

WYROK
z dnia 12 listopada 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 4 listopada 2019 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2019 roku przez wykonawcę Nextbike Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie podniesionych zarzutów:

- naruszenia art. 353¹ i art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczących braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia (punkt II uzasadnienia),
- naruszenia art. 353¹ i art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczących opisu przedmiotu zamówienia w zakresie zgłoszenia usterki roweru (punkt IV uzasadnienia),
- naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczących opisu przedmiotu zamówienia w zakresie stojaków rowerowych, terminali (punkt V uzasadnienia),
- naruszenia art. 353¹ i art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczących terminu realizacji (punkt VI uzasadnienia),
- naruszenia art. 29 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 353¹ i art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 14 ust. 1 i art. 139

ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczących zatrudnienia na podstawie umowy o pracę (punkt VIII uzasadnienia).

2. Oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Nextbike Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Nextbike Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Wykonanie usługi polegającej na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu o nazwie Łódzki Rower Publiczny (LRP)*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 października 2019 roku pod numerem 2019/S 195-474259, w tym samym dniu Zamawiający opublikował Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia.

21 października 2019 roku działając na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności dokonanej przez Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) i ogłoszenia o zamówieniu w Postępowaniu w sposób sprzeczny z ustawą Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 29 ust. 1 ustawy przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego oraz umożliwiający dokonanie wyceny przedmiotu oferty;
- 2) art. 29 ust. 2 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
- 3) art. 29 ust. 3a ustawy przez określenie liczby osób w stosunku do których Zamawiający nałożył na wykonawcę/podwykonawcę obowiązek zatrudnienia ich na podstawie umowę o pracę;
- 4) art. 353¹ i art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz.U. z 2017 r., poz. 459) (dalej: „kc”) w związku art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy przez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów przez określanie warunków umowy w sposób sprzeczny z zasadą równości i zasadą uczciwej konkurencji, obciążenie wykonawcy nadmiernymi obowiązkami i ryzykiem;

- 5) art. 353¹ i art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz.U. z 2017 r., poz. 459) (dalej: „kc”) w związku z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1, art. 29 ust. 2 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie terminu realizacji zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję, rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów, z zasadą równości, obciążenie wykonawcy nadmiernymi obowiązkami i ryzykiem;
- 6) art. 353¹, art. 473 § 1, art. 5 kc w związku art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy przez wprowadzenie do wzoru umowy zasadę odpowiedzialności wykonawcy de facto na zasadzie ryzyka za nienależyte wykonanie lub niewykonanie zamówienia, co stanowi rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów przez określanie warunków umowy w sposób sprzeczny z zasadą równości i zasadą uczciwej konkurencji, obciążenie wykonawcy nadmiernymi obowiązkami i ryzykiem a ponadto Zamawiający zaniechał oznaczenia okoliczności, które będą uzasadniać odpowiedzialność wykonawcy, jeśli nienależyte wykonanie lub niewykonanie zamówienia nastąpi nie z jego winy;
- 7) art. 7 ust. 1 ustawy przez przygotowanie i prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian treści SIWZ zgodnie z żądaniami określonymi w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbki ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego. Szkada ta wynika z faktu, iż kwestionowane postanowienia SIWZ, w tym nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia, uniemożliwiają Odwołującemu prawidłową kalkulację oferty, oszacowanie ryzyka, ustalenie przedmiotu zamówienia i złożenie oferty w Postępowaniu oraz prowadzą do nierównego traktowania potencjalnych wykonawców i naruszenia uczciwej konkurencji. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy do wniesienia odwołania.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty.

Odwołujący na wstępie wskazał, że opis przedmiotu zamówienia w Postępowaniu

został dokonany z naruszeniem art. 29 ust. 1 ustawy, ponieważ nie określa szeregu istotnych elementów. Opis przedmiotu zamówienia w Postępowaniu został dokonany z naruszeniem art. 29 ust. 2 ustawy, ponieważ dobrane przez Zamawiającego zestawienia parametrów preferują konkretnego wykonawcę, a przy tym nie są obiektywnie uzasadnione. Powyższe uniemożliwia złożenie konkurencyjnej oferty przez Odwołującego się i innych producentów/dostawców. Odwołujący podkreślił, że preferujące konkretnego wykonawcę parametry nie mają funkcjonalnego uzasadnienia, a pozostawienie tych rozwiązań nie będzie miało wpływu na potrzebne Zamawiającemu wartości użytkowe przedmiotu zamówienia, natomiast jedynym ich skutkiem będzie ograniczenie konkurencji.

Odwołujący podał, że zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 kc, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony [...]. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 8 maja 2014 r. (V CSK 322/13) odwołanie do się do zasad współżycia społecznego oznacza odwołanie się do idei słuszności w prawie i do powszechnie uznawanych wartości w kulturze naszego społeczeństwa, a przez zasady współżycia społecznego należy rozumieć podstawowe zasady etycznego i uczciwego postępowania. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r. (III CSK 178/13) dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współżycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motywy działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu rzetelnego postępowania, lojalności i zaufaniu w stosunkach kontraktowych (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 r., KIO 897/15). Niezależnie od przysługującej Zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji, Zamawiający powinien tak ukształtować treść umowy, aby realizacja zamówienia była możliwa. Celem Zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Zamawiający nie powinien konstruować umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na ilość złożonych w przetargu ofert. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę (Wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z dnia 16 sierpnia 2005 r., sygn. akt IV Ca 508/05).

Oдноśnie braku wyczerpującego opisu (punkt II uzasadnienia) Odwołujący podał wnioski o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ:

- 1) § 7 ust. 9 wzoru umowy przez określenie zamkniętego katalogu danych zawartych w raporcie (usunięcie słów „w szczególności”) oraz usunięcie pkt 12) w § 7 ust. 9 wzoru umowy;
- 2) uzupełnienie załącznika nr 1 do OPZ przez podanie przy każdej z lokalizacji stacji rowerowych precyzyjnych informacji na temat konieczności pozyskania zgody: plastyka miejskiego/konserwatora zabytków, zgody na zajęcie terenu oraz zgody na zajęcie pasa drogowego (jeżeli dana stacja rowerowa znajdować się będzie w pasie drogowym);
- 3) precyzyjne określenie w § 2 ust. 2 pkt 1, § 6 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy, rozdz. II ust. 1 pkt 1 i 3 OPZ na czym mają polegać „uzgodnienia”, a jeśli mają polegać nie tylko na potwierdzeniu zgodności z wymaganiami sprecyzowanymi w dokumentacji przetargowej, to określenie jakich konkretnie kwestii - parametrów/funkcjonalności one będą dotyczyły i jakie będą warunki uzyskania akceptacji/uzgodnienia Zamawiającego;
- 4) precyzyjne określenie w § 2 ust. 9 wzoru umowy oraz rozdz. III ust. 8 pkt 11 lit. g) OPZ na czym mają polegać „uzgodnienia”, a jeśli mają polegać nie tylko na potwierdzeniu zgodności z wymaganiami sprecyzowanymi w dokumentacji przetargowej, to określenie jakich konkretnie kwestii - parametrów/funkcjonalności one będą dotyczyły i jakie będą warunki uzyskania akceptacji/uzgodnienia Zamawiającego oraz opisanie lub dołączenie w formie załącznika do SIWZ procedury Wydziału Urbanistyki i Architektury Urzędu Miasta Łodzi, do której odwołuje się to postanowienie.

Oдноśnie Opisu przedmiotu zamówienia – zmiany taryfy (punkt III uzasadnienia) Odwołujący wskazał, że Zamawiający w rozdz. V pkt 5 OPZ wskazał, że: *„Zamawiającemu przysługuje wielokrotne prawo zmiany taryfy”*.

Zamawiający w rozdz. V ust. 2 OPZ wskazał w tabeli wysokości stawek maksymalnych z tytułu korzystania z systemu ŁRP. Jednocześnie część z tych stawek stanowi i może stanowić przychód wyłącznie wykonawcy, bowiem zgodnie z rozdz. V ust. 6 OPZ: *„Dochody, o których mowa w ust. 2, pkt. 9) - 28) są dochodami Wykonawcy”*. Dochody z opłat pobieranych od użytkowników z tytułu wynajmu rowerów w systemie ŁRP określone w ust. 2, pkt. 1) - 6) stanowią dochód Zamawiającego (rozdz. V ust. 7 OPZ). Jednakże Zamawiający jest gotów podzielić się tymi dochodami z pkt 1) - 6), a sposób podziału stanowi jedno z kryteriów oceny ofert. W konsekwencji w rozdz. V ust. 8 OPZ Zamawiający postanowił: *„Zamawiający dokona przekazania środków, o których mowa w ust. 7 Wykonawcy w wysokości stanowiącej% wartości dochodów (zgodnie z oświadczeniem Wykonawcy zawartym w formularzu oferty)”*.

Tak ukształtowane wymagania w podwójny sposób uderzają w Wykonawcę. Odwołujący

podał, że zakładając, że Wykonawca zbuduje swoją ofertę w oparciu o wskazany w OPZ model przychodów wskazanych w rozdziale V pkt 2 OPZ pozostawiając przychody w całości po swojej stronie, to w przypadku zmiany np. długości darmowego czasu lub stawki za 1 godzinę uzyska niższy niż zakładany przychód. Bazując na danych systemu funkcjonującego w Łodzi w 2018 roku (mniejszego niż zamawiany obecnie) średnia liczba przejazdów w przedziale od 21 do 60 minuty wynosiła 157 tys. Uwzględniając stawkę za pierwszą godzinę wypożyczenia oraz liczbę miesięcy uzyskujemy kwotę przychodu przekraczającą 1 mln 400 tys. zł. Biorąc pod uwagę okres obowiązywania umowy kwota rośnie do blisko 6 mln zł, co oczywiście ma istotny wpływ na wysokość złożonej oferty. W myśl kwestionowanego postanowienia OPZ przychody te mogą zostać zabrane Wykonawcy na podstawie arbitralnej decyzji Zamawiającego, a przyjęty model finansowy zostanie zniweczony. Problem w tym, że zakres i warunki zmiany taryf są zupełnie dowolne i nieograniczone żadnymi limitami.

Odwołujący wskazał, że Wykonawca nie jest też w żaden sposób chroniony wybierając drugie rozwiązanie w postaci pozostawienia przychodów z tytułu wypożyczeń po stronie Zamawiającego. Należy bowiem pamiętać, że część przychodów zawsze stanowi przychód wykonawcy i zawsze może być zmieniona (pkt. 9) - 28)). Co do tych opłat, które można w całości pozostawić u Zamawiającego (pkt 1) - 6)) Odwołujący wskazał, że - na podstawie m.in.: liczby stacji i rowerów, obszar działania systemu oraz stawki za wypożyczenie rowerów wykonawca szacuje koszty utrzymania systemu. Bez wątplenia koszty związane z korzystaniem z systemu roweru miejskiego są jednym z kluczowych czynników wpływających na popularność systemu wśród użytkowników. Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia w ofercie ryczałtowych kosztów utrzymania systemu, które zależą od liczby wypożyczeń, która zależy od wysokości opłat za wypożyczenie, które to z kolei opłaty (ich wysokości) nie zależy od wykonawcy, nie jest stała, lecz może być dowolnie i arbitralnie zmieniana przez Zamawiającego. Zachodzi tutaj prosta zależność - zmiany taryfy na korzystniejszą spowodują zwiększenie liczby wypożyczeń, co wprost przełoży się na większą eksploatację rowerów i wzrost liczby potencjalnych usterek, które Wykonawca będzie zobowiązany usuwać ponosząc związane z tym koszty. Oczywiście zwiększą się wówczas także koszty relokacji rowerów. Sytuacja ta będzie miała także miejsce w przypadku wybrania pierwszego wariantu, ponieważ oprócz obniżonego przychodu z tytułu wypożyczeń Wykonawca będzie ponosił wyższe, niż wcześniej szacowano koszty utrzymania systemu.

Kwestionowane wymaganie zatem wprost uniemożliwia rzetelne przygotowanie oferty uwzględniającej koszty funkcjonowania systemu. Jest to ryzyko, którego nie sposób

oszacować. Kwestionowane wymaganie narusza art. 353¹ i art. 5 kc w zw. art. 2.9 ust. 1 i 2 oraz art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy przez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów przez określanie warunków umowy w sposób sprzeczny z zasadą równości i zasadą uczciwej konkurencji, obciążenie wykonawcy nadmiernymi obowiązkami i ryzykiem, a przy tym jest ono nieprecyzyjne i nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ przez zmianę rozdz. V ust. 5 i przyjęcie, że zawarte w tabeli w rozdz. V ust. 2 stawki mogą ulec zmianie o nie więcej niż 10%. Zaś zmiana w większym zakresie wymaga każdorazowo zgody wykonawcy.

Odnosnie opisu przedmiotu zamówienia – zgłoszenia usterki roweru (punkt IV uzasadnienia) Odwołujący podał wnioski o nakazanie Zamawiającemu dokonania następującej zmiany rozdz. IV ust. 4 pkt 4 OPZ i nadanie mu brzmienia: „ Wykonawca ma obowiązek bezzwłocznie uniemożliwić wypożyczenie roweru (zdalnie), który został zgłoszony jako niesprawny przez użytkownika pod warunkiem, że serwis mobilny potwierdzi zgłoszone usterki przez zarejestrowanego użytkownika systemu ŁRP lub jeżeli dana usterka roweru zostanie zgłoszona 3-krotnie. Jednocześnie możliwość zgłaszania usterek powinni mieć tylko użytkownicy ŁRP. Natomiast po każdym 3 (trzech) bezpodstawnie zgłoszonych usterek użytkownik zostanie obciążony karą w wysokości 50 zł (stanowiącą przychód Wykonawcy)".

Odnosnie opisu przedmiotu zamówienia – stojaki rowerowe, terminale (punkt V uzasadnienia) Odwołujący podał wnioski o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w rozdz. I pkt 3 OPZ przez wskazanie liczby stojaków większej o 50% niż łączna liczba wszystkich rowerów.

Odnosnie terminu realizacji (punkt VI uzasadnienia) Odwołujący podał wnioski o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu przez zmianę terminu realizacji zamówienia, tak, aby w przypadku zawarcia umowy po 1 grudnia 2019r. termin uruchomienia i eksploatacji ŁRP wynosił 120 dni.

Odnosnie kar za opóźnienie (punkt VII uzasadnienia) Odwołujący wskazał, że Zamawiający w § 17 ust. 1 pkt 2), 8), 20), 21) 23), ust, 13, 14,15 wzoru umowy zastrzegł szereg kar umownych liczonych za opóźnienie w realizacji określonych czynności. Zatem Zamawiający wprowadził do umowy w sprawie zamówienia publicznego zasadę

odpowiedzialności wykonawcy *de facto* na zasadzie ryzyka za nienależyte wykonanie lub niewykonanie zamówienia.

Odwołujący argumentował, że na mocy art. 471 kc dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Art. 472 kc określa, że jeżeli ze szczególnego przepisu ustawy albo z czynności prawnej nie wynika nic innego, dłużnik odpowiedzialny jest za niezachowanie należytej staranności. Zatem zasadą jest odpowiedzialność dłużnika na zasadzie winy. Podstawę do rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika stanowi art. 473 § 1 kc, zgodnie z którym dłużnik może przez umowę przyjąć na siebie odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Samo wskazanie na opóźnienie nie stanowi oznaczenia okoliczności, w rozumieniu tego przepisu. Opóźnienie w kodeksie cywilnym rozróżnione jest na opóźnienie zwykłe oraz opóźnienie kwalifikowane czyli zwłokę. Z opóźnieniem zwykłym mamy do czynienia - wówczas, gdy brak spełnienia świadczenia w określonym terminie przez dłużnika nastąpił z przyczyn od niego niezależnych, za zaistnienie których nie ponosi on odpowiedzialności. Z opóźnieniem kwalifikowanym, czyli ze zwłoką, mamy do czynienia wówczas, gdy dłużnik nie wykonał swoich zobowiązań na skutek okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność, czyli z reguły przez niego zawinionych. Kara umowna jest uważana w orzecznictwie za surogat odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania i nie może ona prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia się którejkolwiek ze stron umowy.

Odwołujący wskazał, że Sąd Najwyższy stwierdził, że jeżeli strony chcą rozszerzyć odpowiedzialność dłużnika, to zgodnie z art. 473 § 1 kc muszą w umowie wskazać (oznaczyć, wymienić), za jakie inne - niż wynikające z ustawy - okoliczności dłużnik ma ponosić odpowiedzialność. Okoliczności te zatem muszą być w umowie wyraźnie określone (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27.09.2013r. sygn. akt ICSK 748/12). Konieczność wskazania katalogu przyczyn opóźnienia dla skuteczności rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika ma swoje głębokie uzasadnienie. Katalog takich okoliczności byłby w praktyce nieograniczony, na co nie pozwala po pierwsze treść art. 473 kc (w przepisie bowiem mowa o „oznaczonych okolicznościach”). Nadto należy pamiętać, że zasada swobody umów doznaje ograniczeń i nie każde rozszerzenie odpowiedzialności dłużnika mieściłoby się w tych granicach. Przykładowo nie mogłoby to być okoliczności obciążające wierzyciela. Kara umowna jest bowiem sankcją cywilnoprawną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika. Takie rozszerzenie byłoby więc sprzeczne z istotą (naturą) odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie zobowiązania oraz z naturą kary umownej (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27.09.2013r. sygn. akt I CSK 748/12).

Konieczność określenia katalogu przyczyn, innych niż zawinione przez wykonawcę, za które ma on ponosić odpowiedzialność wynika choćby z okoliczności, że opóźnienie może być spowodowane np. brakiem współdziałania Zamawiającego. *Prawo jednostronnego określenia przez Zamawiającego warunków umowy nie może stanowić obejścia obowiązków Zamawiającego, jako strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą, do których należy zaliczyć niewątpliwie obowiązek współpracy z wykonawcą w trakcie realizacji zamówienia, obowiązek dostarczania niezbędnej i prawidłowej dokumentacji i informacji koniecznych do wykonania ciążących na wykonawcy obowiązków. Możliwość naliczenia kar umownych z tytułu niewykonania przez wykonawcę określonych obowiązków wynikających z umowy o realizacji zamówienia publicznego w sytuacji, gdy -przyczyną niewykonania danego zobowiązania będzie działanie lub zaniechanie Zamawiającego jest, w ocenie Izby, działaniem sprzecznym z zasadami słuszności i sprawiedliwości kontraktowej - tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 r., KIO 897/15.*

Kwestionowane postanowienia w ocenie Odwołującego stanowią o naruszeniu art. 353¹, art. 473 § 1, art. 5 kc w związku art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy przez wprowadzenie do wzoru umowy zasadę odpowiedzialności wykonawcy de facto na zasadzie ryzyka za nienależyte wykonanie lub niewykonanie zamówienia, co stanowi rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów przez określanie warunków umowy w sposób spreczny z zasadą równości i zasadą uczciwej konkurencji, obciążenie wykonawcy nadmiernymi obowiązkami i ryzykiem, a ponadto Zamawiający zaniechał oznaczenia okoliczności, które będą uzasadniać odpowiedzialność wykonawcy, jeśli nienależyte wykonanie lub niewykonanie zamówienia nastąpi nie z jego winy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany § 17 ust. 1 pkt 2), 8), 20), 21) 23), ust. 13,14,15 wzoru umowy przez oznaczenie, wymienienie i wyraźne określenie innych okoliczności, niż wynikające z ustawy kodeks cywilny (odpowiedzialność na zasadzie winy), za które ma odpowiadać wykonawca.

Odnośnie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę (punkt VIII uzasadnienia) Odwołujący podał wnioski o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany (1) pkt 3.4 SIWZ, § 7 ust. 11 wzoru umowy i sekcji II.2.4 pkt 3 ogłoszenia o zamówieniu przez rezygnację ze wskazania minimalnej liczby osób, które powinny być zatrudnione na podstawie umowy o pracę oraz (2) pkt 3.4 SIWZ, sekcji II.2.4 pkt 3 ogłoszenia o zamówieniu i § 7 ust. 14 wzoru umowy przez wskazanie, że zatrudnienie, musi trwać co najmniej od dnia zgłoszenia Zamawiającemu gotowości systemu ŁRP do rozruchu testowego do dnia 30 listopada 2023 r., ale z wyłączeniem sezonu zimowego - miesiąc grudzień, styczeń i luty każdego roku.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 21 października 2019 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który

stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym cięży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...). Za wyrokiem z dnia 21 stycznia 2012 roku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 54/12: *Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).*

IV.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wchodzi odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu jak również stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w piśmie z dnia 3 listopada 2019 roku „Odpowiedź na odwołanie”, Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego załączone do tego pisma dowody.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

V.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie podniesionych zarzutów:

- naruszenia art. 353¹ i art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczących braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia (punkt II uzasadnienia),
- naruszenia art. 353¹ i art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczących opisu przedmiotu zamówienia w zakresie zgłoszenia usterki roweru (punkt IV uzasadnienia),
- naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczących opisu przedmiotu zamówienia w zakresie stojaków rowerowych, terminali (punkt V uzasadnienia),
- naruszenia art. 353¹ i art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczących terminu realizacji (punkt VI uzasadnienia),
- naruszenia art. 29 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 353¹ i art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczących zatrudnienia na podstawie umowy o pracę (punkt VIII uzasadnienia).

Zamawiający w piśmie procesowym oświadczył, że uznaje odwołanie w zakresie zarzutów opisanych w pkt II, IV, V, VI, VIII odwołania, Odwołujący w trakcie posiedzenia oświadczył do protokołu, że uwzględnił zarzuty odwołania ww. zakresie, jak również oświadczył, że nie uwzględnił odwołania w zakresie zarzutów opisanych w pkt III i VII odwołania.

Zamawiający w omawianym zakresie, podlegającym umorzeniu, uwzględnił zarzuty odwołania (uwzględnienie zarzutów odwołania w części) co podniósł w złożonym piśmie procesowym jak również oświadczył na posiedzeniu z udziałem stron postępowania. W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym nie zostało wniesione żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego. Dlatego też Izba umorzyła postępowanie w zakresie wyżej wymienionych zarzutów odwołania, które zostały wprost uwzględnione przez Zamawiającego. Izba podkreśla, że jednocześnie informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu.

Izba wskazuje, że umarżając postępowanie odwoławcze w części uwzględnionych zarzutów odwołania na skutek uwzględnienia tych zarzutów przez Zamawiającego nie dokonuje oceny dokonanych czynności przez Zamawiającego czy też oceny zasadności przedstawianej argumentacji jaka legła u podstaw czynności Zamawiającego. Umarżając częściowo postępowanie odwoławcze Izba nie rozstrzyga merytorycznie o zarzutach odwołania, które w części zostały uwzględnione przez Zamawiającego.

VI.

Izba poddała zarzuty odwołania w pozostałym zakresie tj. zarzutów opisanych w punktach III i VII odwołania pod rozpoznanie. Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie odwołania nie uwzględniła.

VII.

W zakresie zarzutów odwołania:

W zakresie zarzutu dotyczącego narusza art. 353¹ i art. 5 kc w zw. art. 2.9 ust. 1 i 2 oraz art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy przez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów przez określanie warunków umowy w sposób sprzeczny z zasadą równości i zasadą uczciwej konkurencji,

obciążenie wykonawcy nadmiernymi obowiązkami i ryzykiem, a przy tym nieprecyzyjne i nie uwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty w zakresie Opisu przedmiotu zamówienia – zmiany taryfy (punkt III uzasadnienia) – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w rozdziale V pkt opisu przedmiotu zamówienia wskazał, że: *„Zamawiającemu przysługuje wielokrotne prawo zmiany taryfy”*.

Izba ustaliła, że zgodnie z § 10 Wzoru umowy ust. 3 za miesięczną eksploatację oraz zarządzanie, zgodnie z postanowieniem Umowy, Zamawiający zapłaci na rzecz wykonawcy od dnia uruchomienia systemu ŁRP miesięczne wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości brutto zgodnie ze złożoną ofertą. W ust. 2 ww. paragrafu wskazano, że za dostarczenie wszystkich elementów infrastruktury ŁRP i uruchomienie ŁRP wykonawca wystawi fakturę po wykonaniu usługi, zgodnie z Formularzem cenowym. Podstawą wystawienia faktury będzie protokół odbioru końcowego podpisany przez obie strony. Zgodnie z rozdziałem 15 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) pkt 15.1 Cenę oferty należy obliczyć na Formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ a następnie wpisać do Formularz oferty – załącznik nr 1 do SIWZ. Cena oferty stanowi sumę wartości brutto określona w ostatniej pozycji Formularza cenowego (pkt 15.3). W punkcie 15.7 Zamawiający wskazał, że *obliczona przez wykonawcę cena oferty powinna zawierać wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie wykonawca uważa za niezbędne do poniesienia dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, zysk oraz wszelkie wymagane przepisami podatki i opłaty, a w szczególności podatek VAT. Przyjmuje się, że wykonawca dokładnie zapoznał się z opisem przedmiotu zamówienia, jaki ma zostać wykonany. Wykonawca powinien uwzględnić w cenie wszystkie posiadane informacje o przedmiocie zamówienia, a szczególnie informacje, wymagania i warunki podane w niniejszej SIWZ. Całość prac winna być zgodna z zamierzeniem i przeznaczeniem.* W punkcie 15.11 Zamawiający wskazał, że wykonawca określa cenę na podstawie przekazanego przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia i dokumentów zawartych w SIWZ, z uwzględnieniem wszelkich kosztów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia. W punkcie 15.12 Zamawiający określił elementy jakie mają zostać uwzględnione w cenie za uruchomienie systemu Łódzki Rower Publiczny (ŁRP).

W załączniku nr 2 do SIWZ – Formularz cenowy Zamawiający zawarł dwie tabele – A. Uruchomienie systemu ŁRP, tabela B. Zarządzanie i kompleksowa eksploatacja systemu ŁRP.

W Tomie II do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia w punkcie V Wymagania dotyczące rozliczeń dochodów, w punkcie 1 Zamawiający podał, że dochody pozyskiwane

od podmiotów trzecich związane z eksploatacją systemu ŁRP, jego rozbudową, modernizacją lub promocją, w tym między innymi dochody z opłat, reklam i dofinansowania infrastruktury są dochodami wykonawcy. W punkcie 2 podano, że wykonawca uprawniony jest do pobierania opłat z tytułu korzystania z systemu ŁRP nie wyższych niż określone w tabeli, przy czym zaznaczono również, że wykonawca może stosować okresowo bądź stale kwoty niższe, niż te określone w tabeli, zawartej w tym punkcie opisu przedmiotu zamówienia. Część dochodów, zgodnie z punktem 6 tj. dochody z wiersza 9-28 tabeli stanowią dochody wykonawcy, natomiast dochody z opłat pobieranych od użytkowników z tytułu wynajmu rowerów w systemie ŁRP określone w wierszach 1 – 6 tabeli stanowią dochód Zamawiającego, przy czym Zamawiający przekazuje wykonawcy, określoną przez wykonawcę wartość procentową dochodów z ww. wierszy, którą to wartość procentową ma zadeklarować wykonawca.

W rozdziale V pkt opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający podał, że *przysługuje mu wielokrotne prawo zmiany taryfy*.

Izba uznając zarzut za niezasadny w całości uwzględniła argumentację Zamawiającego zaprezentowaną w piśmie procesowym oraz na rozprawie. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający wskazał, że kompetencje w zakresie ustalania opłat za korzystanie z systemu Łódzkiego Roweru Publicznego, czyli kompetencje w ustaleniu tzw. taryfy należą do kompetencji Rady Miejskiej, a nie kompetencji Zamawiającego. Na tą okoliczność Zamawiający przedstawił Uchwałę nr XXVIII/711/16 Rady Miejskiej w Łodzi z dnia 20 kwietnia 2016 roku oraz Uchwałę nr XII/431/19 Rady Miejskiej w Łodzi z dnia 3 lipca 2019 roku. Ta druga ze wskazanych uchwał to uchwała *w sprawie ustalenia wysokości opłat za korzystanie z systemu Łódzki Rower Publiczny w latach 2020-2023*. Izba wskazuje, że ww. uchwała z 2019 roku określa wysokości opłat z taryfy za lata 2020-2023, co wskazuje, że opłaty te zostały ustalone przez Radę Miejską na ten okres, jednakże nie zmienia to faktu, że ten akt prawa miejscowego może zostać zmieniony chociażby na wniosek radnego. Tym samym brak wskazania w uchwale jakiegokolwiek informacji na temat ewentualnej zmiany uchwały w odniesieniu do wysokości taryfy nie przesadza o tym, że uchwała ta może, aczkolwiek nie musi ulec zmianie w okresie jej obowiązywania. Zasluguje jednakże na uwagę w tym miejscu, że stawki taryfy określone we wcześniejszej uchwale z 2016 roku nie uległy zmianie, co wskazał w trakcie rozprawy Zamawiający. Zamawiający będący jednostką organizacyjną gminy pozbawioną osobowości prawnej stanowi podmiot wykonawczy, natomiast Rada Miejska jest ciałem uchwałodawczym (art. 15 ustawy z dnia 8 marca 1990 roku o samorządzie gminy). Dlatego też, wprowadzenie do postanowień opisu przedmiotu zamówienia wnioskowanego przez Zamawiającego ograniczenia, że zawarte stawki w tabeli w punkcie 2 rozdziału V opisu przedmiotu

zamówienia – dokładnie te same wynikające z uchwały nr XII/431/19 Rady Miejskiej w Łodzi z dnia 3 lipca 2019 roku w sprawie ustalenia wysokości opłat za korzystanie z systemu Łódzki Rower Publiczny w latach 2020-2023 – mogą ulec zmianie nie więcej niż 10%, a zmiana w większym zakresie każdorazowo wymaga zgody wykonawcy jest niemożliwa do wprowadzenia. Wprowadzenie takiego postanowienia do projektu umowy nie powodowały w żaden sposób jakiegokolwiek ograniczenia dla podmiotów uprawnionych do wnioskowania zmian uchwały, jak również nie powodowałyby, że uchwały nie można zmienić. Tak samo, gdyby takie postanowienie zostało zawarte w projekcie uchwały (w uchwale) to również nie stanowiłoby ono o tym, że nie może zostać zmienione. Podkreślenia wymaga, że to organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego postanawiają o wysokości cen i opłat za usługi komunalne o charakterze użyteczności publicznej (art. 4 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 roku o gospodarce komunalnej), przy czym w Łodzi nie skorzystano z możliwości przekazania uprawnień do kształtowania opłat za usługi komunalne przez organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego na rzecz organów wykonawczych.

Również zmodyfikowany przez Odwołującego wniosek w trakcie rozprawy tj. o wprowadzenie postanowienia, że *Zamawiający przewiduje waloryzację wynagrodzenia na podstawie wniosku wykonawcy w przypadku zmiany taryfy opłat, która będzie miała wpływ na wysokość kosztów zarządzania systemem lub wysokość osiągniętych przychodów*” nie został uwzględniony przez Izbę. Podkreślić należy, że „wynagrodzenie” w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostało przyjęte jako wynagrodzenie ryczałtowe, wyliczone przez wykonawcę i wskazane w Formularzu cenowym – załącznik nr 2 do SIWZ. Wynagrodzenie jakie będzie płacił Zamawiający wykonawcy (§ 10 Wzoru umowy ust. 3 za miesięczną eksploatację oraz zarządzanie, zgodnie z postanowieniem Umowy, Zamawiający zapłaci na rzecz wykonawcy od dnia uruchomienia systemu ŁRP miesięczne wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości brutto ... zgodnie ze złożoną ofertą) płatne będzie niezależnie od tego jaka będzie intensyfikacja korzystania z systemu ŁRP. Izba podkreśla w tym miejscu również, co w zupełności pomija w swojej argumentacji Odwołujący, że w punkcie 2 rozdziału V Zamawiający podał, że wykonawca uprawniony jest do pobierania opłat z tytułu korzystania z systemu ŁRP nie wyższych niż określone w tabeli, przy czym zaznaczono również, że wykonawca może stosować okresowo bądź stale kwoty niższe, niż te określone w tabeli, zawartej w tym punkcie opisu przedmiotu zamówienia. W uchwale z 3 lipca 2019 roku w § 2 również zaznaczono, że wykonawca uprawniony jest do pobierania opłat z tytułu korzystania z ŁRP nie wyższych niż wskazane w niniejszej uchwale – co oznacza, że wykonawca może przyjąć i kalkulować opłaty niższe. Tym samym wysokość opłat jakie będzie pobierał wykonawca w granicach określonego taryfikatora będzie zależał od wykonawcy, również w zakresie wysokości dochodów z opłat pobieranych

od użytkowników z tytułu wynajmu rowerów w systemie ŁRP określonych w punkcie 2 rozdziału V w tabeli w punktach 1 -6, w zależności od zadeklarowanego przez wykonawcę poziomu dochodu jaki będzie przekazywał Zamawiający wykonawcy.

Podsumowując, Izba wskazuje, że to Rada Miejska jest uprawniona do dokonywania zmiany wysokości opłat za korzystanie z systemu Łódzkiego Roweru Publicznego, tym samym kompetencje w ustaleniu tzw. taryfy należą do kompetencji Rady Miejskiej, a nie kompetencji Zamawiającego. Jednocześnie Zamawiający, jak sam oświadczył do protokołu rozprawy „nie ma wpływu na uchwały Rady Miejskiej” i jest uzależniony od tego jakie Rada Miejska podejmie uchwały, nie ma również – mimo, że funkcjonują w ramach jednego miasta – wpływu na decyzje podejmowane przez poszczególnych radnych czy Radę Miejską. Zamawiający w trakcie rozprawy wskazał, że *na tym etapie Zamawiający mógłby jedynie zobowiązać się do tego, że nie będzie składał projektu uchwał dotyczących zmiany stawek* uzasadniając, że *nie zależy na obniżeniu cen i opłat przyjętych w ww. uchwale z 3 lipca, chociażby właśnie z uwagi na te elementy, o których mówił Odwołujący.* Dodatkowo należy wskazać, że choćby jednorazowe, incydentalne akcje społeczne, promocyjne takie jak np. dzień bez samochodu przekładają się na jednodniowe zmiany taryfy – stawki za przejazd czy wydłużenia czasu bezpłatnego wynajęcia roweru, co w efekcie wymaga zmiany taryfikatora na ten jeden konkretny dzień, a na co wskazywały strony postępowania. To natomiast wymaga elastyczności w regulacji ustawy, która pozwala na osiągnięcie celu społecznego prowadzonych akcji społecznych.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 353¹, art. 473 § 1, art. 5 kc w związku art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy przez wprowadzenie do wzoru umowy zasadę odpowiedzialności wykonawcy *de facto* na zasadzie ryzyka za nienależyte wykonanie lub niewykonanie zamówienia, co stanowi rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów przez określanie warunków umowy w sposób sprzeczny z zasadą równości i zasadą uczciwej konkurencji, obciążenie wykonawcy nadmiernymi obowiązkami i ryzykiem, zaniechania oznaczenia okoliczności, które będą uzasadniać odpowiedzialność wykonawcy, jeśli nienależyte wykonanie lub niewykonanie zamówienia nastąpi nie z jego winy – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba wskazuje, że w zakresie tego zarzutu Odwołujący wniósł o *nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany § 17 ust. 1 pkt 2), 8), 20), 21) 23), ust. 13,14,15 wzoru umowy przez oznaczenie, wymienienie i wyraźne określenie innych okoliczności, niż wynikające z ustawy kodeks cywilny (odpowiedzialność na zasadzie winy), za które ma odpowiadać wykonawca.*

Izba podziela argumentację przedstawioną przez Zamawiającego w piśmie procesowym jak

również podtrzymaną na rozprawie. W odniesieniu do wskazanych postanowień umowy zastrzeżone zostały przez Zamawiającego kary na wypadek opóźnienia, obiektywnej okoliczności, która musi wynikać z działania lub zaniechania wykonawcy. Zgodnie z art. 473 § 1 kodeksu cywilnego dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy nie ponosi odpowiedzialności. W doktrynie tematu komentatorzy wskazują, że „rozszerzenie natomiast zakresu odpowiedzialności dłużnika praktycznie jest nieograniczone. Dłużnik zatem może w umowie zgodzić się na odpowiedzialność na zasadzie ryzyka, chociaż w danym wypadku wedle ustawy powinien odpowiadać za okoliczności przez niego zawinione”. Ww. przepis wymaga jedynie od stron umowy określenia w ramach umowy okoliczności zaostrzających odpowiedzialność dłużnika/wykonawcy, który może być przykładowo określony „przez wskazanie – szerszego lub węższego – zamkniętego kręgu okoliczności zwalniających, których zakres nie będzie wyczerpywał zakresu niezawinienia. W takim wypadku najczęściej wyjaśnienie winy dłużnika będzie zbędne.” Tym samym w ocenie Izby nie istnieje żadna przeszkoda w ukształtowaniu takich postanowień dotyczących kar umownych jakie zostały zawarte w § 17 wzoru umowy w kwestionowanym przez Odwołującego zakresie.

Odwołujący w zakresie tego zarzutu wniósł o *nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany § 17 ust. 1 pkt 2), 8), 20), 21) 23), ust. 13, 14, 15 wzoru umowy przez oznaczenie, wymienienie i wyraźne określenie innych okoliczności, niż wynikające z ustawy kodeks cywilny (odpowiedzialność na zasadzie winy), za które ma odpowiadać wykonawca*, przy czym co wydaje się być najbardziej istotnym w tym miejscu nie podał takich okoliczności w odniesieniu do poszczególnych ustępów i punktów § 17 wzoru umowy. Izba podkreśla w tym miejscu, że w przypadku zarzutów odwołania odnoszących się do postanowień SIWZ – tak jak w tym wypadku wzoru umowy - w sytuacji, gdy Odwołujący żąda modyfikacji postanowień niezbędnym i koniecznym jest podanie przez Odwołującego brzmienia tych modyfikacji oraz uzasadnienie konieczności ich wprowadzenia – w przeciwnym razie, czyli tak jak w rozpoznawanej sprawie, brak podania treści jakie miałyby zostać wprowadzone do postanowień wzoru umowy w zasadzie uniemożliwia dokonania oceny postawionego zarzutu. Odwołujący wskazując ogólnikowe sformułowania nie wskazał jakie elementy w jego ocenie powinny zostać ujęte w poszczególnych kwestionowanych postanowieniach wzoru umowy, a tym samym uniemożliwił dokonanie oceny zasadności wprowadzenia danych zmian do wzoru umowy, bowiem nie podał tych konkretnych zmian.

Konstrukcja zarzutu odwołania oraz przedstawione żądania przez Odwołującego, jak słusznie dostrzegł to Zamawiający w trakcie rozprawy, uniemożliwia jakkolwiek

identyfikację tego czego oczekuje i o co wnosi Odwołujący w odniesieniu do każdej osobno wymienionej w paragrafie 17 umowy kary umownej, a to powoduje, że nie można ustalić co tak naprawdę miałyby zostać doprecyzowane. Izba zaznacza w tym miejscu również, że jednoznaczna, wyczerpująca i prawidłowa konstrukcja żądania nie dość że powinna być możliwa do identyfikacji, dająca się wprowadzić do postanowień wzoru umowy to jeszcze powinna być weryfikowalna. Natomiast taka bardzo ogólna konstrukcja żądań nie daje się zidentyfikować jak również uniemożliwia ocenę zasadności podniesionego w odwołaniu zarzutu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie *wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:.....
