

Sygn. akt: KIO 99/24

WYROK
z dnia 29 stycznia 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Justyna Tomkowska

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 stycznia 2024 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **8 stycznia 2024 roku** przez wykonawcę „**Mobilis**” **Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** (Odwołujący)

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

orzeka:

- 1.** Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów 2, 5, 7, 8, 9, 10, 12 i 13 w części uwzględnionych przez Zamawiającego;
- 2.** Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów 3, 4, 9, 10, 12 w części wycofanych przez Odwołującego;
- 3.** Uwzględnia w części odwołanie w zakresie zarzutów 1 i 6 odwołania i nakazuje Zamawiającemu zmianę zapisów SWZ, postanowień umownych i pozostałych dokumentów postępowania, w sposób, z którego wynikać będzie, że rozpoczęcie realizacji przewozów na liniach objętych zamówieniem nastąpi po upływie 11 miesięcy od daty zawarcia umowy, którą zawiera się na kolejne 72 miesiące;
- 4.** Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

5. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego – „Mobilis” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i Zamawiającego - Gminę Wrocław z siedzibą we Wrocławiu**, w następujący sposób:

5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - **„Mobilis” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania, a także kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego **„Mobilis” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** o tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

5.2. zasądza od Zamawiającego – **Gminy Wrocław z siedzibą we Wrocławiu** na rzecz Odwołującego - **„Mobilis” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** kwotę **6 200 zł 00 gr** (słownie: sześć tysięcy dwustu złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem części wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodnicząca:

.....

UZASADNIENIE

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

W dniu 8 stycznia 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie odwołanie złożył również wykonawca „Mobilis” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący” lub „Mobilis”).

Odwołanie złożono wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) w zakresie:

- (1) Specyfikacji Warunków Zamówienia:
 - (a) Dział VI SWZ [Termin wykonania zamówienia];
 - (b) Dział VIII pkt 4 lit. a) SWZ [Warunki udziału w postępowaniu];
 - (c) Dział IX pkt 10 SWZ [Wykaz podmiotowych środków dowodowych];
 - (d) Dział XIV pkt 1 SWZ [Sposób oraz termin składania i otwarcia ofert];
- (2) Projektu Umowy (załącznik nr 1 do SWZ):
 - (a) § 2 [Tabor] ust. 3 Projektu Umowy;
 - (b) § 5 [Termin wykonania zamówienia] ust. 1 i 2 Projektu Umowy;
 - (c) § 6 [Umowne prawo odstąpienia i rozwiązania umowy] ust. 5.4 Projektu Umowy;
 - (d) § 6 [Umowne prawo odstąpienia i rozwiązania umowy] ust. 5.6 Projektu Umowy;
 - (e) § 7 [Kary umowne] ust. 2 Projektu Umowy
 - (f) § 7 [Kary umowne] ust. 14 Projektu Umowy
- (3) Załącznika nr 7 do Projektu Umowy [Zasady naliczenia i wielkość kar umownych] w szczególności odniesieniu do postanowienia o treści: „W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania postanowień Umowy przez Wykonawcę, Zamawiający ma prawo naliczenia kar umownych.”; pkt. 2.2.; pkt. 2.7.; pkt. 3.2.; pkt. 4.5.; pkt. 4.6.; pkt. 4.10.; pkt. 4.11.; pkt. 4.12.; pkt. 5.6. oraz pkt. 5.12.;
- (4) Załącznika nr 8 do Projektu Umowy [Stawki wynagrodzenia];
- (5) Załącznika nr 9 do Projektu Umowy [Zasady waloryzacji wynagrodzenia].

Zamawiającemu zarzucono naruszenie następujących przepisów Pzp:

- (1) art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 433 ust. 3 Pzp w zw. z art. 353(1) KC w zw. z art. 354 § 1 KC. poprzez wprowadzenie do projektowanych postanowień umowy obowiązku wykonania czynności nieznanych w dniu składania oferty z tym zastrzeżeniem,

że wykonawca zobowiązany będzie je wykonać bez dodatkowego wynagrodzenia, co prowadzi do sytuacji, w której opis przedmiotu zamówienia jest niejasny, nieprecyzyjny i niejednoznaczny, a w konsekwencji – niezgodny z przepisami Pzp;

(2) art. 134 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez określenie wewnątrznie sprzecznych terminów rozpoczęcia realizacji przedmiotu zamówienia przy jednoczesnym wskazaniu przez Zamawiającego daty sztywnej rozpoczęcia realizacji zamówienia (1 stycznia 2025 r.), co znajduje odzwierciedlenie w § 5 ust. 1 i 2 Projektu Umowy oraz Dziale VI SWZ;

(3) 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 2 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 VIII pkt 4 lit. a) SWZ w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nadmierny i uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia oraz niezgodny z Rozporządzeniem dokumentowym, tj. poprzez postawienie wymogu, zgodnie z którym wykonawcy są zobligowani do posiadania doświadczenia w wykonaniu co najmniej jednego zamówienia polegającego na świadczeniu usługi transportu zbiorowego w ramach przewozów regularnych (w rozumieniu art. 4 pkt 7 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym) o łącznej wielkości pracy przewozowej nie mniejszej niż: dla Zadania 1 - 500 000 wozokilometrów, dla Zadania 2 – 500 000 wozokilometrów, dla Zadania 3 – 500 000 wozokilometrów, dla Zadania 4 – 250 000 wozokilometrów, co uniemożliwia wykazanie się przez wykonawców doświadczeniem wynikającym z zamówienia wykonywanego na dzień składania ofert, gdy tymczasem uprawnienia takie wynika z treści Rozporządzenia dokumentowego;

(4) § 4 ust. 1-3 Rozporządzenia dokumentowego poprzez narzucenie – w Dziale IX pkt. 10 SWZ – także na wykonawcę mającego siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej obowiązku złożenia w zakresie osób, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 2 Pzp, które mają miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej – zamiast informacji z Krajowego Rejestru Karnego, o której mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia dokumentowego – informacji z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy, albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym miejsce zamieszkania ma osoba, której dotyczy informacja albo dokument, w zakresie, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 1, podczas gdy Rozporządzenie dokumentowe wymaga złożenia podmiotowych środków dowodowych z krajów innych niż Rzeczpospolita Polska odnoszących się do osób, o których

mowa w art. 108 ust. 1 pkt 2 Pzp, wyłącznie w przypadku wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej;

(5) 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;

(6) art. 353(1) KC, jak i art. 483 KC 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 rażące 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 w sposób niezgodny z przepisami Pzp, sprzeciwiając się tym samym naturze stosunku zobowiązaniowego; co znalazło odzwierciedlenie w szczególności w:

(a) w załączniku nr 7 [Zasady naliczania i wielkość kar umownych] do Projektu Umowy poprzez (m.in.):

- wprowadzenie wygórowanych wysokości kar umownych (łącznie kara umowna);
- brak możliwości określenia na podstawie udostępnionego projektu wysokości kary umownej;
- pośrednio także: brak wskazania jasnego i zamkniętego katalogu zobowiązań, których ewentualne naruszenie miałyby wiązać się z możliwością naliczenia kary umownej; jak i
- możliwość wystąpienia niedopuszczalnej kumulacji kary umownej;

(b) formularzu ofertowym/formularzu cenowym oraz w załączniku nr 8 [Stawki wynagrodzenia] do Projektu Umowy poprzez m.in.:

- odstąpienie od zastosowania arbitralnego mnożnika służącego do określenia ceny wozokilometra i wozogodziny taboru innego rodzaju niż C,
- wprowadzenie obowiązku podania odrębnej stawki dla każdego rodzaju autobusu przewidzianego do realizacji Umowy,

- urealnienie wysokości wynagrodzenia w przypadku stwierdzenia uchybienia poprzez zmianę wskazanych w załączniku nr 8 wartości obniżenia i przyjęcie wartości obniżenia od 0.85 do 0.97 (wyrażonej w ułamku dziesiętnym),
- rewizję stawek obniżenia proporcjonalnie do skali i zakresu uchybienia oraz jego faktycznego wpływu na świadczoną usługę,
- braku jednoznacznego wskazania, że za jedno uchybienie grozi jedna sankcja (eliminacja możliwości wielokrotnego karania za jedno uchybienie),
- wprowadzenie jednoznacznej regulacji wyłączającej możliwość obniżenia wynagrodzenia w przypadku, gdy zamówienie jest realizowane należycie,
- przewidzenia możliwości złożenia wyjaśnień przez wykonawcę i odstąpienia przez Zamawiającego od nałożenia kary umownej;

(c) w załączniku nr 9 [Zasady waloryzacji wynagrodzenia] do Projektu Umowy poprzez m.in.:

- wprowadzenie odrębnych wzorów waloryzacyjnych dla każdego rodzaju taboru, tj. odmienny dla autobusów elektrycznych (jako autobusów zeroemisyjnych), a inny dla autobusów o napędzie konwencjonalnym (spalinowym; diesel),
 - usunięcie maksymalnego wskaźnika waloryzacji stawki za jeden wozokilometr w danym roku, tj. limitu rocznej waloryzacji – w celu umożliwienia pokrycia faktycznych kosztów ponoszonych na bieżąco przez wykonawcę przy realizacji Zamówienia w ich rzeczywistej wartości;
 - objęcie waloryzacją całej (100%) stawki jednostkowej za wozokilometr;
 - doprecyzowanie wskaźnika inflacji („Wi”), tj. wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych w danym okresie odniesienia, w tym jednoznacznie wskazanie sposobu obliczenia wartości Wi;
 - waloryzację on line, tj. ze skutkiem w okresie, w którym nastąpiła zmiana czynników uwzględnionych w formule waloryzacyjnej;
 - wskazanie, że w przypadku, gdyby wskaźnik Ww (wskaźnik zmiany wynagrodzeń) osiągnął wartość niższą od „1” przyjmuje się wówczas wartość tego wskaźnika Ww na poziomie „1”);
 - doprecyzowanie w zakresie częstotliwości dokonywania waloryzacji stawek jednostkowych za wozokilometr, bez konieczności składania wniosków wykonawcy w tym zakresie;
- a w konsekwencji powyższych

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

Mobilis wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień SWZ, Projektu Umowy oraz załączników do Projektu Umowy w następujący sposób:

(1) SWZ:

(a) w odniesieniu do Działu VI SWZ poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„Termin realizacji przedmiotu umowy: przez kolejne 72 miesiące przypadające po upływie 12 miesięcy od daty zawarcia Umowy”;

(b) w odniesieniu do Działu VIII pkt 4 lit. a) SWZ poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„Zamawiający stwierdzi, iż Wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu:

a) w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeśli wykaże on, że: wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych – wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedno (1) zamówienie polegające na świadczeniu przez co najmniej 12 kolejnych miesięcy (w ramach jednego kontraktu) usługi transportu zbiorowego w ramach przewozów regularnych (w rozumieniu art. 4 pkt. 7 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym - Dz. U. z 2022 r. poz. 2201 z późniejszymi zmianami) o łącznej wielkości pracy przewozowej nie mniejszej niż: dla Zadania 1 500 000 wozokilometrów; dla Zadania 2 500 000 wozokilometrów; dla Zadania 3 500 000 wozokilometrów; dla zadania 4 250 000 wozokilometrów”;

(c) w odniesieniu do Działu IX pkt 10 SWZ poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„Jeżeli Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej składa dokumenty zgodnie z § 4 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 2023 r., poz. 1824)”;

(d) w odniesieniu do Działu XIV pkt 1 SWZ poprzez przedłużenie terminu składania ofert do dnia 1 kwietnia 2024 roku;

(2) w zakresie postanowień w Projekcie Umowy:

(a) w odniesieniu do § 2 [Tabor] ust. 3 Projektu Umowy nadanie mu następującego brzmienia:

„W przypadku zmian w przepisach prawa dotyczących wymagań dla autobusów objętych Umową, Wykonawca zobowiązany jest dostosować tabor do tych wymogów, z uwzględnieniem zdania następnego. Strony ustalą warunki i zakres zmian, o których mowa w zdaniu poprzedzającym poprzez określenie terminów na dostosowanie taboru, zakresu dostosowania oraz wysokości dodatkowego wynagrodzenia Wykonawcy związanego

z wykonaniem prac dostosowawczych w drodze zawarcia stosownego aneksu zmieniającego postanowienia Umowy”;

(b) w odniesieniu do § 5 [Terminy] ust. 1 i 2 Projektu Umowy nadanie im następującego brzmienia:

„1. Umowa zostaje zawarta na okres od daty jej zawarcia do dnia upływu kolejnych 72 miesięcy (przypadających po dacie rozpoczęcia realizacji przewozów zgodnie z ust. 2 poniżej).

2. Wykonawca zobowiązuje się do rozpoczęcia realizacji przewozów na liniach objętych zamówieniem po upływie 12 miesięcy od daty zawarcia Umowy.”

(c) w odniesieniu do postanowienia § 6 [Umowne prawo odstąpienia i rozwiązania umowy] ust. 5.4 Projektu Umowy nadanie mu następującego brzmienia:

„5.4. Wykonawca bez uzasadnionej przyczyny przerwał w całości lub w części (co najmniej 35% pracy przewozowej zaplanowanej w danym dniu) świadczenie usług przewozowych i nie realizuje ich pomimo pisemnego wezwania z 3-dniowym terminem do ich podjęcia”;

(d) w odniesieniu do postanowienia § 6 [Umowne prawo odstąpienia i rozwiązania umowy] ust. 5.6 Projektu Umowy nadanie mu następującego brzmienia:

„5.6. zaistniały jakiegokolwiek przesłanki w sposób trwały uniemożliwiające dalszą realizację Umowy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa z uwagi na okoliczności leżące wyłącznie po stronie Wykonawcy”;

(e) w odniesieniu do postanowienia § 7 [Kary umowne] ust. 2 Projektu Umowy nadanie mu następującego brzmienia:

„2. Przed ostateczną decyzją o naliczeniu kary przez Zamawiającego Wykonawca o tym fakcie zostanie powiadomiony pisemnie. Wykonawca ma prawo odwołania się od nałożonej kary w terminie 5 dni roboczych (za dzień roboczy Zamawiający uznaje dni robocze przypadające od poniedziałku do piątku) od otrzymania takiej informacji. Zamawiający rozpatruje odwołanie Wykonawcy w terminie 10 dni roboczych i w tym okresie ma prawo żądania przedstawienia przez Wykonawcę dodatkowych dokumentów, wyjaśnień w zakresie dozwolonym przez obowiązujące prawo.”;

(f) w odniesieniu do postanowienia § 7 [Kary umowne] ust. 14 Projektu Umowy nadanie mu następującego brzmienia:

„14. Łączna wielkość kar umownych z tytułu niewłaściwej realizacji Umowy nie może przekroczyć w danym okresie rozliczeniowym 10% wartości wynagrodzenia podstawowego za 1 pełny okres rozliczeniowy (suma kar z Załącznika numer 7 i pomniejszenia wynagrodzenia z Załącznika numer 8).”

(3) w zakresie dokumentów, w których podawana jest stawka wynagrodzenia taboru, tj. formularz cenowy, formularz ofertowy oraz Załącznik nr 8 [Stawki wynagrodzenia] do

Projekt umowy – zmianę formularzy (projektów dokumentów) w sposób umożliwiający podanie przez wykonawcę stawki odrębnie dla każdego typu taboru;

(4) w zakresie Załącznika nr 7 [Zasady naliczania i wielkość kar umownych] do Projektu Umowy poprzez zmianę postanowień dotyczących zasad naliczania poszczególnych kar umownych w następujący sposób:

(a) w odniesieniu do postanowienia o treści: „W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania postanowień Umowy przez Wykonawcę, Zamawiający ma prawo naliczenia kar umownych.” nadanie mu następującego brzmienia:

„W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania postanowień Umowy przez Wykonawcę, jeżeli nienależyte wykonanie bądź niewykonanie było następstwem okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność (por. § 7 ust. 4 Umowy), Zamawiający ma prawo naliczenia kar umownych.”;

(b) w odniesieniu do pkt. 2.2. nadanie mu następującego brzmienia:

„2.2. § 5 ust. 3 pkt. 3.5 – za każdy dzień kalendarzowy nieuzasadnionego opóźnienia od dodatkowego terminu wyznaczonego przez Zamawiającego w okazaniu autobusów spełniających wymagania techniczne bez względu na liczbę usterek i liczbę autobusów niespełniających wymagań”;

(c) w odniesieniu do pkt. 2.7. nadanie mu następującego brzmienia:

„2.7. Załącznik numer 10 – za odmowę bądź nieuzasadnione opóźnienie ponad 10 dni kalendarzowych od wyznaczonego terminu dostarczenia poprawnego zapisu z monitoringu (również w sytuacji niewłaściwego ustawienia kamer) na żądanie Zamawiającego za każdy dzień opóźnienia”;

(d) w odniesieniu do pkt. 3.2. nadanie mu następującego brzmienia:

„3.2. § 3 ust. 3 – za każdy przypadek braku podstawienia 1 autobusu w ramach przewozów specjalnych pomimo wcześniejszych uzgodnień z Wykonawcą - kara w odniesieniu do jednego autobusu zostanie naliczona 1 raz w ciągu dnia”;

(e) w odniesieniu do pkt. 4.5. nadanie mu następującego brzmienia:

„4.5 § 3 ust. 6 pkt. 6.13 i pkt. 6.15 - za każdy dzień kalendarzowy, w którym autobus jeździł z niedziałającymi kasownikami elektronicznymi: z powodu niesprawnej instalacji, o której mowa w Załączniku numer 13 albo z powodu braku zgłoszenia awarii kasowników elektronicznych lub zgłoszenia awarii do serwisu operatora systemu URBANCARD i do Zamawiającego po wymaganym terminie”;

(f) w odniesieniu do pkt. 4.6. wykreślenie;

(g) w odniesieniu do pkt. 4.10. nadanie mu następującego brzmienia:

„4.10 Załącznik numer 2 pkt. 1.1-1.3 - za każdy kurs, na którym stwierdzono uchybienie w odniesieniu do jednego autobusu w tym uruchomienia autobusu testowego bez zgody Zamawiającego (§ 2 ust. 12) lub wymiany autobusu podstawowego bez poinformowania

Zamawiającego (§ 2 ust. 13) - kara w odniesieniu do jednego autobusu zostanie naliczona 1 raz w ciągu dnia”;

(h) w odniesieniu do pkt. 4.11. nadanie mu następującego brzmienia:

„4.11 Załącznik numer 2 pkt. 1.4. - za każdy kurs, na którym stwierdzono uchybienie w odniesieniu do jednego autobusu - kara w odniesieniu do jednego autobusu zostanie naliczona 1 raz w ciągu dnia”;

(i) w odniesieniu do pkt. 4.12. nadanie mu następującego brzmienia:

„4.12 Załącznik numer 2 pkt. 1.5 - za każdy kurs, na którym stwierdzono uchybienie w odniesieniu do jednego autobusu - kara w odniesieniu do jednego autobusu zostanie naliczona 1 raz w ciągu dnia”;

(j) w odniesieniu do pkt. 5.6. nadanie mu następującego brzmienia:

„5.6 § 3 ust. 6 pkt. 6.18 – za brak lub nieuzasadnione opóźnienie odpowiedzi na każdą skargę lub reklamację”;

(k) w odniesieniu do pkt. 5.12. nadanie mu następującego brzmienia:

„5.12 Załącznik numer 10 – za nieuzasadnione opóźnienie od 1 do 9 dni kalendarzowych od wyznaczonego terminu dostarczenia poprawnego zapisu z monitoringu (również w sytuacji niewłaściwego ustawienia kamer) na żądanie Zamawiającego – za każdy dzień opóźnienia”;

(5) w zakresie Załącznika nr 9 [Zasady waloryzacji wynagrodzenia] do Projektu Umowy poprzez wprowadzenie zmian objętych opracowaniem Odwołującego – stanowiącym Załącznik nr 6 do odwołania;

Odwołujący podkreślił, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa. Odwołujący (jako przedsiębiorca działający na rynku usług przewozów autobusowych, świadczący takie usługi m.in. w Warszawie, Krakowie, Wrocławiu i Bydgoszczy) zamierza złożyć ofertę w postępowaniu w przewidzianym przez Zamawiającego terminie. Naruszenie przez Zamawiającego wskazanych przepisów skutkować może jednak poniesieniem przez Odwołującego realnej i faktycznej szkody związanej z realizacją zamówienia w oparciu o opublikowane przez Zamawiającego brzmienie SWZ i Projektu Umowy.

Odwołanie zostało złożone w ustawowym terminie (10 dni). Do odwołania załączono dowód wniesienia wpisu w wymaganej wysokości oraz potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Na wstępie zauważono, że w prowadzonym postępowaniu świadczenie usług przewozowych ma odbywać się na wybranych zadaniach na strefowych liniach autobusowych (904, 905, 908, 911, 914, 920, 921, 924, 928, 930, 931, 941, 944, 945, 955, 961, 964), wybranych zadaniach na normalnych liniach autobusowych (100, 108, 115, 120,

121, 147, 150, 151, 315) oraz wybranych zadaniach na specjalnych liniach autobusowych o ile zostaną uruchomione w trakcie realizacji umowy.

Wykonawca wyłoniony w postępowaniu będzie miał za zadanie nie „tylko” realizowanie usług przewozowych w sposób nieprzerwany i pewny, ale także zapewnienie dodatkowych świadczeń pośrednio z nimi związanych, tj. zorganizowanie i wdrożenie na własny koszt systemów:

- (a) kontroli punktualności kursowania i jakości usług przewozowych;
- (b) monitoringu;
- (c) lokalizacji pojazdów;
- (d) zliczania pasażerów;
- (e) zasilania Repozytorium Danych ITS informacjami pochodzącymi z autobusów poprzez interfejs API.

Wykonawca będzie zobowiązany ponadto do utrzymania stałego prawidłowego działania zasilania urzędzeń funkcjonujących w ramach systemu URBANCARD, tj. kasowników oraz jednostek centralnych zgodnie z przedłożoną dokumentacją techniczną zawartą w Załączniku nr 13 do Umowy.

Zamówienie zostało podzielone przez Zamawiającego na cztery Zadania, przy czym każdy wykonawca może złożyć ofertę na dowolną liczbę wybranych Zadań.

Przedmiot zamówienia ma być realizowany przez okres 6 lat (tj. od 1 stycznia 2025 roku przez kolejne 72 miesiące lub do wyczerpania wartości Umowy określonej w § 4 ust. 1 Projektu Umowy).

W ocenie Odwołującego Zamawiający skonstruował szereg postanowień w SWZ oraz w Projekcie Umowy, które pozostają niezgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami. Zamawiający usiłuje wykorzystać swoją pozycję dominującą w przetargu i wbrew zasadom współżycia społecznego wprowadził do Projektu Umowy postanowienia, które niezasadnie obciążają wykonawcę rażącym ryzykiem kontraktowym, naruszając tym samym zasadę sprawiedliwości kontraktowej.

ZARZUTY DOTYCZĄCE POSTANOWIEŃ UMOWNYCH

Zamawiający w treści Projektu Umowy stara się przenieść na wykonawcę szereg ryzyk, za które wykonawca nie będzie (nie powinien być) de facto odpowiedzialny. Postanowienia umowne przewidują rażącą nierówność stron stosunku zobowiązaniowego, a także dysproporcję między uprawnieniami stron umowy, co powoduje sprzeczność celu umowy w szczególności z zasadami współżycia społecznego.

Najbardziej skrajnym przykładem takiego – nieuprawnionego tak w świetle przepisów kodeksu cywilnego jak i Pzp – zachowania Zamawiającego jest obciążenie Wykonawcy w całości konsekwencjami ewentualnej zmiany prawa dotyczącej realizowanej Umowy. Zamawiający oczekuje, że konsekwencje takiej zmiany – na które to wykonawcy nie mają

żadnego wpływu – zostaną w całości przypisane temuż właśnie wykonawcy. Działanie takie jaszkrawo pokazuje próbę nadużycia pozycji kontraktowej przez zamawiającego.

Odwołujący nie zaprzecza, że Zamawiający ma możliwość na podstawie przepisów ustawy Pzp narzucić w pewien sposób swoje warunki realizacji zamówienia wykonawcom biorącym udział w postępowaniu. Zakres przysługującej Zamawiającemu swobody nie może jednak naruszać dyrektyw wynikających z m.in. art. 353¹ k.c. czy też 56 k.c. formujących zasadę swobodnego kształtowania stosunku prawnego pomiędzy stronami, przy czym postanowienia umowy, zgodnie z tym przepisem, nie mogą pozostawać w sprzeczności z właściwością stosunku, ustawą oraz zasadami współżycia społecznego.

Zamawiający publiczny, formułując postanowienia umowne, powinien z wyjątkową ostrożnością kształtować zakres praw i obowiązków stron. Tymczasem Zamawiający oczekuje odpowiedzialności wykonawcy za wszelkie zdarzenia negatywne, w tym te które nie są zależne od wykonawcy.

Zasada swobody umów, która znajduje zastosowanie do umów o zamówienie publiczne (z racji ich cywilnoprawnego charakteru) nie może być nadużywana (Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 16 sierpnia 2005 roku, Sygn. IV Ca 508/05; a także wyrok KIO z dnia 18 maja 2015 roku, sygn. KIO 897/15 oraz wyrok KIO z dnia 30 października 2017 roku, sygn. KIO 2163/17).

Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia § 2 [Tabor] ust. 3 Projektu Umowy

W odniesieniu do postanowienia § 2 [Tabor] ust. 3 Projektu Umowy, Odwołujący wnosi o zmianę w części postanowienia poprzez nadanie mu następującej treści:

„W przypadku zmian w przepisach prawa dotyczących wymagań dla autobusów objętych Umową, Wykonawca zobowiązany jest dostosować tabor do tych wymogów, z zastrzeżeniem zdania następnego. Strony ustalą warunki i zakres zmian, o których mowa w zdaniu poprzedzającym poprzez określenie terminów na dostosowanie taboru, zakresu dostosowania oraz wysokości dodatkowego wynagrodzenia Wykonawcy związanego z wykonaniem prac dostosowawczych w drodze zawarcia stosownego aneksu zmieniającego postanowienia Umowy.”

Obecna regulacja przerzuca na Wykonawców ryzyko ponoszenia wszelkich finansowych skutków potencjalnych zmian w przepisach prawa powszechnie obowiązującego, dotyczących wymagań dla autobusów objętych Umową w całości. Dodatkowo, powyższe jest o tyle nadmiernym obciążeniem, że w przypadku Zamówienia, odnosi się do 72-miesięcznego (tj. 6-letniego) okresu realizacji usług przewozowych.

Tymczasem, ryzyko zmiany przepisów prawa powinno zostać alokowane po stronie Zamawiającego. Powyższe wynika z samego charakteru tej postaci ryzyka, która – z wyłączeniem wyjątkowych sytuacji – występuje niezależnie od wykonawcy.

Odpowiednio, wyjściowym założeniem (zasadą) jest, że tak zamawiający, jak i wykonawca nie mają wpływu na zmiany w prawie powszechnie obowiązującym. Sytuacja, w której to wykonawca miałby ponosić konsekwencje zaistnienia zmian w tej sferze stanowi nieuzasadnione, nadmierne rozszerzenie odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności leżące w całości poza wpływem wykonawcy.

Wykonawca nie może być obciążany ryzykiem zmiany przepisów prawa z podobnych względów jak ustawodawca zakazuje przewidywania w postanowieniach umów odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem, odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron (por. art. 433 Pzp). Odwołujący przywołał także uzasadnienie Druku nr 3624 Rządowego projektu obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych, w odniesieniu do projektu treści art. 433 Pzp [Klauzule abuzywne] oraz orzecznictwo KIO -wyrok KIO z 18.05.2015 r., sygn. akt KIO 897/15, LEX nr 1746880.

Obowiązkiem zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego, tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych, został osiągnięty. W swoim działaniu zamawiający nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciążących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą.

Zabieg zastosowany przez Zamawiającego w obecnym brzmieniu postanowienia umownego wprowadza stan niepewności co do zakresu uprawnień i obowiązków stron umowy o zamówienie publiczne i jako taki stoi w sprzeczności z zasadą swobody umów.

Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia § 5 ust. 1 i 2 Projektu Umowy oraz postanowienia w VI Dziale [TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA] SWZ

W odniesieniu do postanowienia § 5 [Terminy] ust.1 i 2 Projektu Umowy, Odwołujący wnosił o zmianę w części postanowienia poprzez nadanie im następującej treści:

„1. Umowa zostaje zawarta na okres od daty jej zawarcia do upływu kolejnych 72 miesięcy (przypadających po dacie rozpoczęcia realizacji przewozów zgodnie z ust. 2 poniżej).

„2. Wykonawca zobowiązuje się do rozpoczęcia realizacji przewozów na liniach objętych zamówieniem po upływie 12 miesięcy od daty zawarcia Umowy.”

zarazem w odniesieniu do postanowienia w VI Dziale [TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA] SWZ poprzez nadanie mu następującej treści:

„Termin realizacji przedmiotu umowy: kolejne 72 miesiące przypadające po upływie 12 miesięcy od daty zawarcia Umowy”.

Odwołujący zauważył przede wszystkim, że przywołane postanowienia Projektu Umowy oraz SWZ nie są ze sobą spójne w zakresie daty rozpoczęcia świadczenia usług przewozów (realizacji Zamówienia). I tak:

- (a) z treści SWZ wynika, że rozpoczęcie realizacji przewozów nastąpi w określonej dacie dziennej, tj. od dnia 1 stycznia 2025 roku,
- (b) tymczasem, z § 5 [Terminy] ust. 2 Projektu Umowy wynika natomiast, że rozpoczęcie realizacji przewozów nastąpi do 11 miesięcy od dnia zawarcia umowy, ale nie wcześniej niż od 1 stycznia 2025 roku, zaś z § 5 [Terminy] ust. 1 Projektu Umowy nie wynika jaki jest cały okres trwania Umowy i jaki on konkretnie uwzględnia (obejmuje) okres przypadający pomiędzy samą datą zawarcia Umowy a datą rozpoczęcia realizacji usług przewozowych stanowiących przedmiot Umowy.

W przypadku przyjęcia, że wiążące są postanowienia SWZ [tzn. „do 11 miesięcy od dnia zawarcia umowy ale nie wcześniej niż od 1 stycznia 2025 roku”], to nie powinno być sztywnej daty rozpoczęcia realizacji zamówienia. Powyższe bierze pod uwagę w szczególności:

- (a) możliwość wystąpienia nieprzewidywalnych zdarzenia (np. przedłużająca się procedura przetargowa, odwołania do KIO, skargi do Sądu Zamówień Publicznych, itp.) i to mimo tego, że Zamawiający przewidział bardzo krótki termin na składanie ofert – biorąc pod uwagę nie tylko możliwość wniesienia odwołania wykonawców od SWZ/projektowanych postanowień umowy, lecz także przewidziane w Pzp terminy na udzielenie przez Zamawiającego wyjaśnień na pytania wykonawców dot. SWZ;
- (b) wyznaczenie przez Zamawiającego bardzo długiego (zarazem maksymalnego w rozumieniu art. 220 ust. 1 pkt 2 Pzp) terminu związania ofert określonego w Dziale XII pkt 1 SWZ [„Wykonawca jest związany ofertą od dnia upływu terminu składania ofert do dnia 29.05.2024 r.”].

Wskazana w SWZ data rozpoczęcia realizacji Zamówienia (1 stycznia 2025 roku) jest zbyt wczesna, mając na względzie aktualne standardowe na rynku terminy niezbędne na zamówienie i produkcję autobusów przeznaczonych do realizacji zamówienia, które wynoszą ok. 12 miesięcy

W przypadku przyjęcia, że wiążące są postanowienia Projektu Umowy [tzn. „do 11 miesięcy od dnia zawarcia umowy ale nie wcześniej niż od 1 stycznia 2025 roku” (vide § 5 ust. 2 Projektu Umowy) - nie jest jasne jak należy je rozumieć. W szczególności budzą wątpliwości kwestie:

- (a) znaczenia zwrotu: „do 11 miesięcy od dnia zawarcia umowy” (§ 5 ust. 2 Projektu Umowy);

(b) kto (zamawiający czy też wykonawca) jest władny decydować o konkretnej dacie rozpoczęcia realizacji przewozów (mieszczącej się w przedziale czasowym do 11 miesięcy od dnia zawarcia umowy) (§ 5 ust. 2 Projektu Umowy);

(c) jaki jest konkretnie cały okres trwania Umowy i jaki on konkretnie uwzględnia (obejmuje) okres przypadający pomiędzy samą datą zawarcia Umowy a datą rozpoczęcia realizacji usług przewozowych stanowiących przedmiot Umowy (§ 5 ust. 1 Projektu Umowy).

Istnieje więc ryzyko, że usługi przewozów będą musiały być świadczone już np. po kilku miesiącach od podpisania umowy, a ponadto – nie jest jasne jaki został przewidziany konkretnie okres na realizację usług przewozowych stanowiących przedmiot zamówienia (a więc okres niezwykle istotny dla wykonawcy – ponieważ za ten okres należec się będzie wynagrodzenie danemu wykonawcy).

Powyższe uwagi dotyczą także postanowień Projektu Umowy i SWZ traktujących o:

(a) momencie końcowym okresu, na który Umowa została zawarta, tj. *„Umowa zostaje zawarta na okres od daty jej zawarcia do dnia roku lub do wyczerpania kwoty odpowiadającej wartości Umowy, wskazanej w § 4 ust.1.”*

(b) momencie końcowym realizacji przedmiotu Umowy, tj. *„Termin realizacji przedmiotu umowy: od 1 stycznia 2025 roku przez kolejne 72 miesiące lub do wyczerpania wartości Umowy określonej w § 4 ust. 1. Umowy”* lub przewidujących, że *„lub do wyczerpania wartości Umowy określonej w § 4 ust. 1 Umowy”* lub *„do wyczerpania wartości Umowy określonej w § 4 ust. 1 Umowy.”*

Wykonawca nie może pozostawać w stanie niepewności nie tylko odnośnie do długości okresu na realizację usług przewozowych stanowiących przedmiot zamówienia, ale także wartości tego okresu, tj. w jakim okresie przypadnie.

Ponadto, dopuszczenie możliwości zakończenia realizacji Umowy (względnie moment końcowy „zawarcia Umowy”) w przypadku „wyczerpania” kwoty wartości Umowy, w praktyce stanowi dodatkowy limit waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy. Postanowienie to może umożliwić Zamawiającemu „obejście” obowiązku waloryzacji stawki za wozokilometr zgodnie z zasadami waloryzacji wynagrodzenia przewidzianymi w Załączniku nr 9 do Projektu Umowy.

Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia § 6 [Umowne prawo odstąpienia i rozwiązania umowy] ust. 5.4 i 5.6 Projektu Umowy

W odniesieniu do postanowienia § 6 [Umowne prawo odstąpienia i rozwiązania umowy] ust. 5.4 i 5.6 Projektu Umowy, Odwołujący 1 wnosil o zmianę w części postanowienia poprzez nadanie mu następującej treści:

„[5.] Zamawiający może rozwiązać Umowę w trybie natychmiastowym bez jej wypowiedzenia, ze skutkiem na dzień otrzymania przez Wykonawcę oświadczenia o jej rozwiązaniu w przypadkach, gdy:

[5.4.] Wykonawca bez uzasadnionej przyczyny przerwał w całości lub w części (co najmniej 35% pracy przewozowej zaplanowanej w danym dniu) świadczenie usług przewozowych i nie realizuje ich pomimo pisemnego wezwania z 3-dniowym terminem do ich podjęcia;

[...]

[5.6.] zaistniały jakiegokolwiek przesłanki w sposób trwały uniemożliwiające dalszą realizację Umowy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa z uwagi na okoliczności leżące wyłącznie po stronie Wykonawcy.”

Przywołane postanowienia wprowadzają niepewność w odniesieniu do trwałości stosunku prawnego wynikającego z umowy. Postanowienie przyznaje Zamawiającemu nadmiernie szerokie uprawnienie do odstąpienia od umowy, tj. zarazem:

(a) w zakresie trybu rozwiązania umowy przez Zamawiającego, tj. w trybie natychmiastowym bez jej wypowiedzenia, ze skutkiem na dzień otrzymania przez Wykonawcę oświadczenia o jej rozwiązaniu;

(b) w zakresie przyczyn rozwiązania umowy przez Zamawiającego, które:

(i) w przypadku pkt. 5.4 i pkt. 5.6. – nie uwzględniają charakteru okoliczności, które mogą stanowić przyczynę zaistnienia przypadków uprawniających do rozwiązania umowy przez Zamawiającego, tj. w szczególności, czy wykonawca ponosi za nie odpowiedzialność, czy też są w całości niezależne i niezawinione przez wykonawcę lub obie strony umowy, względnie to zamawiający ponosi za nie odpowiedzialność w całości;

(ii) w przypadku pkt. 5.6 – są wskazane w sposób nieprecyzyjny (zbyt ogólny, za szeroko), w szczególności poprzez posłużenie się określeniami: „jakiegokolwiek [przesłanki]”, „zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa”;

(c) w zakresie możliwości zajęcia stanowiska przez wykonawcę

(i) w przypadku pkt. 5.4 – wykonawca ma zaledwie 2 dni na przedstawienie Zamawiającemu stanowiska w sprawie przyczyn uzasadniających jednostronne rozwiązanie umowy przez Zamawiającego;

(ii) w przypadku pkt. 5.6. – postanowienie w ogóle nie przewiduje, że Zamawiający zwraca się do wykonawcy o zajęcie stanowiska w sprawie przyczyn uzasadniających jednostronne rozwiązanie umowy przez Zamawiającego; powyższe skutkować może tym, że wykonawca w ogóle nie będzie miał możliwości zajęcia stanowiska w sprawie ww. przyczyn.

Dodatkowo, przewiduje się rozwiązanie przez Zamawiającego (w trybie natychmiastowym bez wypowiedzenia, ze skutkiem na dzień otrzymania przez Wykonawcę oświadczenia o rozwiązaniu, do umowy (kontraktu) w przedmiocie 6 letniego świadczenia usług przewozowych przez wykonawcę. Powyższe wprowadza nieuzasadnione i zarazem nadmierne 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.

Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia Formularz ofertowy/formularze cenowe
(a także inne dokumenty – np. Załącznik nr 8 do Projektu Umowy)

Kolejną grupę wątpliwości rodzi zaproponowany przez Zamawiającego sposób kalkulacji ceny oferty i „budowania” stawek wynagrodzenia, określony w załączniku nr 8 do Projektu Umowy.

Zamawiający jednocześnie wymaga zastosowania przy realizacji umowy – w zależności od danej części zamówienia (Zadania) – określonej liczby różnych rodzajów (typów) autobusów o określonym napędzie [typy oznaczone odpowiednio literami: A, B, C, Ce, D i De], z uwzględnieniem liczby autobusów zeroemisyjnych zgodnie z przepisami ustawy z 11 stycznia 2018 roku o elektromobilności i paliwach alternatywnych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 875 ze zm.) określającymi wymagany procentowo udział autobusów zeroemisyjnych w strukturze pojazdów [§ 2 ust. 2 Projektu Umowy w związku z Załącznikiem nr 1a do Projektu Umowy].

Przy tym, autobusy te różnią się istotnymi parametrami [określonymi szczegółowo w załączniku nr 2 do Projektu Umowy], takimi jak m.in.:

- (a) wymiary [długość];
- (b) liczba i układ drzwi [w tym ich umiejscowieniem, rodzajem];
- (c) liczba miejsc siedzących/stojących;
- (d) liczba foteli.

Dodatkowo, dokumentacja przewiduje jednocześnie wycenę wozokilometra oraz wozogodziny, które stanowią części składowe wynagrodzenia w danym okresie.

Zamawiający zdecydował się na bezzasadną próbę „uproszczenia” sposobu określenia ceny jednego wozokilometra i wozogodziny poprzez ograniczenie się jedynie do podania ceny jednego wozokilometra autobusu typu C.

Cena tak wozokilometra, jak i wozogodziny pozostałych rodzajów stosowanego taboru ma zostać wyliczona w oparciu o arbitralnie przyjęty i wskazany przez Zamawiającego mnożnik będący de facto pochodną ceny jednego wozokilometra autobusu typu C.

Zasady logiki, doświadczenia życiowego, a także i wiedzy technicznej jasno wskazują, że koszty wozokilometra i wozogodziny kształtują się odmiennie w zależności od rodzaju taboru i brak jest możliwości przyjęcia jakichkolwiek standardowych przeliczników, co stara się czynić Zamawiający. Zaproponowane wskaźniki są w całości arbitralne i istotnie odbiegają od faktycznych kosztów eksploatacji różnorodnego taboru, który będzie stosowany przy realizacji umowy. Konsekwencją takiego rozwiązania jest jednak zupełne oderwanie się faktycznej wartości wozokilometra i wozogodziny dla poszczególnych rodzaju autobusów od ceny stosowanej na podstawie Umowy. Zasadniczo uniemożliwia to również porównanie ofert. Wykonawcy pozostają bowiem zmuszeni do:

- (a) wyliczenia faktycznego kosztu wozogodziny i wozokilometra dla każdego z rodzajów stosowanego taboru;
- (b) „dopasowanie” stawki dla autobusu typu C w taki sposób aby – stosując arbitralny mnożnik Zamawiającego – „osiągnąć” faktyczne koszty dla pozostałej części taboru (dla autobusów typu innego niż typ C).

Prowadzi to, w ocenie Mobilis, do zaburzenia stawki wynikającej z mnożnika względem faktycznych kosztów realizacji zobowiązania przy użyciu konkretnego rodzaju taboru. Każdorazowo – przy takim mechanizmie – zaburzone będą [albo zaniżone albo zawyżone] wartości dla poszczególnych typów taboru. Mechanizm taki może również prowadzić do sztucznej alokacji najwyższej ceny każdego wozokilometra i wozogodziny przy tym rodzaju, przy którym wykonywane będzie najwięcej przewozów.

Obecne podejście powoduje, że stawka nie będzie odpowiadać faktycznym kosztom. Przy obecnym podejściu istnieje ryzyko spekulacji, waloryzacji nie będzie bowiem w praktyce podlegać faktyczna stawka (w znaczeniu faktycznego kosztu), co może skutkować istotnym wzrostem kosztów po stronie wykonawcy, bądź po stronie Zamawiającego. W praktyce stawka do waloryzacji nie będzie więc powiązana z faktycznymi kosztami.

W konsekwencji Odwołujący wnioskował o zmianę tak, by Zamawiający i w konsekwencji wykonawca, podawali stawki odrębnie dla każdego typu taboru.

Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia postanowień w zakresie Stawek wynagrodzenia przewidzianych w Załączniku nr 8 do Projektu Umowy

Kolejnym mechanizmem wprowadzonym przez Zamawiającego w Załączniku nr 8 [Stawki wynagrodzenia], w pkt. 2 i kolejnych jest zastosowanie obniżenia ceny wozokilometra w sytuacji wystąpienia wskazanych nieprawidłowości [przy czym sposób ich określenia pozostaje wysoce nieprecyzyjny i pozwala na dowolną i subiektywną ich ocenę przez Zamawiającego].

Odwołujący wskazał, że sama idea (istota) pkt 2 i kolejnych Załącznika nr 8 do Projektu Umowy, pozostaje dla niego zrozumiała, jednak:

- (a) wskazane tam nieprawidłowości w znacznej części podlegają odrębnemu reżimowi kar umownych [zatem wykonawca jest de facto „karany” dwa razy za tę samą okoliczność];
- (b) przyjęte wartości obniżenia pozostają nieproporcjonalne i nieadekwatne do skali wskazanego i przewidzianego przez Zamawiającego w Projekcie Umowy (włączając określone załączniki do Projektu Umowy) uchybienia.

Przykładowo podano sytuację niewłaściwego działania wyświetlacza, która wiąże się z obniżeniem ceny wozokilometra o 25 % (pomnożonej przez liczbę planowanych wozokilometrów dla kursu, na którym zostało stwierdzone uchybienie).

Przyjęte w Projekcie Umowy wskaźniki – od 0.25 do 0.75 pozostają nieproporcjonalne do skali zidentyfikowanych uchybień. Jednocześnie w swej istocie

wprowadzają one swoistą karę umowną, do tego również za okoliczności w całości niezależne od Wykonawcy.

Konieczne jest zatem:

- (a) wyraźne wskazanie, że jedna okoliczność równa się jednej sankcji [obniżenie ceny wozokilometra lub kara umowna];
- (b) urealnienie stopnia obniżonej ceny poprzez podwyższenie wskaźników w ten sposób, aby obniżone stawki kształtowały się na poziomie od 0.85 do 0.97 wartości wozokilometra.

Kontynuacją wadliwie opracowanej dokumentacji jest pkt 3 Załącznika nr 8 do Projektu Umowy, który to wprost prowadzi do obniżenia ceny wszystkich wozokilometrów w sytuacji wystąpienia uchybień – nawet jeżeli część kursów była realizowana bez jakichkolwiek uchybień.

Mechanizm ten sprowadza się do sytuacji, w której – mimo należytego wykonywania przewozu – wynagrodzenie należne za należycie zrealizowane wozokilometry zostanie obniżone. Zgodnie z pkt 3 Załącznika nr 8 do Projektu Umowy, wystąpienie uchybień w 30% prowadzi do obniżenia ceny wszystkich [100 %] zrealizowanych tego dnia przewozów.

Powyższe w jaskrawy sposób obrazuje zaburzenie pozycji kontraktowej, naruszenie swobody umów i próbę nadużycia pozycji kontraktowej przez Zamawiającego.

Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia Zasad waloryzacji wynagrodzenia przewidzianych w Załączniku nr 9 do Projektu Umowy

W odniesieniu do Zasad waloryzacji wynagrodzenia przewidzianych w Załączniku nr 9 do Projektu Umowy, Odwołujący wnosił o zmianę przedmiotowych postanowień. Wprawdzie Projekt Umowy teoretycznie przewiduje waloryzację wynagrodzenia, jednak w praktyce, szczegółowe założenia tego mechanizmu osłabiają jego efektywność i sam sens (istotę) waloryzacji. Obecny mechanizm jest ostatecznie nieadekwatny w stosunku do dzisiejszych realiów rynkowych.

Najistotniejsze zmiany zaproponowane przez Odwołującego zakładają:

- (a) wprowadzenie odrębnych wzorów waloryzacyjnych dla każdego rodzaju taboru; każdy tabor o danym napędzie powinien mieć swój odrębny wzór waloryzacyjny, jako że udział energii w kosztach na kilometr dla autobusów elektrycznych jest odmienny od udziału kosztów oleju napędowego w kosztach na kilometr dla autobusów o napędzie konwencjonalnym (spalinowym; diesel) – zaś autobusy o takich właśnie źródłach napędu mogą być realnie brane pod uwagę przez potencjalnych wykonawców rozważających złożenie oferty (obecnie: jeden wzór waloryzacyjny dla wszystkich rodzaju taboru);
- (b) usunięcie limitu rocznej waloryzacji; usunięty zostanie maksymalny wskaźnik waloryzacji stawki za jeden wozokilometr w danym roku, w celu umożliwienia pokrycia faktycznych kosztów ponoszonych na bieżąco przez wykonawcę przy realizacji zamówienia

w ich rzeczywistej wartości (obecnie: limit 12,5% rocznej waloryzacji przy częstotliwości waloryzacji co 6 m-cy);

(c) objęcie waloryzacją całej (100%) stawki jednostkowej za wozokilometr (obecnie: tylko 85% stawki);

(d) doprecyzowanie wskaźnika inflacji („Wi”) (obecnie, wskaźnik inflacji jest opisany nieprecyzyjnie (błędnie) ponieważ może sugerować, że w przypadku inflacji na poziomie 10% w porównywalnych okresach stawka Wykonawcy nie uległaby podwyższeniu);

(e) waloryzację on line; waloryzacja będzie odbywała się ze skutkiem do okresu, w którym nastąpiła zmiana czynników na podstawie których waloryzacja została ustalona poprzez wystawienie faktur rozliczeniowych (korygujących), które to skorygują wynagrodzenie w oparciu o zwaloryzowane stawki (obecnie: waloryzacja z 6-miesięcznym opóźnieniem);

(f) wskazanie, że w przypadku, gdyby wskaźnik Ww (wskaźnik zmiany wynagrodzeń) osiągnął wartość niższą od „1” przyjmuje się wówczas wartość tego wskaźnika Ww na poziomie „1”; wskaźnik zmiany wynagrodzeń nie może bowiem działać „w dół”, w szczególności nie sposób sobie chociażby wyobrazić dokonywania przez wykonawcę - pracodawcę wypowiedzeń zmieniających pracownikom w zakresie zmiany (obniżenia) ich wynagrodzenia; (obecnie: spadek wskaźnika wynagrodzeń powodujący obniżenie stawki);

(g) doprecyzowanie, że do dnia podpisania umowy stawki jednostkowe za wozokilometr będą waloryzowane w okresie po upływie każdego trzymiesięcznego okresu, ze skutkiem w okresie w którym nastąpiła zmiana czynników uwzględnionych w formule waloryzacyjnej przez Zamawiającego nawet przy braku wniosku wykonawcy – po upływie każdego trzymiesięcznego okresu, z zastrzeżeniem, że pierwsza waloryzacja będzie obejmować okres zmiany cen oleju napędowego/energii elektrycznej (w zależności od źródła napędu zaoferowanych przez wykonawcę autobusów), przeciętnych wynagrodzeń w sektorze przedsiębiorstw, cen towarów i usług konsumpcyjnych od 01 stycznia 2024 roku do ostatniego dnia miesiąca poprzedzającego rozpoczęcie świadczenie usług [okresem bazowym do pierwszej waloryzacji dla zmiany cen oleju napędowego/energii elektrycznej (w zależności od źródła napędu zaoferowanych przez wykonawcę autobusów) oraz przeciętnych wynagrodzeń w sektorze przedsiębiorstw byłby okres od 01 lipca 2023 roku do 31 grudnia 2023 roku] (obecnie przykładowo, zgodnie z Załącznikiem nr 9 do Projektu Umowy, waloryzacja następować ma co 6 miesięcy, począwszy od upływu pierwszych 6 miesięcy od momentu otwarcia ofert [warto przy tym zwrócić uwagę, że w tym okresie – zwłaszcza w przypadku przedłużającego się postępowania - może jeszcze nie być zawartej umowy pomiędzy Zamawiającym oraz wykonawcą] i będzie dokonywana na wniosek operatora).

Istota wskazanego sposobu modyfikacji postanowień Projektu Umowy pozwala na bieżące przywracanie ekwiwalentności świadczeń w oparciu o jasne i klarowne przesłanki, uwzględniające zarazem dotychczasowe elementy mechanizmu opracowanego przez Zamawiającego.

Doświadczenia zdarzeń ostatnich lat, tj. w szczególności wystąpienie i utrzymywanie się stanu epidemii w latach 2020-2023, zbrojna inwazja Federacji Rosyjskiej na terytorium Ukrainy dająca początek pełnowymiarowej wojnie konwencjonalnej tuż za naszą wschodnią granicą, zrewidowały i zredefiniowały pojęcie stabilności i pewności obrotu prawnego. 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 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.

Propozycja uwzględnia także stanowisko Prezesa UZP wskazujące na potrzebę faktycznego „wyrównywania” świadczeń, zachwianych na skutek wystąpienia nieprzewidywalnych okoliczności. Wprowadzenie zaproponowanej formuły waloryzacyjnej, pozwala również na zachowanie pełnej przejrzystości co do sposobu i zasad waloryzacji Umowy .

Zaproponowany mechanizm waloryzacji pozwoli na bezzwłoczne dostosowywanie wskaźników do faktycznej sytuacji rynkowej, w tym ewentualnej sytuacji konieczności wykonywania świadczeń w czasie, gdy mogą wystąpić zagrożenia powstaniem rażącej straty po stronie wykonawcy.

Z uwagi na zakres i poziom szczegółowości proponowanych przez Odwołującego zmian, Odwołujący złożył propozycję modyfikacji w formie odrębnego dokumentu – załącznika do odwołania [Załącznik nr 6 do odwołania], który stanowiłby nowy Załącznik nr 9 do Projektu Umowy. Metodyka opracowania Odwołującego 1 jest analogiczna do zastosowanej przez Zamawiającego przy sporządzaniu „Zasad waloryzacji wynagrodzenia” przewidzianych w obecnym Załączniku nr 9 do Projektu Umowy.

Zasadnicze w zakresie zaskarżenia § 7 [Kary umowne] ust. 2 i 14 Projektu Umowy oraz Zasad naliczania i wielkości kar umownych przewidzianych w Załączniku nr 7 do Projektu Umowy

W odniesieniu do postanowienia § 7 [Kary umowne] ust. 2 Projektu Umowy, Odwołujący wnosił o zmianę w części ww. postanowienia poprzez nadanie mu następującej treści:

„2. Przed ostateczną decyzją o naliczeniu kary przez Zamawiającego Wykonawca o tym fakcie zostanie powiadomiony pisemnie. Wykonawca ma prawo odwołania się od nałożonej kary w terminie 5 dni roboczych (za dzień roboczy Zamawiający uznaje dni robocze przypadające od poniedziałku do piątku) od otrzymania takiej informacji. Zamawiający rozpatruje odwołanie Wykonawcy w terminie 10 dni roboczych i w tym okresie ma prawo żądania przedstawienia przez Wykonawcę dodatkowych dokumentów, wyjaśnień w zakresie dozwolonym przez obowiązujące prawo.”

Przywołane postanowienie przewiduje nadmiernie krótki czas dla wykonawcy na zajęcie merytorycznego stanowiska w odwołaniu od nałożonej przez Zamawiającego kary umownej, tj. 3 dni robocze. Brak jest uzasadnienia tak faktycznego, jak i prawnego dla takiego rozwiązania. Wydłużenie okresu do co najmniej 5 dni roboczych zarazem:

(a) umożliwi wykonawcy sformułowanie rzetelnej odpowiedzi na zastrzeżenia Zamawiającego odnośnie do należytego wykonywania umowy i – w przypadku uznania argumentacji wykonawcy – pozwoli wykonawcy na uniknięcie bezpodstawnie bądź niezasadnie naliczonej kary umownej; a ponadto

(b) nie wiąże się dla Zamawiającego z nadmiernymi negatywnymi konsekwencjami, w rzeczywistości – co najwyżej – odsunie w czasie moment ostatecznego naliczenia kary umownej i dokonania jej zapłaty przez wykonawcę o – zaledwie – dwa dni robocze.

W odniesieniu do postanowienia § 7 [Kary umowne] ust. 14 Projektu Umowy, Odwołujący wnosi o zmianę w części postanowienia poprzez nadanie mu następującej treści:

„14. Łączna wielkość kar umownych z tytułu niewłaściwej realizacji Umowy nie może przekroczyć w danym okresie rozliczeniowym 10% wartości wynagrodzenia podstawowego za 1 pełny okres rozliczeniowy (suma kar z Załącznika numer 7 i pomniejszenia wynagrodzenia z Załącznika numer 8).”

Łączna wielkość obecnie przewidywana kar umownych jest nieproporcjonalnie wysoka w stosunku do wartości wynagrodzenia podstawowego wykonawcy za 1 pełny okres rozliczeniowy. Postanowienie to zaburza równowagę kontraktową Stron. Powyższe bierze pod uwagę, że w § 6 ust. 5 Projektu Umowy zastrzeżono prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego do wysokości faktycznie poniesionej szkody na ogólnych zasadach określonych przepisami Kodeksu Cywilnego.

W odniesieniu do zasad naliczania i wielkość kar umownych przewidzianych w Załączniku nr 7 do Projektu Umowy, Odwołujący wnosił o zmianę w części tychże zasad w sposób zaproponowany w zestawieniu tabelarycznym.

	Obecna treść	Wnioskowana treść	Uzasadnienie
	W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania postanowień Umowy przez Wykonawcę, Zamawiający ma prawo naliczenia kar umownych. Kary te wynoszą:	W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania postanowień Umowy przez Wykonawcę, jeżeli nienależyte wykonanie bądź niewykonanie było następstwem okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność (por. § 7 ust. 4 Umowy) , Zamawiający ma prawo naliczenia kar umownych. Kary te wynoszą:	Doprecyzowanie postanowienie, które wprost koresponduje z § 7 ust. 4 Umowy i usuwa ewentualne wątpliwości interpretacyjne – w tym w związku z relacjami regulacji ogólnej i szczególnej.
	<i>2. 5 000 zł za niewywiązywanie się z obowiązków określonych w umowie:</i>		<i>Nie dotyczy – przywołanie porządkowe.</i>
2.2.	2.2. § 5 ust. 3 pkt. 3.5 – za każdy dzień kalendarzowy opóźnienia od dodatkowego terminu wyznaczonego przez Zamawiającego w okazaniu autobusów spełniających wymagania techniczne bez względu na liczbę usterek i liczbę autobusów niespełniających wymagań;	2.2. § 5 ust. 3 pkt. 3.5 – za każdy dzień kalendarzowy nieuzasadnionego opóźnienia od dodatkowego terminu wyznaczonego przez Zamawiającego w okazaniu autobusów spełniających wymagania techniczne bez względu na liczbę usterek i liczbę autobusów niespełniających wymagań;	Ujednoczenie w zakresie kwalifikacji rodzaju uchybienia – w odniesieniu do kwalifikacji „opóźnienia” użytej w pkt. 2.6. („nieuzasadnione opóźnienie”). Ujednoczenie pojęć służy doprecyzowaniu , że również w tym – analogicznym gatunkowo przypadku – uchybienie w postaci „opóźnienia” odnosi się do „nieuzasadnionego” opóźnienia (por. pkt. 2.6.)
2.6.	2.6. Załącznik numer 6 – za odmowę bądź nieuzasadnione opóźnienie we wprowadzeniu zmian w rozkładzie jazdy przekazany przez Zamawiającego za każdy dzień opóźnienia;		<i>Nie dotyczy – przywołanie porządkowe.</i>
2.7.	2.7. Załącznik numer 10 – za odmowę bądź opóźnienie ponad 10 dni kalendarzowych od wyznaczonego terminu dostarczenia poprawnego zapisu z monitoringu (również w sytuacji niewłaściwego	2.7. Załącznik numer 10 – za odmowę bądź nieuzasadnione opóźnienie ponad 10 dni kalendarzowych od wyznaczonego terminu dostarczenia poprawnego zapisu z monitoringu (również w sytuacji niewłaściwego ustawienia kamer) na żądanie	Ujednoczenie w zakresie kwalifikacji rodzaju uchybienia – w odniesieniu do kwalifikacji „opóźnienia” użytej w pkt. 2.6. („nieuzasadnione opóźnienie”). Ujednoczenie pojęć służy doprecyzowaniu , że również w tym –

	ustawienia kamer) na żądanie Zamawiającego;	Zamawiającego za każdy dzień opóźnienia ;	analogicznym gatunkowo przypadku – uchybienie w postaci „ opóźnienia ” odnosi się do „ nieuzasadnionego ” opóźnienia (por. pkt. 2.6.) Zmiana zakłada uzupełnienie o kwantyfikikator , tj. „mnożnik” w oparciu o który kara umowna we wskazanej kwocie (5 000 zł) może zostać naliczona, tj. „ za każdy dzień opóźnienia ”. Doprecyzowanie eliminuje potencjalne wątpliwości interpretacyjne niedopuszczalne w przypadku obowiązku zastrzegania kary umownej w „ określonej sumie ” (por. art. 483 § 1 k.c. <i>in fine</i>), zarazem koresponduje z analogicznymi uregulowaniami w obrębie Załącznika nr 7.
3.	3. 2 000 zł za niewywiązywanie się z obowiązków określonych w umowie:		<i>Nie dotyczy – przywołanie porządkowe.</i>
3.2.	3.2. § 3 ust. 3 – za każdy przypadek braku podstawienia 1 autobusu w ramach przewozów specjalnych pomimo wcześniejszych uzgodnień z Wykonawcą;	3.2. § 3 ust. 3 – za każdy przypadek braku podstawienia 1 autobusu w ramach przewozów specjalnych pomimo wcześniejszych uzgodnień z Wykonawcą - kara w odniesieniu do jednego autobusu zostanie naliczona 1 raz w ciągu dnia ;	Zmiana zakłada dookreślenie kwantyfikikatora , tj. „mnożnika” w oparciu o który kara umowna we wskazanej kwocie (2 000 zł) może zostać naliczona, tj. „ kara w odniesieniu do jednego autobusu zostanie naliczona 1 raz w ciągu dnia ”. Doprecyzowanie eliminuje potencjalne wątpliwości interpretacyjne niedopuszczalne w przypadku obowiązku zastrzegania kary umownej w „ określonej sumie ” (por. art. 483 § 1 k.c. <i>in fine</i>), zarazem koresponduje z analogicznymi uregulowaniami w obrębie Załącznika nr 7.
4.	4. 1 000 zł za niewywiązywanie się z obowiązków określonych w umowie:		<i>Nie dotyczy – przywołanie porządkowe.</i>

<p>4.5.</p>	<p>4.5 § 3 ust. 6 pkt. 6.13 - za każdy dzień kalendarzowy, w którym autobus jeździł z niedziałającymi kasownikami elektronicznymi z powodu niesprawnej instalacji, o której mowa w Załączniku numer 13;</p>	<p>4.5 § 3 ust. 6 pkt. 6.13 i pkt. 6.15- za każdy dzień kalendarzowy, w którym autobus jeździł z niedziałającymi kasownikami elektronicznymi: z powodu niesprawnej instalacji, o której mowa w Załączniku numer 13 albo z powodu braku zgłoszenia awarii kasowników elektronicznych lub zgłoszenia awarii do serwisu operatora systemu URBANCARD i do Zamawiającego po wymaganym terminie;</p>	<p>Zestawienie ze sobą pkt. 4.5. oraz 4.6. ujawnia niedopuszczalną kumulację kary umownej zastrzeżonej za ten sam przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązana przez wykonawcę.</p> <p>Należy uznać, że zastrzeżenie kary umownej w obu przypadkach sankcjonuje ten sam sposób naruszenia zobowiązania przez wykonawcę, tj. poprzez brak zapewnienia autobusu jeżdżącego z działającymi kasownikami elektronicznymi.</p> <p>Kwestia tego jaka była przyczyna powyższego, tj. czy kasownik elektroniczny w autobusie nie działał w konsekwencji niesprawnej instalacji, o której mowa w Załączniku numer 13 czy też wskutek braku zgłoszenia awarii kasowników elektronicznych lub zgłoszenia awarii do serwisu operatora systemu URBANCARD i do Zamawiającego po wymaganym terminie – stanowi kwestię wtórną.</p> <p>Nie jest dopuszczalne kumulowanie kary umownej przewidzianej za nienależyte wykonanie zobowiązania z karą umowną za niewykonanie tego samego zobowiązania (wyrok SN z dnia 28 stycznia 2011 r., I CSK 315/10, OSNC-ZD 2011, nr D, poz. 85).</p> <p>Kara umowna może być naliczana tylko jeden raz za jeden przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania polegającego na tym samym: autobus jeździł z niedziałającymi kasownikami elektronicznymi.</p>
--------------------	---	---	--

4.6	4.6 § 3 ust. 6 pkt. 6.15 – za każdy dzień kalendarzowy, w którym autobus jeździł z niesprawnymi kasownikami elektronicznymi z powodu braku zgłoszenia awarii kasowników elektronicznych lub zgłoszenia awarii do serwisu operatora systemu URBANCARD i do Zamawiającego po wymaganym terminie;	4.6 § 3 ust. 6 pkt. 6.15 – za każdy dzień kalendarzowy, w którym autobus jeździł z niesprawnymi kasownikami elektronicznymi z powodu braku zgłoszenia awarii kasowników elektronicznych lub zgłoszenia awarii do serwisu operatora systemu URBANCARD i do Zamawiającego po wymaganym terminie;	Konsekwencja zmiany w pkt. 4.5.
4.10.	4.10 Załącznik numer 2 pkt. 1.1-1.3 - za każdy kurs, na którym stwierdzono uchybienie w odniesieniu do jednego autobusu w tym uruchomienia autobusu testowego bez zgody Zamawiającego (§ 2 ust. 12) lub wymiany autobusu podstawowego bez poinformowania Zamawiającego (§ 2 ust. 13)	4.10 Załącznik numer 2 pkt. 1.1-1.3 - za każdy kurs, na którym stwierdzono uchybienie w odniesieniu do jednego autobusu w tym uruchomienia autobusu testowego bez zgody Zamawiającego (§ 2 ust. 12) lub wymiany autobusu podstawowego bez poinformowania Zamawiającego (§ 2 ust. 13) - kara w odniesieniu do jednego autobusu zostanie naliczona 1 raz w ciągu dnia	Zmiana zakłada dookreślenie kwantyfikatora , tj. „mnożnika” w oparciu o który kara umowna we wskazanej kwocie (2 000 zł) może zostać naliczona, tj. „kara w odniesieniu do jednego autobusu zostanie naliczona 1 raz w ciągu dnia” . <i>Doprecyzowanie eliminuje potencjalne wątpliwości interpretacyjne niedopuszczalne w przypadku obowiązku zastrzegania kary umownej w „określonej sumie” (por. art. 483 § 1 k.c. in fine), zarazem koresponduje z analogicznymi uregulowaniami w obrębie Załącznika nr 7.</i>
4.11.	4.11 Załącznik numer 2 pkt. 1.4. - za każdy kurs, na którym stwierdzono uchybienie w odniesieniu do jednego autobusu;	4.11 Załącznik numer 2 pkt. 1.4. - za każdy kurs, na którym stwierdzono uchybienie w odniesieniu do jednego autobusu - kara w odniesieniu do jednego autobusu zostanie naliczona 1 raz w ciągu dnia;	Uzasadnienie jw.

4.12.	4.12 Załącznik numer 2 pkt. 1.5 - za każdy kurs, na którym stwierdzono uchybienie w odniesieniu do jednego autobusu;	4.12 Załącznik numer 2 pkt. 1.5 - za każdy kurs, na którym stwierdzono uchybienie w odniesieniu do jednego autobusu - kara w odniesieniu do jednego autobusu zostanie naliczona 1 raz w ciągu dnia;	Uzasadnienie jw.
5.	5. 500 zł za niewywiązywanie się z obowiązków określonych w:		<i>Nie dotyczy – przywołanie porządkowe.</i>
5.6	5.6 § 3 ust. 6 pkt. 6.18 – za brak lub przekroczenie terminu odpowiedzi na każdą skargę lub reklamację;	5.6 § 3 ust. 6 pkt. 6.18 – za brak lub nieuzasadnione opóźnienie odpowiedzi na każdą skargę lub reklamację;	Ujednoczenie w zakresie rodzaju uchybienia , którego istota zawiera się w pojęciu „opóźnienie”. Nieuzasadnione jest użycie w tym miejscu określenia „przekroczenie terminu” jeżeli w istocie stanowi synonim pojęcia znanego w języku prawniczym jako „opóźnienie”.
5.12	5.12 Załącznik numer 10 – za opóźnienie od 1 do 9 dni kalendarzowych od wyznaczonego terminu dostarczenia poprawnego zapisu z monitoringu (również w sytuacji niewłaściwego ustawienia kamer) na żądanie Zamawiającego – za każdy dzień opóźnienia;	5.12 Załącznik numer 10 – za nieuzasadnione opóźnienie od 1 do 9 dni kalendarzowych od wyznaczonego terminu dostarczenia poprawnego zapisu z monitoringu (również w sytuacji niewłaściwego ustawienia kamer) na żądanie Zamawiającego – za każdy dzień opóźnienia;	W stosunku do kwalifikacji „opóźnienia” użytej w pkt. 2.6. („nieuzasadnione opóźnienie”) ujednoczenie pojęć powinno obejmować także doprecyzowanie, że również w tym – analogicznym gatunkowo przypadku – pojęcie „przekroczenie terminu” powinno zostać doprecyzowane jako „nieuzasadnione” (por. pkt. 2.6.)

Zaproponowane przez Odwołującego zmiany wynikają z dwóch zasadniczych motywacji – w odniesieniu do poszczególnych postanowień:

- (a) doprecyzowanie pojęć w celu zapobieżenia ewentualnym wątpliwościom interpretacyjnym / wykładni – w tym w związku z relacjami regulacji ogólnych i szczególnych; w tym poprzez ujednoczenie pojęć;
- (b) wyeliminowanie (przez redukcję) postanowień przewidujących niedopuszczalną kumulację kary umownej zastrzeżonej za ten sam przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę.

Obecna regulacja zasad naliczania i wielkość kar umownych przewidziana w Załączniku nr 7 do Projektu Umowy jest nieprecyzyjna, co prowadzi do wątpliwości interpretacyjnych / wykładni. Brak precyzji polega m.in. na:

- (a) niejedności pojęć, tj. nieumotywowane posługiwanie się pojęciami raz to „nieuzasadnionego opóźnienia” (pkt. 2.6.), raz to „opóźnienia” (pkt. 2.7.) w sytuacji, gdzie mamy do czynienia z analogicznymi przypadkami uchybień zobowiązań umownych;
- (b) braku użycia kwantyfikatora (tj. „mnożnika”) w oparciu, o który kara umowna we wskazanej kwocie może zostać naliczona, tj. „za każdy dzień opóźnienia” (pkt. 2.7.) bądź braku dostatecznego dookreślenia kwantyfikatora, tj. „kara w odniesieniu do jednego autobusu zostanie naliczona 1 raz w ciągu dnia” (pkt. 3.2.)

Tymczasem art. 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.

Zgodnie z jednolitym poglądem orzecznictwa z art. 483 § 1 KC wynika, że wysokość kary umownej musi być „określona” w treści umowy. Dodatkowo kara ta powinna być w chwili zastrzegania wyrażona kwotowo. Nie rodzi to jednak konieczności podania konkretnej sumy pieniężnej stanowiącej karę umowną. Strony mogą więc określić wysokość kary pośrednio, poprzez wskazanie podstaw (kryteriów) jej określenia; karę oznaczyć można więc poprzez podanie konkretnej kwoty, ale również w jakimś ułamku lub procencie w odniesieniu do wartości świadczenia głównego.

Momentem właściwym do oceny, czy suma pieniężna została należycie określona, jest chwila zastrzegania kary (zawierania umowy). Kara umowna skonstruowana w taki sposób, że nie daje się „określić”, jak nakazuje art. 483 § 1 KC, ale również ab initio nie chroni interesu wierzyciela w zakresie przewyższającym wartość zabezpieczanego świadczenia, co nie sposób uznać za dopuszczalne.

Po drugie, obecna regulacja zasad naliczania i wielkość kar umownych przewidziana w Załączniku nr 7 do Projektu Umowy częściowo umożliwia niedopuszczalną kumulację kary umownej zastrzeżonej za ten sam przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę.

Powyższe dotyczy pkt. 4.5 oraz pkt. 4.6., które sankcjonuje ten sam sposób naruszenia zobowiązania przez wykonawcę polegający na braku zapewnienia autobusu jeżdżącego z działającymi kasownikami elektronicznymi. Przywołane postanowienia różnią się jedynie – wtórnymi – szczegółowymi przyczynami przypadku naruszenia zobowiązania, tj.:

- (a) przypadek nr 1, gdy kasowniki elektroniczne nie działają w konsekwencji niesprawnej instalacji, o której mowa w Załączniku numer 13;

(b) przypadek nr 1, gdy kasowniki elektroniczne nie działają wskutek braku zgłoszenia awarii kasowników elektronicznych lub zgłoszenia awarii do serwisu operatora systemu URBANCARD i do Zamawiającego po wymaganym terminie.

Tymczasem zgodnie z zasadą ogólną kara umowna może być naliczana tylko jeden raz za jeden przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązana polegającego na tym samym: autobus jeździł z niedziałającymi kasownikami elektronicznymi (por. w szczególności wyrok SN z dnia 28 stycznia 2011 r., I CSK 315/10, OSNC-ZD 2011, nr D, poz. 85.).

W ocenie Mobilis aktualna regulacja całościowa kar umownych pozostaje częściowo wadliwa, czego konsekwencje stanowią:

- (a) wprowadzenie wygórowanych wysokości kar umownych (łącznie kara umowna);
- (b) brak możliwości określenia na podstawie udostępnionego projektu wysokości kary umownej;
- (c) pośrednio także: brak wskazania jasnego i zamkniętego katalogu zobowiązań, których ewentualne naruszenie miałyby wiązać się z możliwością naliczenia kary umownej; jak i
- (d) możliwość wystąpienia niedopuszczalnej kumulacji kary umownej co jest niezgodne z regulacją ustawową instytucji kary umownej.

W ocenie Odwołującego Zamawiający:

- (a) przekroczył granicę dopuszczalnej swobody umów przewidzianej w art. 353(1) KC; w tym założenia ustawowe instytucji kary umownej z art. 483 KC;
- (b) nadużył przysługującego mu prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy;
- (c) naruszył art. 433 pkt. 2 Pzp zakazujący przewidywania w postanowieniach umów w sprawie zamówienia publicznego (m.in.) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem.

ZARZUTY DOTYCZĄCE TREŚCI SWZ

Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia postanowienia w Dziale VIII

[WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU] pkt. 4 lit. a) SWZ

W Dziale VIII pkt. 4 lit. a) SWZ Zamawiający postawił warunek udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowego o następującej treści:

„4. Zamawiający stwierdzi, iż Wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu:

a) w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeśli wykaże on, że: w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej jedno (1) zamówienie polegające na świadczeniu przez co najmniej 12 kolejnych miesięcy (w ramach jednego kontraktu) usługi

transportu zbiorowego w ramach przewozów regularnych (w rozumieniu art. 4 pkt. 7 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym - Dz. U. z 2022 r. poz. 2201 z późniejszymi zmianami) o łącznej wielkości pracy przewozowej nie mniejszej niż:

dla Zadania 1 500 000 wozokilometrów dla Zadania 2 500 000 wozokilometrów dla Zadania 3 500 000 wozokilometrów dla zadania 4 250 000 wozokilometrów UWAGA: W przypadku gdy Wykonawca składa ofertę na więcej niż 1 Zadanie, musi wykazać łączną wielkość pracy przewozowej odpowiednią dla liczby zadań na które składa ofertę.”

Literalne brzmienie postanowienia wskazuje, iż aby wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, Wykonawca może się posłużyć wyłącznie wykonanym (zrealizowanym) zamówieniem [zakończoną umową], a nie – także – zamówieniem wykonywanym przez wykonawcę (według stanu na dzień składania ofert w postępowaniu).

Powołując się na art. 112 ust. 1 Pzp zauważyć należy, że ustawodawca wprost nakreślił, że zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu winien uczynić to w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Wskazany w tym przepisie „minimalny poziom zdolności” odczytywać należy w kontekście proporcjonalności warunku. Przy czym proporcjonalność ta nie oznacza relacji 1:1 w kontekście wartości zamówienia, lecz określenie takiego poziomu wymogu, który, pozostając w odpowiedniej proporcji do przedmiotu zamówienia, wyznacza jednocześnie poziom, którego spełnienie gwarantuje zamawiającemu, że zamówienie zostanie zrealizowane przez podmiot zdolny do podjęcia się tego zadania.

Fundamentalnym obowiązkiem każdego zamawiającego na etapie formułowania treści warunków udziału jest zatem ustalenie takiego ich poziomu, który zapewni prawidłowość wydatkowania środków publicznych. Wymóg ten generuje oczywisty wniosek, iż każdy warunek udziału stanowi pewne ograniczenie konkurencji. Ograniczenie to korzysta z ochrony prawnej, jednak jedynie tak długo, jak nie prowadzi do nieuzasadnionego i nadmiernego wpływu na konkurencyjność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. A zatem drugim obowiązkiem zamawiającego jest troska o zapewnienie potencjalnym wykonawcom dostępu do zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu nie mogą być nadmierne i nie mogą prowadzić do niezasadnego ograniczania konkurencji w przetargu. Zamawiający, decydując się na jakiegokolwiek uszczegółowienie warunku udziału w postępowaniu, doprowadza do ograniczenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż wskazany warunek udziału, (poza tym, iż jest niezgodny z Rozporządzeniem dokumentowym), pozostaje niespójnym z innym postanowieniem dokumentacji przetargowej, a mianowicie z Działem IX pkt 6 lit. j) SWZ dot. wykazu podmiotowych środków dowodowych. W treści przywołanego postanowienia SWZ,

Zamawiający wskazał bowiem, że wymaga od wykonawcy złożenia konkretnych dowodów potwierdzających spełnienie warunków udziału oraz brak podstaw do wykluczenia, w tym „Wykazu usług (wzór stanowi Załącznik nr 4 do SWZ) wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.”. Przywołane postanowienie stanowi (prawidłowe) wdrożenie do dokumentacji postępowania regulacji z Rozporządzenia dokumentowego.

Z treści więc postanowienia Działu IX pkt 6 lit. j) SWZ jednoznacznie wynika, iż w ramach wypełniania podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu usług wykonawca może posłużyć się także zamówieniem (umową), które jest wykonywane (tj. nie zostało zakończone na dzień składania ofert). Tymczasem treść warunku udziału – określona w Dziale VIII pkt. 4 lit. a) SWZ - wskazuje, iż wykonawcy nie mogą posłużyć się, w celu spełnienia analizowanego warunku udziału, zadaniem które choć swoim zakresem odpowiada wszystkim wytycznym Zamawiającego, to jednak nie zostało ukończonego (wykonane) na moment składania ofert w tym postępowaniu.

Aktualne brzmienie warunku udziału (stosownie do Działu VIII pkt. 4 lit. a) SWZ) nie tylko więc pozostaje wewnątrznie sprzeczne z innymi postanowieniami SWZ, ale również znacząco odbiega od dyspozycji § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia dokumentowego, zgodnie z którym w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać podmiotowego środka dowodowego w postaci „wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego

dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy;”. Nie sposób nie dostrzec, iż przywołany przepis Rozporządzenia dokumentowego pozostaje zbieżny (i słusznie) z przywołanym już wyżej postanowieniem Działu IX pkt 6 lit. j) SWZ, które odnosi się do wykazu usług wypełnianego w tym postępowaniu.

Postawiony przez Zamawiającego warunek udziału pozostaje niezgodny z przepisami powszechnie obowiązującymi, a mianowicie z Rozporządzeniem dokumentowym, albowiem uniemożliwia wykonawcom przedstawienie (posłużenie się) zamówień, które są – nadal - realizowane na dzień składania ofert. Ograniczenie w takiej postaci skutkuje nieuprawnionym ograniczaniem konkurencyjności, a to z kolei świadczy o naruszeniu przepisów Pzp w zakresie proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu względem przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wnosił o zmianę brzmienia kwestionowanego warunku udziału poprzez dostosowanie jego treści do brzmienia § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia dokumentowego, tj. poprzez umożliwienie wykonawcom wykazania się zamówieniami, które są wykonywane (tj. na dzień składania ofert w postępowaniu nie zostały zakończone).

Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia postanowienia w Dziale IX [WYKAZ PODMIOTOWYCH ŚRODKÓW DOWODOWYCH] pkt. 10 SWZ

W Dziale IX [WYKAZ PODMIOTOWYCH ŚRODKÓW DOWODOWYCH] pkt. 10 SWZ, Zamawiający wskazał, iż wymaga od wykonawcy złożenia podmiotowych środków dowodowych w zakresie osób, których miejsce zamieszkania znajduje się poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej::

„10. Jeżeli Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub miejsce zamieszkania ma osoba której dokument dotyczy, poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej składa dokumenty zgodnie z Rozporządzeniem 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 2023 r., poz. 1824).”

Przywołane postanowienie Działu IX pkt 10 SWZ (w jego obecnym brzmieniu) jest wadliwe i niezgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami.

Postanowienie SWZ pozostaje niezgodne z § 4 Rozporządzenia dokumentowego, ponieważ błędnie sugeruje, że dotyczy ono także osób mających miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej będących członkami zarządu, rady nadzorczej lub

prokurentami wykonawcy nawet wówczas, gdy taki wykonawca ma siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Treść § 4 Rozporządzenia dokumentowego dotyczy wyłącznie wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, i nie dotyczy tym samym wykonawców z siedzibą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej nawet wówczas gdy członkowie zarządu, rady nadzorczej lub prokurenci takiego wykonawcy (tj. wykonawcy z siedzibą w Polsce) mają miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej. Wynika to wprost z § 4 ust. 1 Rozporządzenia dokumentowego, gdzie nie sposób znaleźć sformułowania użytego przez Zamawiającego odnoszącego się do osób zamieszkujących poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej. Wskazany paragraf jednoznacznie rozstrzyga, że badaniu podlega wykonawca, który ma siedzibę poza granicami RP, nie zaś osoba wchodząca w skład jego (tzn. wykonawcy) struktur zarządczych lub nadzorczych mieszkająca poza granicami RP [w powyższym kontekście należy także zauważyć, że § 4 ust. 3 Rozporządzenia dokumentowego - poprzez użyte w nim sformułowanie: „(...) nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1 (...)” - wyraźnie odsyła do § 4 ust. 1 Rozporządzenia dokumentowego, co także potwierdza, że § 4 ust. 3 stanowi jedynie uszczegółowienie regulacji zawartej w § 4 ust. 1 Rozporządzenia dokumentowego, który to przepis (jak cały paragraf 4) dotyczy wyłącznie wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej]. Nieuprawnionym jest zatem rozciąganie obowiązku złożenia dokumentów podmiotowych bezpośrednio na członków organów zarządzających lub nadzorczych. Kwestionowane przez Odwołującego 1 postanowienie SWZ wypacza nie tylko literalną treść przepisów Rozporządzenia dokumentowego, ale również rażąco odbiega od celowościowej wykładni przepisów Rozporządzenia dokumentowego, w ślad za którą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podlega Wykonawca.

Najprawdopodobniej Zamawiający wadliwie zinterpretował przeprowadzoną w ostatnim czasie nowelizację § 4 Rozporządzenia dokumentowego i niesłusznie przyjął, że treść tego przepisu znajduje zastosowanie także do zamieszkałych poza granicami RP członków organów wykonawców mających siedzibę na terytorium RP, jak również pomija, że badaniu podmiotowemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podlega ściśle Wykonawca. Sformułowany przez Zamawiającego wymóg generuje również dodatkowe (nadmierne i nieuzasadnione) obciążenie dla wykonawców chcących ubiegać się o zamówienie, albowiem generuje obowiązek pozyskania dokumentów, które z punktu widzenia prowadzonego na terenie RP postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie mają znaczenia przy ocenie podmiotowej zdolności Wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia (a także jego rzetelności).

Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia postanowienia w ziale XIV [SPOSÓB ORAZ TERMIN SKŁADANIA I OTWARCIA OFERT] pkt. 1 SWZ

Zgodnie z Działem XIV pkt 1 SWZ termin składania ofert w postępowaniu przypada na dzień 31 stycznia 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 XII pkt 1 SWZ [„Wykonawca jest związany ofertą od dnia upływu terminu składania ofert do dnia 29.05.2024 r.”].

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. Zbyt krótki termin składania ofert może stanowić o naruszeniu podstawowej zasady proporcjonalności. W doktrynie wskazuje, się również, iż:

„[i]m bardziej skomplikowane w realizacji jest zamówienie, czyli przedsięwzięcia, które zamawiający zamierza zlecić do wykonania, tym dłuższy jest czas potrzebny na przygotowanie się przez wykonawcę do wzięcia udziału w postępowaniu. Wykonawca powinien mieć czas na dokładne zapoznanie się ze wszystkimi wymaganiami zamawiającego, sprawdzenia, czy spełnia warunki udziału w postępowaniu, przygotowanie do złożenia wymaganych dokumentów, ale też czas na nawiązanie relacji z potencjalnymi konsorcjantami, podwykonawcami czy dostawcami. Nierealne jest bowiem oczekiwanie, że w każdym przypadku wykonawca będzie mógł bez odpowiedniego przygotowania złożyć ofertę.”

Mając na względzie aktualny termin składania ofert, który przypada na 31 stycznia 2024 r., wykonawcy mają 34 dni (wliczając w to dzień ogłoszenia zamówienia, tj. 29 grudnia 2023 r.), na zapoznanie się z całą dokumentacją przetargową. Termin ten pozostaje nie tylko więc krótki, ale przede wszystkim – termin ten nie odpowiada (zero-jedynkowo) wymogom postawionym przez ustawodawcę w art. 138 ust. 1 Pzp. Choć przepis art. 138 ust. 1 Pzp mówi, iż termin składania ofert nie może być krótszy niż 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówienia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (przekazanie nastąpiło w dniu 28 grudnia 2023 r.), to wobec obliczenia terminu składania ofert stosuje się art. 111 § 2 KC. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło. Zatem przy obliczaniu terminu składania ofert nie uwzględnia się dnia, w którym ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane do publikacji Urzędowi Publikacji UE. W związku z powyższym, ustalony przez Zamawiającego termin składania ofert jest niezgodny z art. 138 ust. 1 Pzp, albowiem jest krótszy niż 35 dni.

Postępowanie wszczęte zostało 29 grudnia 2023 r., czyli w okresie noworocznym i jednocześnie urlopowym (w styczniu w wielu województwach trwają ferie zimowe; wolne ustawowo były również 1 stycznia oraz 6 stycznia). Wykonawca musi w tym terminie skalkulować swoją ofertę – w sposób rzetelny, niebudzący wątpliwości. Aby natomiast móc prawidłowo skalkulować ofertę – decydując jednocześnie czy zamierza ją złożyć na jedno lub na większą liczbę zadań, a jeżeli tak na jakie konkretnie zadania (każde bowiem z 4 zadań ma swoją specyfikę rzutującą na kalkulacje oferty) - wykonawca sam musi najpierw uzyskać oferty od:

- (a) dostawców autobusów, gdzie wszyscy wiodący producenci są dużymi, międzynarodowymi korporacjami i przy tej wartości kontraktu i/lub kontraktów [uwzględniając podział zamówienia na 4 części (Zadania)] 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.

Z uwagi na konieczność dokładnego rozpoznania przedmiotu zamówienia i umożliwienia wykonawcom przygotowania rzetelnej i prawidłowo skalkulowanej oferty, koniecznym jest przedłużenie terminu składania ofert.

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

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

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

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień po żadnej ze Stron.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której częściowo uwzględnił zarzuty odwołania, w pozostałym zakresie wnosząc o ich oddalenie.

Zarzut nr 1 – Termin wykonania zamówienia – Dział VI SWZ.

Zamawiający nie przychylił się do wniosku Wykonawcy. W odpowiedzi na zapytania Oferentów Wykonawca doprecyzował ten termin (Odpowiedzi na pytania z 3 i 4 stycznia, odpowiedź na Pytanie nr 2). Termin realizacji zamówienia określony w SWZ należy czytać łącznie z zapisami projektu umowy: Zgodnie z zapisami § 5 ust 1 i 2 Projektu umowy i Zapisami Działu VI SWZ Wykonawca zobowiązuje się do rozpoczęcia realizacji przewozów na liniach objętych zamówieniem do 11 miesięcy od dnia zawarcia umowy ale nie wcześniej niż od 1 stycznia 2025 roku, przez okres 72 miesięcy lub do wyczerpania wartości Umowy określonej w § 4 ust. 1.

Zarzut nr 2 – Warunki udziału w postępowaniu – Dział VIII pkt 4 lit a) SWZ.

Zamawiający uwzględnił zarzut w kwestii usług również **wykonywanych**. Jak wynika z postanowień dokumentacji Dział IX pkt 6 lit. j) SWZ, Zamawiający wymaga złożenia „Wykazu usług (wzór stanowi Załącznik nr 4 do SWZ) wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.” Intencją Zamawiającego był warunek wykazania usług wykonanych i wykonywanych, zgodnie z regulacją Rozporządzenia dokumentowego, na co wskazuje zapis w dziale dotyczącym podmiotowych środków dowodowych. Zapis warunku udziału w postępowaniu wymaga modyfikacji.

Zamawiający zobowiązuje się do zmiany wskazanej przez Odwołującego, w zakresie doprecyzowania warunku udziału w postępowaniu określonego w Dziale VIII pkt 4 lit. a).

Prawidłowe brzmienie warunku udziału: „w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeśli wykaże on, że: w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje co najmniej jedno (1) zamówienia polegające na świadczeniu przez co najmniej 12 kolejnych miesięcy (w ramach jednego kontraktu) usługi transportu zbiorowego w ramach przewozów regularnych (w rozumieniu art. 4 pkt. 7 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym - Dz. U. z 2022 r. poz. 2201 z późniejszymi zmianami) o łącznej wielkości pracy przewozowej nie mniejszej niż:

dla Zadania 1 500 000 wozokilometrów

dla Zadania 2 500 000 wozokilometrów

dla Zadania 3 500 000 wozokilometrów

dla zadania 4 250 000 wozokilometrów

UWAGA: W przypadku gdy Wykonawca składa ofertę na więcej niż 1 Zadanie, musi wykazać łączną wielkość pracy przewozowej odpowiednią dla liczby zadań na które składa ofertę.”

Zarzut nr 3 – Wykaz podmiotowych środków dowodowych.

Zamawiający podtrzymuje treść zapisu Działu IX pkt 10 SWZ: *„Jeżeli Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub miejsce zamieszkania ma osoba której dokument dotyczy, poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej składa dokumenty zgodnie z Rozporządzeniem 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 2023r., poz. 1824).”*

Zamawiający powyższym zapisem, nie narzuca na Wykonawcę mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej obowiązku złożenia w zakresie osób, o których mowa w art. 108 ust 1 pkt 2 Pzp, które mają miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej informacji z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy, albo w przypadku braku takiego rejestru, innego równoważnego dokumentu. Intencją Zamawiającego, zgodnie z przywołanym Rozporządzeniem, jest wymaganie środków dowodowych z krajów innych niż Rzeczpospolita Polska odnoszących się do osób, o których mowa w art. 108 ust 1 pkt 2 Pzp, wyłącznie w przypadku Wykonawców mających siedzibę i miejsce zamieszkania poza granicami Polski. W żadnym z zapisów SWZ Zamawiający nie wymagał innych dokumentów, niż te, które wymagane są zgodnie z Rozporządzeniem. Gdyby Odwołujący 1 w tej kwestii skierował pytanie do Zamawiającego, otrzymałby odpowiedź potwierdzającą właściwą interpretację przepisów przez Zamawiającego. Nie można zgodzić się, z zarzutem błędnego interpretowania zapisów rozporządzenia przez Zamawiającego, gdyż na obecnym etapie Zamawiający nie badał dokumentów. Treść zapisu Działu IX pkt 10 SWZ odnosi się do Rozporządzenia. Nawet w sytuacji błędnego brzmienia

zapisu w SWZ, Zamawiający nie miałby uprawnienia do wezwania Wykonawcy do złożenia innych dokumentów, niż te, które nakazuje Rozporządzenie.

Zarzut nr 4 – dotyczy terminu

Zamawiający nie przychylił się do wniosku Wykonawcy.

Zgodnie z art. 138 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert o 5 dni krótszy niż określony w ust. 1, jeżeli składanie ofert odbywa się w całości przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, w sposób określony w art. 63 ust 1. Zapis Działu XIII pkt 2 SWZ jednoznacznie określa: „Ofertę sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym i składa się **wyłącznie** za pośrednictwem platformy zakupowej <https://portal.smartpzp.pl/umw>”.

Zamawiający przekazał ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej 28 grudnia 2023 roku, wyznaczając termin składania ofert na 31 stycznia 2024, czyli 34 dni. Pełna dokumentacja została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego i Platformie zakupowej Smart 29.12.2023r. o godzinie 9:56.

Ponadto Zamawiający informuje, że 17.01.2023r. opublikowane zostało również wstępne ogłoszenie informacyjne, które zgodnie z art. 138 ust 2 pkt 1) uprawnia do wyznaczenia terminu krótszego niż 35 dni. Z tego przyzwolenia Zamawiający nie skorzystał, mając na uwadze, że termin 15 dni nie byłby dla Wykonawców wystarczającym na zapoznanie się z pełną dokumentacją i rzetelne przygotowanie ofert.

Zamawiający podkreślił, że postępowanie jest ponownie wszczętym postępowaniem, na ten sam przedmiot zamówienia (znak postępowania wcześniejszego ZP/PN/44/2023/WTR, unieważnione w październiku 2023 roku). Znaczna część dokumentacji aktualnego postępowania nie uległa zmianie w stosunku do dokumentacji poprzedniego postępowania unieważnionego z powodu braków środków na zwiększenie wartości zamówienia unieważnionego z powodu braków środków na zwiększenie wartości zamówienia.

Zarzut nr 5 – Tabor

Zamawiający nie przychylił się do wniosku Wykonawcy. W przypadku zmian w przepisach prawa dotyczących wymogów w zakresie taboru Wykonawca w celu świadczenia usług przewozowych niezależnie od zawartej umowy z Zamawiającym zobowiązany byłby do poniesienia kosztów z tym związanych. Nieuzasadnione jest powoływanie się na nieproporcjonalność lub przerzucenie ryzyk z Zamawiającego na Wykonawcę. W ocenie Odwołującego proporcjonalne i adekwatne jest przyjęcie (zgodnie z proponowanymi zapisami), iż w razie ewentualnych zmian w prawie Zamawiający zrekompensuje Wykonawcy koszty związane z obligatoryjnym dostosowaniem taboru („prace dostosowawcze”). Takie zapisy i intencja Odwołującego zmierza do prostej konkluzji,

iż po zakończeniu umowy Wykonawca zostanie wzbogacony o te „prace dostosowawcze”, które i tak musiałby dokonać w sytuacji, gdyby nie był związany z umową z Zamawiającym.

Zarzut nr 6 - Termin wykonania zamówienia - § 5 ust. 1 i 2 Projektu Umowy

Zamawiający nie przychylił się do wniosku Wykonawcy. Przed rozpoczęciem postępowania przetargowego Zamawiający dokonuje szacunku wielkości niezbędnych środków finansowych na realizację zadania i zabezpiecza te środki w budżecie i Wieloletniej Prognozie Finansowej. Zabezpieczenie odpowiedniej wielkości środków na dotację dla Zamawiającego z tytułu współfinansowania realizacji umowy dokonują także Gminy, na terenie których będą kursować linie objęte umową. W przypadku, gdy ulegną wyczerpaniu środki finansowe przeznaczone na realizację umowy przed terminem jej zakończenia Zamawiający przewidział możliwość skorzystania z zamówień z wolnej ręki, o których mowa w art. 241 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Są to standardowe zapisy, które Zamawiający zawsze przewiduje w swoich postępowaniach.

Zarzut nr 7 – Umowne prawo odstąpienia i rozwiązania umowy - § 6 ust. 5.4.

Zamawiający przychyla się do wniosku Wykonawcy.

Zarzut nr 8 – Umowne prawo odstąpienia i rozwiązania umowy - § 6 ust. 5.6.

Zamawiający nie przychyła się do wniosku Wykonawcy. Zmiany przepisów prawa mogą dotyczyć działań leżących po stronie Zamawiającego lub mieć na nie wpływ. Taki argument zdaniem Zamawiającego narusza równowagę stron na niekorzyść Zamawiającego.

Zarzut nr 9 - Kary umowne - § 7 ust. 2.

Zamawiający częściowo przychyła się do wniosku Wykonawcy wydłużając termin z 3 do 5 dni roboczych ale pozostawia w dotychczasowym brzmieniu ostatnie zdanie, gdyż kary procentowe, o których mowa w Załączniku 7 odnoszą się do procedury wyjaśnień opisanych w Załączniku nr 4.

Zarzut nr 10 - Kary umowne - § 7 ust. 14.

Zamawiający częściowo przychyła się do wniosku Wykonawcy zmieniając z 10% na 15% pułap łącznej wielkości kar umownych.

Zarzut nr 11 - Formularz cenowy – stawki wynagrodzenia.

Zamawiający nie przychyła się do wniosku Wykonawcy. Przedstawiony przez Zamawiającego sposób obliczenia wartości zamówienia nie uniemożliwia właściwego wyliczenia tej wartości, a tylko łączna wartość zamówienia podlega porównaniu ofert. Dodatkowo należy zauważyć, że zaproponowane przez Wykonawcę wskazywanie stawki odrębnie dla każdego typu taboru w ocenie Zamawiającego nie jest konieczne, gdyż nie zawiera on osobnych umów na każdy z typów taboru lecz na łączną usługę wszystkimi typami autobusów wymaganymi dla danego zadania. Z doświadczeń Zamawiającego i obserwacji innych postępowań wynika również, że Wykonawcy w swoich ofertach stosują

jednolitą stawkę za wszystkie typy taboru (postępowania Zamawiającego w 2017 roku – Gmina Długołęka i 2019 roku – Gmina Miękinia) lub stawki te są bardzo do siebie zbliżone (postępowanie MPK Wrocław na wyłonienie podwykonawcy, w którym Odwołujący również uczestniczył – oferta spółki Arriva). Zamawiający stosuje ten mechanizm w swoich zamówieniach począwszy od 2020 r. i Wykonawcy byli w stanie właściwie skalkulować ostateczną wartość zamówienia.

Zarzut nr 12 - Kary umowne – Załącznik nr 7

- a) Postanowienie - Zamawiający przychyła się do wniosku Wykonawcy
- b) pkt 2.2 - Zamawiający przychyła się do wniosku Wykonawcy
- c) pkt 2.7 - Zamawiający przychyła się do wniosku Wykonawcy
- d) pkt 3.2 - Zamawiający przychyła się do wniosku Wykonawcy
- e) pkt 4.5 - Zamawiający nie przychyła się do wniosku Wykonawcy - kara nie dotyczy tego samego przypadku, Nieprawna (nie działająca) instalacja w pojeździe, której wynikiem jest nie działający kasownik (brak sprzedaży biletów), to nie to samo co niewykonanie czynności zgłoszenia awarii kasowników (brak sprzedaży biletów). Jedynym wspólnym mianownikiem jest brak sprzedaży biletów, czyli brak wpływów do Gminy. Może być wiele przyczyn nie działającej instalacji w pojeździe, za którą odpowiedzialny jest producent lub przewoźnik. Natomiast przyczyną nie działającego kasownika, którego właścicielem jest operator systemu biletowego, może być spowodowana awarią tego właśnie systemu. Jeśli zgłoszenie dotyczące nie działającego kasownika nastąpi w określonym czasie (najpóźniej do 1 godziny) wówczas kara nie zostanie naliczona.
- f) pkt 4.6 - Zamawiający nie przychyła się do wniosku Wykonawcy – z przyczyn opisanych w podpunkcie e.
- g) pkt 4.10 – Zamawiający nie przychyła się do wniosku Wykonawcy. W intencji zapisu Zamawiającego było naliczanie kary w odniesieniu do jednego kursu a nie jednej kary dla jednego autobusu w ciągu dnia
- h) pkt 4.11 - Zamawiający nie przychyła się do wniosku Wykonawcy. Realizacja kursów autobusem nie spełniającym wymogów może doprowadzić do sytuacji, w której osoba o ograniczonej mobilności lub innych ograniczeniach nie będzie mogła skorzystać z takiego kursu.
- i) pkt 4.12 - Zamawiający nie przychyła się do wniosku Wykonawcy. Realizacja kursów autobusem nie spełniającym wymogów może doprowadzić do sytuacji gdy osoba o ograniczonej mobilności lub innych ograniczeniach nie będą mogły skorzystać z takiego kursu
- j) pkt 5.6 - Zamawiający przychyła się do wniosku Wykonawcy
- k) pkt 5.12 - Zamawiający przychyła się do wniosku Wykonawcy

Zarzut nr 13 - Obniżenie ceny wozokilometra.

Zamawiający nie przychyła się do wniosku Wykonawcy. Wykonawca nie wskazał, które z kar są określone jego zdaniem w sposób nieproporcjonalny i nieadekwatny do skali wskazanego uchybienia oraz nie zaproponował konkretnych wskaźników wartości wozokilometra dla danego uchybienia.

Z przeprowadzonych przez Zamawiającego szacunków oraz realizowanych obecnie umów przewozowych z operatorami obsługującymi obszar będący przedmiotem zamówienia wynika, że sposób naliczania kar opisany w Załączniku pkt 3 pkt 8 nie powoduje zwiększenia tych kar oraz nie odbiega od wielkości kar naliczanych w sposób kwotowy w umowach przewozowych zawieranych przez Zamawiającego przed 2023 rokiem. Zmianie ulega tylko sposób rozliczania kar nakładanych przez Zamawiającego na Wykonawcę. Tak wprowadzony mechanizm pozwala w przypadku naliczania wybranych kar na Wykonawcę na zmniejszenie wydatkowania środków finansowych i tym samym możliwość kontynuacji umowy w przypadku zwiększenia wielkości pracy przewozowej w trakcie jej trwania.

Zarzut nr 14 - Zasady waloryzacji wynagrodzenia.

Zamawiający nie przychyła się do wniosku Wykonawcy za wyjątkiem podpunktu d):

a) wprowadzenie odrębnych wzorów waloryzacyjnych dla każdego rodzaju taboru – z wyliczeń przeprowadzonych przez Zamawiającego wynika, że wzrost przychodu Wykonawcy przy zastosowaniu opisanej w projekcie umowy metody jest porównywalny względem zaproponowanego rozwiązania przez Wykonawcę i dlatego nie ma potrzeby wprowadzania zmian w pierwotnym wzorze (mniejszy wskaźnik waloryzacyjny dla wszystkich wozokilometrów spowoduje taki sam efekt sumaryczny jak wyższy wskaźnik waloryzacyjny dla wozokilometrów dla taboru elektrycznego)

b) usunięcie limitu rocznej waloryzacji – rozwiązanie to nie jest możliwe, gdyż uniemożliwia określenie wielkości planowanych środków finansowych przeznaczonych w budżecie Zamawiającego na realizację zadania; aktualne prognozy finansowe, w tym Ankieta Makroekonomiczna NBP oraz unormowanie się cen paliw, nie zakłada przekroczenia limitu 12,5 % dla wskaźnika waloryzacyjnego.

c) objęcie waloryzacji całej (100%) stawki jednostkowej za wozokilometr – Zamawiający podtrzymuje mnożnik waloryzacyjny na poziomie 0,85 uznając go za właściwy poziom podziału ryzyka waloryzacyjnego pomiędzy Wykonawcę a Zamawiającego stosując go we wszystkich umowach poczynszy od 2018 roku.

d) doprecyzowanie wskaźnika inflacji (Wi) – Zamawiający koryguje definicję wskaźnika (Wi)– otrzymuje on brzmienie:

„Wi - półroczny (skumulowany wskaźnik obliczony na podstawie kolejnych 6-miesięcznych wskaźników) wskaźnik zmiany cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem publikowany

przez Główny Urząd Statystyczny (GUS) na stronie: internetowej: <https://stat.gov.pl/wskazniki-makroekonomiczne> za okres 6 miesięcy (kalendarzowych) poprzedzający okres opisany powyżej”

e) waloryzacja on line – Zamawiający podtrzymuje obecne zapisy uznając, że cykl 6-miesięczny waloryzacji jest wystarczający;

f) wskazanie, że w przypadku, gdyby wskaźnik Ww – przytoczony wskaźnik nie odnosi się do wynagrodzeń dla pracowników a do publikowanego wskaźnika makroekonomicznego, wskaźnik ten jest stosowany we wcześniejszych postępowaniach Zamawiającego.

g) doprecyzowanie, że do dnia podpisania umowy stawki jednostkowe za wozokilometr będą waloryzowane. – rolą Zamawiającego nie jest za wszelką cenę zabezpieczania interesów Wykonawcy, w przypadku gdy nie dopełnił on formalności związanych z wystąpieniem o waloryzację cen jednostkowych na wniosek i w interesie Zamawiającego nie jest ich samodzielne naliczanie.

Podnoszone przez Odwołującego powody zmian waloryzacyjnych w postaci epidemii na terenie kraju i sytuacji geopolitycznej na świecie nie powinny wpływać na kształtowanie zasad waloryzacyjnych, gdyż z dotychczasowych doświadczeń Zamawiającego wynika, że ustawodawca w przypadku takiej konieczności wprowadza mechanizmy umożliwiające wprowadzenie zmiany w umowie, których Zamawiający ani Wykonawca nie byli w stanie przewidzieć.

Izba ustaliła i zważyła, że:

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie wiernie przytoczono zapisy dokumentów z postępowania, nie zachodzi potrzeba ich przywoływania ponownie.

Dla celów porządkowych Izba przyjęła numerację zarzutów zastosowaną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i w ten sposób odczytywać należy kolejność zarzutów, do których odnosi się sentencja i uzasadnienie niniejszego orzeczenia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił zarzuty oznaczone jako 2, 7, 9 (w części), 10 (w części), 12 abcdjk. Następnie na rozprawie Strony postępowania odwoławczego doszły do porozumienia, w wyniku którego Zamawiający uwzględnił zarzuty 5, 8, 13, zaś Odwołujący oświadczył, że sposób uwzględnienia wyczerpuje żądania przedstawione w odwołaniu. W tym zakresie Izba umorzyła postępowanie odwoławcze z uwagi na uwzględnienie zarzutów przez Zamawiającego, co odzwierciedla pkt 1 sentencji.

Odwołujący na posiedzeniu cofnął zarzuty oznaczone jako 3 i 4, 9 (w części nieuwzględnionej), 10 (w części nieuwzględnionej) oraz 12 (w części nieuwzględnionej). W tym zakresie Izba umorzyła postępowanie odwoławcze z uwagi na cofnięcie zarzutów przez Odwołującego, co odzwierciedla pkt 2 sentencji orzeczenia.

Wobec powyższego podtrzymane zostały zarzuty oznaczone jako 1, 6, 11 i 14.

Zarzuty 1 i 6 Izba rozpoznała łącznie, jako dotyczące tego samego zagadnienia, mianowicie terminu rozpoczęcia wykonywania usługi i czasu trwania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby zarzuty zasługiwały na uwzględnienie w części.

Z § 5 wzoru umowy wynika, że zawarcie umowy nastąpi w określonej dacie dziennej a wykonawca będzie zobowiązany do rozpoczęcia realizacji przewozów do 11 miesięcy od dnia zawarcia umowy nie wcześniej niż od 1 stycznia 2025 roku. Z dokumentów postępowania wynika także, że umowa ma być realizowana przez 6 lat, czyli kolejne 72 miesiące.

Odwołujący celnie w odwołaniu i na rozprawie zauważył, iż uregulowania odnoszące się do momentu rozpoczęcia realizacji przewozów są niespójne w odniesieniu do kolejnych norm czasowych, które wprowadził Zamawiający. Jednocześnie z przebiegu rozprawy wynikało, że Zamawiający zdaje sobie sprawę, że okresem koniecznym i minimalnym do przygotowania się przez Wykonawców do świadczenia usług jest co najmniej 11 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Z drugiej strony zapisy wzoru umowy posługując się zapisem „do 11 miesięcy (...) nie wcześniej niż od 1 stycznia 2025 roku” stanowisku i interpretacji przedstawionej przez Zamawiającego na rozprawie, przeczą. Izba podziela opinię Odwołującego, że użyty zwrot „do 11 miesięcy” można odczytywać jako okres, który może zostać skrócony, także przez samego Zamawiającego. Tymczasem Zamawiający wskazywał na rozprawie, że jest to dla niego okres minimalny, którego nie zamierza skracać. Prowadząc rozeznanie rynku Zamawiającemu znane są okoliczności, że okres 11 miesięcy jest niezbędny do produkcji nowych autobusów, którymi Zamawiający wymaga realizacji usług. Zamawiający, jak oświadczył na rozprawie, zdaje sobie także sprawę i jest na to przygotowany, że z uwagi na różne czynniki (choćby trwanie procedury zamówieniowej) rozpoczęcie świadczenia usług może nastąpić później niż 1 stycznia 2025 roku.

Dlatego też Izba uznała, że zapisy dokumentów w postępowaniu wymagają doprecyzowania i nakazała Zamawiającemu zmianę zapisów SWZ, postanowień umownych i pozostałych dokumentów postępowania, w sposób, z którego wynikać będzie, że rozpoczęcie realizacji przewozów na liniach objętych zamówieniem nastąpi po upływie 11 miesięcy od daty zawarcia umowy, którą zawiera się na kolejne 72 miesiące.

Jednocześnie Izba nie podzieliła argumentacji odwołania, w której kwestionowano limitowanie możliwości świadczenia usług odnosząc powyższe do wyczerpania kwoty odpowiadającej wartości Umowy.

Zamawiający ma prawo w ocenie Izby określić czas wykonywania usług przez wskazanie wielkości posiadanych środków, które zabezpieczone zostają w budżecie. Mamy do czynienia z umową, która realizowana będzie przez kilka lat, wielkość ponoszonych na dane usługi nakładów ujęta została w planach wieloletnich i do tych wartości Zamawiający może odnieść się w umowie. W tym postępowaniu Izba wzięła również pod uwagę, że umowa realizowana jest przy współudziale kilku gmin, co oznacza, że koszty ponoszone będą przez różne podmioty sektora finansów publicznych, które muszą środki na ten cel zabezpieczyć w swoich budżetach.

Zgodnie z art. 433 pkt 4 ustawy Pzp projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Do obowiązków zamawiającego należy zdefiniowanie minimalnego zakresu świadczenia na podstawie zawartej umowy, gwarantującego wykonawcy związane z tym zakresem umowy wynagrodzenie. Zamawiający może przewidzieć możliwość ograniczenia zakresu świadczenia w pewnych ściśle określonych sytuacjach, jeżeli jednocześnie wskaże minimalną wielkość lub wartość tego świadczenia. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zdefiniował minimalny zakres świadczenia wartością posiadanych środków, co odpowiada gwarantowanemu wynagrodzeniu wykonawcy.

Zarzut 11

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

W toku rozprawy Zamawiający oświadczył, że jest z jego strony możliwe dokonanie zmiany formularzy postępowania, tak by wykonawcy mogli przedstawić koszty świadczenia usług stosowanie do rodzaju taboru i typów autobusów. Jednocześnie Zamawiający oświadczył, że konieczne jest pozostawienie przeliczników określonych w Załączniku nr 8. Odwołujący na taką propozycję nie przystał.

Jak wynika z odpowiedzi na odwołanie, czemu Odwołujący nie przeczył, przeliczniki proponowane w Załączniku nr 8 są już przez Zamawiającego stosowane w dotychczas realizowanych umowach. Z doświadczenia Zamawiającego nie wynika, by miała miejsce sytuacja, w której niemożliwe było właściwe skalkulowanie stawek do oferty. Ponadto, jak zauważył Zamawiający, w umowie podaje się wartość łącznej usługi realizowanej różnymi typami autobusów. Odwołujący nie wykazał, by zastosowane przez Zamawiającego przeliczniki miały arbitralny charakter. Twierdzenia te pozostają niedowiedzione. Niestety z uzasadnienia zarzutu nie wynika, dlaczego takie działanie stanowi nadużycie

prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych. Odwołujący w ocenie Izby w żaden sposób zasadności swoich twierdzeń nie wykazał. Przypomnienia wymaga, iż istota zarzutu polega także na zamieszczeniu w odwołaniu uzasadnienia faktycznego, które polega na zobrazowaniu, że sytuacja wynikająca z zapisów umowy jest nieadekwatna do treści przepisów ustawy Pzp czy kodeksu cywilnego. Tych elementów w odwołaniu zabrakło.

Zarzut 14

Izba uznała zarzut za niezasadny.

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.

Dalej z regulacji ustawowej wynika, że w umowie określa się:

- 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;
- 2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:
 - a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub
 - b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;
- 3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;
- 4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Z uwag natury ogólnej zauważyć należy, iż w art. 439 ustawy Pzp ustawodawca przewidział przesłanki waloryzacji umownej, która daje stronom umowy możliwość urealnienia ustalonej w umowie wysokości wynagrodzenia na różne sposoby.

Ustawodawca zdecydował, że pewne zmiany natury ekonomicznej, gospodarczej, które mogą mieć miejsce w trakcie wykonywania umowy o zamówienie publiczne zawartej na okres dłuższy niż 12 miesięcy mogą mieć wpływ na konieczność zmiany wynagrodzenia przewidzianego w realizowanej umowie.

Wprowadzenie do umowy możliwości wystąpienia takiej zmiany uwarunkowane jest określeniem jej reguł, stosowanie do treści art. 439 ust. 2 ustawy Pzp. Zmiana ma na celu

przywrócenie równowagi ekonomicznej między stronami umowy, która może zostać zachwiana przez różnego rodzaju zdarzenia, mogące wystąpić nawet przy stabilnie funkcjonującym systemie gospodarczym, a co podyktowane jest zawieraniem kilkuletnich kontraktów. *„Jak trafnie wskazuje się w doktrynie, stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowie w sprawie zamówienia publicznego pozwala na zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę, minimalizując ryzyko pokrzywdzenia obu stron umowy na skutek zmiany siły nabywczej pieniądza w okresie realizacji zamówienia. Klauzule te zapewniają bowiem konieczną elastyczność w kształtowaniu kosztów związanych z realizacją zamówienia w dłuższym okresie, umożliwiając jednocześnie bieżące dostosowanie stosunku zobowiązaniowego łączącego zamawiającego z wykonawcą do zmiany okoliczności. Obligatoryjne stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowach zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy zdejmuje z wykonawcy ciężar zadeklarowania w ofercie niezmiennej ceny, co prowadziło do jednostronnego obciążenia wykonawcy ryzykiem późniejszej zmiany stosunków gospodarczych. Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy jest również korzystna dla zamawiających, gdyż umożliwia ponoszenie przez nich rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, bez wliczania ryzyka ich wzrostu już w cenę oferty. Wreszcie wskazuje się, że stosowanie klauzul waloryzacyjnych zapobiega również powstawaniu sytuacji, kiedy wykonanie zamówienia przestaje być opłacalne, a tym samym sprzyja trwałości stosunku umownego, co niewątpliwie jest korzystne dla obu stron umowy [por. M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, komentarz do art. 439, Warszawa 2021 oraz A. Matusiak, Waloryzacja umów, Zamówienia Publiczne. Doradca. 2021, nr 9].*

Jak wynika z odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający ustalił, że *„wzrost przychodu Wykonawcy przy zastosowaniu opisanej w projekcie umowy metody jest porównywalny względem zaproponowanego rozwiązania przez Wykonawcę i dlatego nie ma potrzeby wprowadzania zmian w pierwotnym wzorze (mniejszy wskaźnik waloryzacyjny dla wszystkich wozokilometrów spowoduje taki sam efekt sumaryczny jak wyższy wskaźnik waloryzacyjny dla wozokilometrów dla taboru elektrycznego)”. Odwołujący nie przedstawił dowodu przeciwnego. Dodatkowo, Zamawiający na rozprawie, wychodząc naprzeciw żądaniom odwołania, oświadczył, że dokona w Załączniku nr 9 zmian procentowego podziału części składowych w sposób odpowiadający propozycjom Odwołującego, czyli 40%, 30% i 30%. Izba uznała, że zmiana ta jest wystarczająca, bowiem obrazuje, które elementy składowe mają największy wpływ na zmianę ceny jednostkowej. To rozwiązanie pozwoli urealnić cenę jednostkową wozokilometra adekwatnie do zmian najczęściej mających miejsce w przypadku podobnego rodzaju usług. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie doprecyzował również, że *„wskaźnik Ww nie odnosi się do wynagrodzeń dla pracowników a do publikowanego**

wskaźnika makroekonomicznego, wskaźnik ten jest stosowany we wcześniejszych postępowaniach Zamawiającego”.

Co do maksymalnego wskaźnika waloryzacji stawki za jeden wozokilometr i propozycji zniesienia limitu rocznej waloryzacji, a także objęcia waloryzacją całej stawki za wozokilometr, to dostrzeżenia wymaga, że ustawodawca dopuścił możliwość wprowadzenia do umowy zapisów, z których wynika maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia. Zatem zastosowane przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu zapisy nie naruszają zasad wynikających z ustawy Pzp. Klauzule waloryzacyjne mają służyć dopuszczeniu możliwości zmiany umowy w zakresie wynagrodzenia w związku ze zmianami cen materiałów i kosztów następującymi już po dacie zawarcia umowy, których przy dochowaniu należytej staranności nie dało się nawet w przybliżony sposób oszacować i zidentyfikować w momencie składania oferty. Celem wprowadzenia klauzul waloryzacyjnych nie jest umożliwienie składania wykonawcom ofert z niskimi cenami, nie gwarantującymi pokrycia kosztów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, a następnie dopuszczenie z momentem dnia podpisania umowy składania wniosków o waloryzację wynagrodzenia. Jak wynika z Komentarza UZP do Ustawy Pzp *„Uwzględniając, iż zamawiający działają w oparciu o plany finansowe, istotne jest ustalenie maksymalnego pułapu wynagrodzenia za realizowane zamówienie publiczne, a tym samym maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia. Skoro sposób ustalenia maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia dopuszczanej przez zamawiającego pozostawiono właśnie jemu, to może on wartość tę ustalić zarówno jako maksymalny procent liczony od wartości pierwotnego wynagrodzenia, jak i maksymalną kwotę, o którą wynagrodzenie może zostać powiększone”.* W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający taki limit ustalił na 85%, przy czym Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, że limit ten nie jest wystarczający, czy w sposób rażąco narusza równowagę stron stosunku umownego lub choćby, że Zamawiający nadużywa pozycji gospodarza postępowania. Z przebiegu rozprawy, w ocenie Izby wynika, że Zamawiający, mając świadomość, jakiego rodzaju usługi zamawia oraz że umowa ma charakter wieloletni, skłonny był do wielu ustępstw i wprowadzenia do dokumentacji postępowania wielu propozycji wynikających z odwołania. To, że nie zrealizowano wszystkich żądań Odwołującego nie oznacza jeszcze, że przyszły stosunek umowny został ukształtowany z przekroczeniem zasad i norm wynikających z ustawy Pzp. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie celnie zaznaczył, że nie jest jego rolą pilnowanie, czy zaszła konieczność dokonania waloryzacji wynagrodzenia. To obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, że taka zmiana wynagrodzenia jest konieczna, a złożenie odpowiedniego wniosku przez wykonawcę, pozwoli Zamawiającemu zbadać, czy spełnione zostały wszystkie przesłanki do waloryzacji

wynagrodzenia. Ponadto, Zamawiający to jednostka sektora finansów publicznych, zatem ustalenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jest istotne zwłaszcza z perspektywy prowadzenia gospodarki finansowej przez Zamawiającego.

W przypadku czasookresu, w którym dochodzić na do waloryzacji wynagrodzenia i propozycji zmiany 6 miesięcy na 3 miesiące, a także umożliwienia waloryzacji de facto z momentem podpisania umowy, to zauważyć należy, iż wykonawca składając ofertę jest w stanie dokonać szacowania ryzyka wystąpienia zmian mających wpływ na koszty w okresie początkowym umowy oraz, że może te elementy ująć w cenie ofertowej. Odwołujący jako profesjonalista powinien w dacie składania oferty uwzględnić bieżącą sytuację rynkową, znane czynniki, które mogą spowodować wzrost kosztów wykonania przedmiotu zamówienia i takie elementy ująć w cenie ofertowej, wiedząc kiedy nastąpi rozpoczęcie świadczenia usług i kiedy wystąpi możliwość pierwszej waloryzacji. Odwołujący wywodził, że okres 3 miesięczny jest najbardziej optymalny, jednakże w zarzutach kierowanych w stosunku do postanowień umownych należy wykazać, że dany Zamawiający narusza równowagę stron, czy też przekracza uprawnienia wynikające z ustawy Pzp. W przedmiotowym postępowaniu takich dowodów Izbie nie przedstawiono. Jak stanowi przepis ustawy Pzp zarówno ustalenie terminu początkowego jest uprawnieniem zamawiającego. Ustawodawca wprost pozostawił sposób regulacji zamawiającemu. Podobnie sytuacja wygląda w przypadku możliwości ustalenia okresów, w których będzie następować zmiana wynagrodzenia. Początkowy termin uprawniający do zmiany nie musi nastąpić od razu po podpisaniu umowy, może być terminem późniejszym, może być także krótszy niż 6 miesięcy. Ważne jest, by zamawiający przysługujących mu uprawnień nie nadużywał, czyniąc możliwość ubiegania się o waloryzację wynagrodzenia iluzoryczną. Tego zaś Izbie nie wykazano.

Obowiązkiem zamawiającego jest określenie waloryzacyjnych postanowień umownych w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty, a jednocześnie ustalone zasady nie naruszały istotnych interesów drugiej strony umowy. Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał, że w przedmiotowym postępowaniu w przypadku ustalenia zasad waloryzacji wynagrodzenia doszło do tego rodzaju naruszeń, a Zamawiający przekroczył przysługujące mu uprawnienia, czyniąc ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego.

Konkludując, zdaniem Izby odwołanie w części zasługiwało na uwzględnienie, co odzwierciedla punkt 3 sentencji niniejszego orzeczenia. Pozostały zarzuty odwołania okazały się niezasadne, co uwzględnia punkt 4 sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 oraz ust. 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami Zamawiającego w części 1/3 oraz Odwołującego w częściach 2/3 (3 zarzuty rozpoznawane z odwołania, z czego jeden zarzut został uwzględniony, dwa zarzuty oddalono).

Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, co łącznie dawało kwotę 18 600,00 zł. Zamawiający wniosków kosztowych nie składał.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18 600, 00 zł, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 2/3 kwoty kosztów rozliczonych w postępowaniu odwoławczym, czyli kwoty 12 400,00 zł. Zamawiający winien natomiast ponieść koszty w wysokości 1/3 kwoty rozliczanej, czyli 6 200,00 zł. Należało więc rozliczyć powyższą różnicę między Stronami.

Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 6 200,00 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodnicząca:

.....