenie zamówienia publicznego oraz zasadami współżycia społecznego.

(2) lit. (i) – dot. § 20 ust. 2 projektu umowy na świadczenie usług przewozowych

Izba podziela stanowisko Zamawiającego o braku możliwości wykreślenia z projektu umowy na świadczenie usług przewozowych zapisów o możliwości odstąpienia od umowy. Zamawiający częściowo uwzględnił zarzut i dokonał zmian w treści zaskarżonego postanowienia.

W ocenie Izby, nie zostało wykazane, że treść § 20 ust. 2 projektu umowy na świadczenie usług przewozowych narusza wskazane w odwołaniu przepis ustawy Pzp i Kodeksu cywilnego.

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), ust. 2 pkt 1) oraz ust. 3 pkt 1) i 2) w zw. z § 5 pkt 1) i 2) lit. b) i d) w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 574 ustawy Pzp do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis i uzasadnione koszty stron i uczestników postępowania odwoławczego wnoszących sprzeciw. Dalej, zgodnie z art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Z § 2 ust. 1 pkt 2) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu na usługi o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 15 000 złotych.

Zgodnie z § 5 pkt 1) i 2) lit. b) i d) rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę, wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 PLN, inne uzasadnione wydatki.

Z kolei § 7 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia stanowi, że *w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi zamawiający; a Izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2).*

§ 7 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia stanowi, że *W przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą: odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części.*

§ 7 ust. 2 pkt 1) i 2) rozporządzenia stanowi, że *W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela: 1) wpis stosunkowo, zasądając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła; 2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty*

wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw.

KIO 151/24 – Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 złotych uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania. Odwołanie zostało uwzględnione przez Izba zatem koszty w całości ponosi Zamawiający.

KIO 166/24 – Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 złotych uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 złotych poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 1 128 złotych stanowiącą $\frac{1}{2}$ kosztu poniesionego przez Zamawiającego tytułem noclegu oraz wynagrodzenia pełnomocnika

Z ośmiu zarzutów 3 okazały się zasadne. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem Odwołujący w części $\frac{5}{8}$ i Zamawiający w części $\frac{3}{8}$. Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5 625 złotych stanowiącą $\frac{3}{8}$ sumy kosztów poniesionych przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Izba zniósła wzajemnie między Stronami koszty poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz noclegu.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: