

prof. nadzw. dr hab. Przemysław Drapała
Radca prawny

Andrzej Sokołowski
Radca prawny

dr Marcin Chomiuk
Radca prawny

Maciej Chrzan, LL.M.
Radca prawny

Wojciech Bazan
Adwokat

Jakub Majewski
Adwokat

Wojciech Merkwa
Radca prawny

Adrian Andrychowski
Adwokat

Magdalena Bartnik
Adwokat

Dorota Dąbrowska
Doradca podatkowy

Michał Drozdowicz
Radca prawny

Piotr Duma
Radca prawny

Iwo Franaszczyk
Adwokat

dr Łukasz Goniak
Adwokat

Konrad Gortad
Adwokat

Arkadiusz Górski
Adwokat

Maciej Grzybowski
Radca prawny

Michał Jagielski
Ekspert podatkowy

Zbigniew Jara
Radca prawny / Rechtsanwalt

Barbara Kaczała
Radca prawny

Ewelina Kęciek
Adwokat

Ludwina Klein, LL.M.
Adwokat

dr Jacek Kudła, LL.M.
Radca prawny

dr hab. Bogusław Lackoroński
Radca Prawny

Marcin Lewiński
Adwokat

Maria Łabno
Adwokat

Karol Macias
Radca prawny

Anna Matusiak-Wekiera
Radca prawny

Ewa Mońdział
Radca prawny

Mariusz Nowakowski, MLE
Adwokat

Anna Nowodworska
Adwokat

dr Joanna Ostojka-Kołodziej
Adwokat

Justyna Solarska
Adwokat

Maciej Stępień
Radca prawny

Michał Urbański
Adwokat

Anna Wójcik
Adwokat

Magdalena Zasiewska
Doradca podatkowy

Warszawa, 8 stycznia 2024 roku

Do:

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Odwołujący:

„Mobilis” sp. z o.o.
ul. Posag 7 Panien 8, 02-495 Warszawa
KRS: 0000041920
r.pr. Wojciecha Merkwę
adw. Łukasza Goniaka
r.pr. Piotra Duma
adw. Aleksandrę Blukacz

reprezentowany przez:

*adresy do doręczeń tradycyjnych
i elektronicznych oraz numer
telefonu:*

JDP DRAPAŁA & PARTNERS Sp. j.
ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa
tel.: +48 (22) 246 00 30
e-mail: wojciech.merkwa@jdp-law.pl

Zamawiający:

**Gmina Wrocław – Urząd Miejski
Wrocławia
Wydział Zamówień Publicznych**
Al. M. Kromera 44, 51-163 Wrocław
tel.: 071 777 92 30
e-mail: wzp.dz@um.wroc.pl

ODWOŁANIE

Działając w imieniu wykonawcy – „Mobilis” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („**Odwołujący**”), w oparciu o udzielone pełnomocnictwo (pełnomocnictwo wraz z informacją z Krajowego Rejestru Sądowego oraz dowodem uiszczenia opłaty skarbowej w załączeniu), ubiegającego się o udzielenie zamówienia w postępowaniu, którego przedmiotem jest *„Świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego organizowanego przez Gminę Wrocław na terenie Wrocławia oraz Gmin Wisznia Mała, Długoleka i Czernica”* (nr postępowania: ZP/PN/83/2023/WTR, „**Postępowanie**”), prowadzonym przez zamawiającego – Gminę Wrocław – Urząd Miejski Wrocławia, Wydział Zamówień Publicznych („**Zamawiający**”), niniejszym na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 505 ust. 1 Pzp¹:

¹ Ustawa z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, Dz.U.2022.1710 t.j. z dnia 2022.08.16 z późn. zm. („**Pzp**”).

I. wnoszę odwołanie 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];

II. Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów Pzp:

- (1) **art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 433 ust. 3 Pzp w zw. z art. 353¹ k.c.² w zw. z art. 354 § 1 k.c.** 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 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny, Dz.U.2022.1360 t.j. z dnia 2022.06.29 z późn. zm. („**k.c.**”)

- (2) **art. 134 ust. 1 pkt 6 Pzp** poprzez określenie wewnętrznie 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. 353¹ k.c., jak i art. 483 k.c. w zw. z 439 ust. 1 Pzp w zw. z art. 433 pkt 2 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp** poprzez ukształtowanie stosunku prawnego (umowy) w sposób sprzeczny z jego właściwością oraz zasadami współżycia społecznego, prowadzący do nadużycia przez Zamawiającego jego podmiotowego prawa poprzez 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 („ W_i ”), tj. wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych w danym okresie odniesienia, w tym jednoznacznie wskazanie sposobu obliczenia wartości W_i ;
 - waloryzację *on line*, tj. ze skutkiem w okresie w którym nastąpiła zmiana czynników uwzględnionych w formule waloryzacyjnej;
 - wskazanie, że w przypadku, gdyby wskaźnik W_w (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.

III. Na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) oraz b) Pzp wnoszę o rozpatrzenie i 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 Projektu 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 niniejszego odwołania**;
- IV. na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 Pzp wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym;
- V. na podstawie art. 573 Pzp wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie;

Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący ma 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 powyżej 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.

Odwołujący legitymuje się więc interesem w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Termin na wniesienie odwołania

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 29 grudnia 2023 r., co oznacza, że odwołanie zostało złożone w ustawowym terminie (10 dni).

Pozostałe wymogi formalne

Do odwołania załączono dowód wniesienia wpisu w wymaganej wysokości oraz potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej [Dz.U. S: 251/2023] w dniu 29 grudnia 2023 r. pod numerem 00794826-2023.

SPIS TREŚCI

I.	WPROWADZENIE	12
II.	ZARZUTY DOTYCZĄCE POSTANOWIEŃ UMOWNYCH	13
II.1.	WSTĘP.....	13
II.2.	UZASADNIENIE W ZAKRESIE ZASKARŻENIA § 2 [TABOR] UST. 3 PROJEKTU UMOWY	15
II.3.	UZASADNIENIE W ZAKRESIE ZASKARŻENIA § 5 UST. 1 I 2 PROJEKTU UMOWY ORAZ POSTANOWIENIA W VI DZIALE [TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA] SWZ	17
II.4.	UZASADNIENIE W ZAKRESIE ZASKARŻENIA § 6 [UMOWNE PRAWO ODSTĄPIENIA I ROZWIĄZANIA UMOWY] UST. 5.4 I 5.6 PROJEKTU UMOWY	20
II.5.	UZASADNIENIE W ZAKRESIE ZASKARŻENIA FORMULARZ OFERTOWY/FORMULARZE CENOWE (A TAKŻE INNE DOKUMENTY – NP. ZAŁĄCZNIK NR 8 DO PROJEKTU UMOWY)	22
II.6.	UZASADNIENIE W ZAKRESIE ZASKARŻENIA POSTANOWIEŃ W ZAKRESIE STAWEK WYNAGRODZENIA PRZEWIDZIANYCH W ZAŁĄCZNIKU NR 8 DO PROJEKTU UMOWY	23
II.7.	UZASADNIENIE W ZAKRESIE ZASKARŻENIA ZASAD WALORYZACJI WYNAGRODZENIA PRZEWIDZIANYCH W ZAŁĄCZNIKU NR 9 DO PROJEKTU UMOWY	25
II.8.	UZASADNIENIE 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	27
III.	ZARZUTY DOTYCZĄCE TREŚCI SWZ.....	38
III.1.	UZASADNIENIE W ZAKRESIE ZASKARŻENIA POSTANOWIENIA W DZIALE VIII [WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU] PKT. 4 LIT. A) SWZ.....	38
III.2.	UZASADNIENIE W ZAKRESIE ZASKARŻENIA POSTANOWIENIA W DZIALE IX [WYKAZ PODMIOTOWYCH ŚRODKÓW DOWODOWYCH] PKT. 10 SWZ	41
III.3.	UZASADNIENIE W ZAKRESIE ZASKARŻENIA POSTANOWIENIA W DZIALE XIV [SPOSÓB ORAZ TERMIN SKŁADANIA I OTWARCIA OFERT] PKT. 1 SWZ	43

UZASADNIENIE

I. WPROWADZENIE

1. Zamawiający prowadzi Postępowanie, przedmiotem którego jest **świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego**, organizowanego przez Gminę Wrocław na terenie Wrocławia oraz Gmin Wisznia Mała, Długołęka i Czernica. 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.
2. 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.
3. Wykonawca będzie zobowiązany ponadto do **utrzymania stałego prawidłowego działania zasilania urządzeń funkcjonujących w ramach systemu URBANCARD**, tj. kasowników oraz jednostek centralnych zgodnie z przedłożoną dokumentacją techniczną zawartą w Załączniku nr 13 do Umowy.
 4. Zamówienie zostało podzielone przez Zamawiającego na cztery Zadania, przy czym każdy wykonawca może złożyć ofertę na dowolną liczbę wybranych Zadań.
 5. **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).
 6. Wobec określonej wyżej specyfikacji przedmiotu zamówienia stanowiącego przedmiot Postępowania) uwzględniając wymagania reżimu Pzp konieczne jest zachowanie szczególnej rozważliwości przy kształtowaniu stosunku prawnego pomiędzy przyszłymi stronami umowy w sprawie zamówienia publicznego.
 7. Tymczasem, jak zostanie wykazane w dalszej części odwołania, Zamawiający skonstruował szereg postanowień w SWZ oraz w Projekcie Umowy, które pozostają niezgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami. Odwołujący wykaże, że 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.

II. ZARZUTY DOTYCZĄCE POSTANOWIEŃ UMOWNYCH

II.1. Wstęp

8. Analiza kwestionowanych postanowień umownych prowadzi do wniosku, że Zamawiający w treści Projektu Umowy stara się przenieść na wykonawcę szereg ryzyk, za które wykonawca nie będzie (nie powinien być) *de facto* odpowiedzialny. Skarżone przez Odwołującego postanowienia umowne w znacznym zakresie uwydatniają słabszą pozycję wykonawcy. 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.
9. 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 jaskrawo pokazuje próbę nadużycia pozycji kontraktowej przez zamawiającego.

10. 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.
11. Celem przywołanego art. 353¹ k.c. jest ukształtowanie zasady, zgodnie z którą przyznana stronom stosunków zobowiązaniowych swoboda umów nie ma charakteru absolutnego³. Reguła ta nabiera szczególnego znaczenia w przypadku umów o zamówienie publiczne. Jak wskazano powyżej, mamy tu bowiem do czynienia z sytuacją, w której prawa stron w zakresie wpływu na treść stosunku prawnego są z założenia rozłożone nierównomiernie. To bowiem instytucja zamawiająca opracowuje projekt umowy, wykonawca ma zaś prawo do formułowania wniosków o wyjaśnienia (przybierających zasadniczo postać wniosków o zmiany) lub skarżenia projektu umowy przy wykorzystaniu środków ochrony prawnej.
12. Konsekwencją powyższego jest to, że zamawiający publiczny, formułując postanowienia umowne, powinien z wyjątkową ostrożnością kształtować zakres praw i obowiązków stron. Tymczasem, jak wynika z treści Projektu Umowy, Zamawiający oczekuje odpowiedzialności wykonawcy za wszelkie zdarzenia negatywne, w tym te które nie są zależne od wykonawcy.
13. Podnieść wreszcie należy, że zasada swobody umów, która znajduje zastosowanie do umów o zamówienie publiczne (z racji ich cywilnoprawnego charakteru) nie może być nadużywana, a z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w Postępowaniu. Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 16 sierpnia 2005 roku:

„Zamawiający nie powinien konstruować umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na ilość złożonych w przetargu ofert. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę.”⁴

14. Do analogicznych wniosków doszła również Izba, np. w wyroku z dnia 18 maja 2015 roku:

³ Fras Mariusz (red.), Habdas Magdalena (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna (art. 353-534).

⁴ Sygn. IV Ca 508/05.

„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 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. (...) Przerzucenie na wykonawcę takiego ryzyka, nad którym wykonawca nie ma żadnej kontroli stanowi naruszenie zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej.”⁵

15. Ponadto, jak wskazuje się w orzecznictwie Izby:

„Okoliczność, że to zamawiający formułuje postanowienia wzoru umowy nie oznacza, że ma prawo czynić to w sposób bezwzględnie obowiązujący i przy tym mogący nadużywać równowagę stron (zamawiający - wykonawca). W prawie cywilnym podstawową formą odpowiedzialności dłużnika jest jej ukształtowanie na zasadzie obowiązku należytej staranności, co wynika z treści art. 472 k.c. zgodnie z którym jeżeli ze szczególnego przepisu ustawy albo z czynności prawnej nie wynika nic innego, dłużnik odpowiedzialny jest za niezachowanie należytej staranności.”⁶

16. Odnosząc powyższe – klarowne i jednoznaczne – wymagania jakie Ustawodawca postawił przez zamawiającymi w zakresie projektowanych postanowień umownych, należy jednoznacznie stwierdzić, że Zamawiający im nie podołał, a w części projektowanych zapisów – rażąco je naruszył.
17. Z wyżej opisanych względów, odwołanie w zakresie postanowień umownych zasługuje na uwzględnienie. Poniżej zaś Odwołujący odnosi się do poszczególnych zaskarżonych postanowień Projektu Umowy.

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

18. W odniesieniu do postanowienia § 2 [Tabor] ust. 3 Projektu Umowy, Odwołujący wnosi o **zmianę w części** ww. postanowienia o treści:

„W przypadku zmian w przepisach prawa dotyczących wymagań dla autobusów objętych Umową Wykonawca zobowiązany jest niezwłocznie i na własny koszt dostosować tabor do tych wymogów w momencie wejścia ich w życie.”

poprzez nadanie mu następującej treści:

*„W przypadku zmian w przepisach prawa dotyczących wymagań dla autobusów objętych Umową, Wykonawca zobowiązany jest **niezwłocznie i na własny koszt** dostosować tabor do tych wymogów, **z zastrzeżeniem zdania następnego. Strony***

⁵ Sygn. KIO 897/15.

⁶ Wyrok KIO z dnia 30 października 2017 roku, sygn. KIO 2163/17.

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.”

19. Przywołane postanowienie jest wadliwe w części i jako takie podlega zmianie w części.
20. Obecna regulacja **przerzuca na Odwołującego 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**.
21. 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.
22. 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.
23. Wykonawca nie może być obciążany ryzykiem zmiany przepisów prawa z **podobnych względów jak ustawodawca zakazuje** przewidywania w postanowieniach umów w sprawie zamówienia publicznego (m.in.) **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).
24. Już w uzasadnieniu Druku nr 3624 Rządowego projektu obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych, w odniesieniu do projektu przyszłego art. 433 Pzp [Klauzule abuzywne] wskazano, że:

„Skutkiem tego przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby postanowień umownych nie kształtować w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę. Wprowadzenie tej zasady nie ma na celu uniemożliwienia zamawiającym takiego ukształtowania treści umowy, który jest uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością,

*sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminacje postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców. **Wykonawcy mający zastrzeżenia do zaproponowanych postanowień umownych będą mogli je zweryfikować przez skorzystanie z odwołania w tym zakresie***⁷.

25. Z kolei na tle obowiązującego już art. 433 Pzp w jednym z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej wskazano, że:

*„Na potrzeby niniejszych rozważań szczególnie ważną sferą zastosowania zasad współżycia społecznego, jako granicy swobody umów, jest problematyka tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. **Badaniu z punktu widzenia słuszności kontraktowej podlega przede wszystkim stosunek wartości świadczeń w umowach wzajemnych.** O naruszeniu reguł sprawiedliwościowych można mówić wówczas, gdy dysproporcja tych wartości jest rażąca.*⁸

26. W tym kontekście Izba podkreśliła, że 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.**
27. Powyższe stanowi także zaprzeczenie zasady współdziałania zamawiającego i wykonawcy przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w celu należytej realizacji zamówienia (por. art. 431 Pzp).
28. Zabieg zastosowany przez Zamawiającego w obecnym brzmieniu omawianego postanowienia **wprowadza stan niepewności** co do zakresu uprawnień i obowiązków stron umowy o zamówienie publiczne i jako taki stoi w **sprzeczności z zasadą swobody umów** (por. art. 353¹kc).
29. W konsekwencji, zaskarżone postanowienia naruszają przywołane regulacje i z tegoż względu winny ulec zmianie w ww. zakresie.

II.3. Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia § 5 ust. 1 i 2 Projektu Umowy oraz postanowienia w VI Dziale [TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA] SWZ

30. W odniesieniu do postanowienia § 5 [Terminy] ust.1 i 2 Projektu Umowy, Odwołujący wnosi o **zmianę w części** ww. postanowienia o treści:

⁷ Por. Druk nr 3624, Rządowy projekt ustawy - Prawo zamówień publicznych, str. 81.

⁸ Wyrok KIO z 18.05.2015 r., KIO 897/15, LEX nr 1746880.

„1. Umowa zostaje zawarta na okres od daty jej zawarcia do dnia roku lub do wyczerpania kwoty odpowiadającej wartości Umowy, wskazanej w § 4 ust.1.

2. 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.**”

poprzez nadanie im następującej treści:

„1. Umowa zostaje zawarta na okres od daty jej zawarcia do dnia ~~..... roku lub do wyczerpania kwoty odpowiadającej wartości Umowy, wskazanej w § 4 ust.1~~ **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 ~~do 11 miesięcy od dnia zawarcia umowy ale nie wcześniej niż od 1 stycznia 2025 roku~~ **po upływie 12 miesięcy od daty zawarcia Umowy.**”

zarazem

w odniesieniu do postanowienia w VI Dziale [TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA] SWZ:

„Termin realizacji przedmiotu umowy: **od 1 stycznia 2025 roku** przez kolejne 72 miesiące lub do wyczerpania wartości Umowy określonej w § 4 ust. 1.”

poprzez nadanie mu następującej treści:

„Termin realizacji przedmiotu umowy: ~~od 1 stycznia 2025 roku~~ przez kolejne 72 miesiące ~~lub do wyczerpania wartości Umowy określonej w § 4 ust. 1.~~ **przypadające po upływie 12 miesięcy od daty zawarcia Umowy.**

31. Przywołane postanowienia SWZ oraz Projektu Umowy (w ich obecnym brzmieniu) są wadliwe w części i jako takie podlegają zmianom w części.
32. Po pierwsze, powyższe 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.

33. 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 wskazujemy, że 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.**”].
34. 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**
35. 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); „Umowa zostaje zawarta na okres od daty jej zawarcia do dnia roku” (vide § 5 ust. 1 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).
36. Tym samym istnieje ryzyko, że usługi przewozów będą musiały być świadczone już np. po kilku miesiącach od podpisania umowy, a ponadto – w świetle przywołanych wyżej postanowień Projektu Umowy - 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 należeć się będzie wynagrodzenie danemu wykonawcy).

37. 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.*”
38. 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.
39. 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.
40. W konsekwencji, zaskarżone postanowienia naruszają przywołane regulacje i z tegoż względu winny ulec zmianie w ww. zakresie.

II.4. Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia § 6 [Umowne prawo odstąpienia i rozwiązania umowy] ust. 5.4 i 5.6 Projektu Umowy

41. W odniesieniu do postanowienia § 6 [Umowne prawo odstąpienia i rozwiązania umowy] ust. 5.4 i 5.6 Projektu Umowy, Odwołujący wnosi o zmianę w części ww. postanowienia o 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 przerwał w całości lub w części (co najmniej 25% pracy przewozowej zaplanowanej w danym dniu) świadczenie usług przewozowych i nie realizuje ich pomimo pisemnego wezwania z **2-dniowym** terminem do ich podjęcia*

[...]

[5.6.] zaistniały jakiegokolwiek przesłanki uniemożliwiające dalszą realizację Umowy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.”

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.**”

42. Przywołane postanowienia Projektu Umowy (w ich obecnym brzmieniu) są wadliwe w części i jako takie podlegają zmianom w części.
43. Przywołane postanowienia Projektu Umowy wprowadzają bowiem 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 mogły 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.

44. Dodatkowo, powyższe jest tym bardziej nadmiernym obciążeniem, że przewiduje 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.**
45. 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.

II.5. Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia Formularz ofertowy/formularze cenowe (a także inne dokumenty – np. Załącznik nr 8 do Projektu Umowy)

46. Kolejną grupę wątpliwości rodzi zaproponowany przez Zamawiającego sposób kalkulacji ceny oferty i „budowania” stawek wynagrodzenia, określony w załączniku nr 8 do Projektu Umowy.
47. 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 z późn. zm.) określającymi wymagany procentowo udział autobusów zeroemisyjnych w strukturze pojazdów [§ 2 ust. 2 Projektu Umowy w związku z Załącznikiem nr 1a do Projektu Umowy].
48. Przy tym, ww. autobusy 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.
49. Dodatkowo, dokumentacja przewiduje jednocześnie wycenę wozokilometra oraz wozogodziny, które stanowić mają części składowe wynagrodzenia w danym okresie.
50. 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.

51. 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.
52. 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.
53. Zaproponowane wskaźniki są w całości arbitralne i istotnie odbiegają od faktycznych kosztów eksploatacji różnorodnego taboru który będzie stosowany przy realizacji umowy.
54. 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).
55. Jednak zawsze prowadzi to 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.
56. 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.
57. W konsekwencji wnioskujemy o zmianę dokumentacji Zamówienia, tak, aby Zamawiający i w konsekwencji wykonawca, podawali stawki odrębnie dla każdego typu taboru.

II.6. Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia postanowień w zakresie Stawek wynagrodzenia przewidzianych w Załączniku nr 8 do Projektu Umowy

58. Kolejnym – wadliwym i arbitralnym – 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].

59. Odwołujący wskazuje w tym miejscu, 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.
60. **Jedynie przykładowo należy wskazać na 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).**
61. 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.
62. 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.
63. Kontynuacją zaś 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.
64. **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 od obniżenia ceny wszystkich [100 %] zrealizowanych tego dnia przewozów.**
65. Powyższe w jaskrawy sposób obrazuje zaburzenie pozycji kontraktowej, naruszenie swobody umów i próbę nadużycia pozycji kontraktowej przez Zamawiającego.

II.7. Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia Zasad waloryzacji wynagrodzenia przewidzianych w Załączniku nr 9 do Projektu Umowy

66. W odniesieniu do Zasad waloryzacji wynagrodzenia przewidzianych w Załączniku nr 9 do Projektu Umowy, Odwołujący wnosi o zmianę przedmiotowych postanowień.
67. 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.
68. 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 w Postępowaniu *(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 – zwłaszcza w obecnych realiach rynkowych – 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 (czego nie można wykluczyć) - może jeszcze nie być zawartej umowy pomiędzy Zamawiającym oraz wykonawcą] i będzie dokonywana na wniosek operatora).*
69. 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.
70. Doświadczenia zdarzeń ostatnich lat, tj. w szczególności wystąpienie i utrzymywanie się stanu epidemii w związku z zakażeniami wirusem SARS-CoV-2 powodującymi chorobę COVID-19 w latach 2020-2023, zbrojna inwazja Federacji Rosyjskiej na terytorium Ukrainy w dniu 24 lutego 2022 roku dająca początek pełnowymiarowej wojnie konwencjonalnej tuż za naszą wschodnią granicą, zrewidowały i zredefiniowały nasze pojęcie stabilności i pewności obrotu prawnego.
71. 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 skreślony górnym limitem rocznej waloryzacji stanowi najwyraźniej kalkę dotychczasowych schematów umownych,

która nie pasuje do dzisiejszej rzeczywistości – tym bardziej realiów niedającej się przewidzieć przyszłości.

72. Propozycja ta również uwzględnia 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 Umowy⁹.
73. Zakres i skala zmian cen i stosunków, której świadkami byliśmy w ostatnim okresie (tj. najbardziej znacząca – od dnia 24 lutego 2022 roku – dnia rozpoczęcia inwazji Federacji Rosyjskiej na Ukrainę, co doprowadziło do regularnej wojny konwencjonalnej na wschodniej granicy Polski) wymaga szczególnej precyzji przy konstruowaniu mechanizmów waloryzacyjnych, w szczególności w przypadku kontraktów wieloletnich.
74. Jednocześnie 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.
75. Z uwagi na zakres i poziom szczegółowości proponowanych przez Odwołującego zmian, Odwołujący przedkłada 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 jest analogiczna do zastosowanej przez Zamawiającego przy sporządzaniu „Zasad waloryzacji wynagrodzenia” przewidzianych w obecnym Załączniku nr 9 do Projektu Umowy.

II.8. Uzasadnienie 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

76. W odniesieniu do postanowienia § 7 [Kary umowne] ust. 2 Projektu Umowy, Odwołujący wnosi o **zmianę w części** ww. postanowienia o 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 **3 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*

⁹ Por. opinia Prezesa UZP pt. „Dopuszczalność zmiany umowy o udzielenie zamówienia publicznego na podst. art. 144 ust. 1 pkt 1,3 i 6 ustawy Pzp” <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/umowa-w-sprawie-zamowienia-publicznego/dopuszczalnosc-zmiany-umowy-o-udzielenie-zamowienia-publicznego> [online: 05.01.2024]

obowiązujące prawo. Powyższe zapisy nie dotyczą naliczania kar z tytułu braku wymagań w zakresie punktualności i jakości usług przewozowych, o których mowa w Załączniku numer 7 (kary procentowe)."

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. ~~Powyższe zapisy nie dotyczą naliczania kar z tytułu braku wymagań w zakresie punktualności i jakości usług przewozowych, o których mowa w Załączniku numer 7 (kary procentowe).~~”*

77. Przywołane postanowienie Projektu Umowy (w jego obecnym brzmieniu) jest wadliwe w części i jako takie podlega zmianie w części. 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 ww. 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.

78. W odniesieniu do postanowienia § 7 [Kary umowne] ust. 14 Projektu Umowy, Odwołujący wnosi o **zmianę w części** ww. postanowienia o treści:

*„14. Łączna wielkość kar umownych z tytułu niewłaściwej realizacji Umowy nie może przekroczyć w danym okresie rozliczeniowym **20%** wartości wynagrodzenia podstawowego za 1 pełny okres rozliczeniowy (suma kar z Załącznika numer 7 i pomniejszenia wynagrodzenia z Załącznika numer 8).”*

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).”*

79. Przywołane postanowienie Projektu Umowy (w jego obecnym brzmieniu) jest wadliwe w części i jako takie podlega zmianie w części. **Łączna wielkość kar umownych jest nieproporcjonalnie wysoka w** stosunku do wartości wynagrodzenia podstawowego wykonawcy za 1 pełny okres rozliczeniowy. Postanowienie to zaburza równowagę kontraktową Stron.
80. 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.
81. W odniesieniu do Zasad naliczania i wielkość kar umownych przewidzianych w Załączniku nr 7 do Projektu Umowy, Odwołujący wnosi o zmianę w części tychże zasad w sposób zaproponowany w zestawieniu tabelarycznym poniżej. Szczegółowe uzasadnienie proponowanych zmian zostało przedstawione poniżej w tabeli.

	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.
2.	<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;	Ujednolicenie w zakresie kwalifikacji rodzaju uchybienia – w odniesieniu do kwalifikacji „opóźnienia” użytej w pkt. 2.6. („nieuzasadnione opóźnienie”). Ujednolicenie 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	2.7. Załącznik numer 10 – za odmowę bądź nieuzasadnione opóźnienie ponad 10 dni	Ujednolicenie w zakresie kwalifikacji rodzaju uchybienia –

	wyznaczonego terminu dostarczenia poprawnego zapisu z monitoringu (również w sytuacji niewłaściwego ustawienia kamer) na żądanie Zamawiającego;	kalendaryzowanych od wyznaczonego terminu dostarczenia poprawnego zapisu z monitoringu (również w sytuacji niewłaściwego ustawienia kamer) na żądanie Zamawiającego za każdy dzień opóźnienia ;	<p>w odniesieniu do kwalifikacji „opóźnienia” użytej w pkt. 2.6. („nieuzasadnione opóźnienie”). Ujednolicenie pojęć służy doprecyzowaniu, że również w tym – analogicznym gatunkowo przypadku – uchybienie w postaci „opóźnienia” odnosi się do „nieuzasadnionego” opóźnienia (por. pkt. 2.6.)</p> <p>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>), <i>zarazem</i> koresponduje z analogicznymi uregulowaniami w obrębie Załącznika nr 7.</p>
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 ;	<p>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</p>

			interpretacyjne niedopuszczalne w przypadku obowiązku zastrzegania kary umownej w „określonej sumie” (por. art. 483 § 1 k.c. <i>in fine</i>), <i>zarazem</i> koresponduje z analogicznymi uregulowaniami w obrębie Załącznika nr 7.
4.	4. 1 000 zł za niewywiązywanie się z obowiązków określonych w umowie:		Nie dotyczy – przywołanie porządkowe.
4.5.	4.5 § 3 ust. 6 pkt. 6.13 - za każdy dzień kalendarzowy, w którym autobus jeździł z nie działającymi kasownikami elektronicznymi z powodu niesprawnej instalacji, o której mowa w Załączniku numer 13;	4.5 § 3 ust. 6 pkt. 6.13 i pkt. 6.15- za każdy dzień kalendarzowy, w którym autobus jeździł z nie działającymi 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>Zestawienie ze sobą pkt. 4.5. oraz 4.6. ujawnia niedopuszczalną kumulację kary umownej zastrzeżonej za ten sam przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania 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</p>

			<p>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 nie działającymi 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	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	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 podstawowego bez poinformowania Zamawiającego (§ 2 ust. 13);	autobusu podstawowego bez poinformowania Zamawiającego (§ 2 ust. 13) - kara w odniesieniu do jednego autobusu zostanie naliczona 1 raz w ciągu dnia;	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>), <i>zarazem</i> koresponduje z analogicznymi uregulowaniami w obrębie Załącznika nr 7.
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:		Nie dotyczy – przywołanie porządkowe.
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;	Ujednolicenie 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”.

			<p>W stosunku do kwalifikacji „opóźnienia” użytej w pkt. 2.6. („nieuzasadnione opóźnienie”) ujednolicenie pojęć powinno obejmować także doprecyzowanie, że również w tym – analogicznym gatunkowo przypadku – pojęcie „przekroczenie terminu” powinno zostać doprecyzowane jako „nieuzasadnione” (por. pkt. 2.6.)</p>
5.12	<p>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;</p>	<p>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;</p>	<p>Ujednolicenie w zakresie kwalifikacji rodzaju uchybienia – w odniesieniu do kwalifikacji „opóźnienia” użytej w pkt. 2.6. („nieuzasadnione opóźnienie”).</p> <p>Ujednolicenie pojęć służy doprecyzowaniu, że również w tym – analogicznym gatunkowo przypadku – uchybienie w postaci „opóźnienia” odnosi się do „nieuzasadnionego” opóźnienia (por. pkt. 2.6.)</p>

82. 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 ujednolicenie pojęć;
 - (b) **wyeliminowanie** (przez redukcję) **postanowień przewidujących niedopuszczalną kumulację kary umownej** zastrzeżonej za ten sam przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązana przez wykonawcę.
83. Po pierwsze, 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) **niejednolitości pojęć**, tj. nieumotywowane posługiwanie się pojęciami raz to „nieuzasadnionego opóźnienia” (por. pkt. 2.6.), raz to „opóźnienia” (por. 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” (por. pkt. 2.7.) bądź **braku dostatecznego dookreślenia** kwantyfikatora, tj. „kara w odniesieniu do jednego autobusu zostanie naliczona 1 raz w ciągu dnia” (por. pkt. 3.2.)
84. Tymczasem art. 483 § 1 k.c. 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 k.c. ustawodawca pozostawia stronom znaczny zakres swobody kształtowania poszczególnych elementów kary¹⁰. Określoność sumy kary umownej pozostaje jednak wymogiem konstrukcyjnym takiego postanowienia. Jak wskazuje choćby M. Lemkowski: „*Suma, którą ma zapłacić dłużnik z tytułu naruszenia umowy musi być określona*”¹¹.
85. Zgodnie z jednolitym poglądem orzecznictwa z art. 483 § 1 k.c. 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.

¹⁰ P. Drapała [w:] *Prawo zobowiązań – część ogólna. System Prawa Prywatnego. Tom 5*, red. K. Osajda, wyd. 3, Warszawa 2020, s. 1287, nb. 148.

¹¹ M. Lemkowski [w:] *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 450-1088*, red. M. Gutowski, Warszawa 2016, Legalis, komentarz do art. 483, nb. 6.

86. Momentem właściwym do oceny, czy suma pieniężna została należycie określona, jest chwila zastrzegania kary (zawierania umowy)¹².
87. Kara umowna skonstruowana w taki sposób, że nie daje się „określić”, jak nakazuje art. 483 § 1 k.c., ale również *ab initio* nie chroni interesu wierzyciela w zakresie przewyższającym wartość zabezpieczanego świadczenia, co nie sposób uznać za dopuszczalne¹³.
88. 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.
89. 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.
90. Przywołane postanowienia różnią się jedynie – wtórnymi – szczegółowymi przyczynami ww. 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.
91. Tymczasem zgodnie z zasadą ogólną 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 (por. w szczególności wyrok SN z dnia 28 stycznia 2011 r., I CSK 315/10, OSNC-ZD 2011, nr D, poz. 85).)
92. Podsumowując wszystko powyższe, 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*

¹² Tak trafnie: B. Lackoroński, *Określenie sumy w zastrzeżeniu kary umownej*, MoP 2018/23, s. 1273; A. Kamińska, *Kary umowne za brak zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy w umowie o roboty budowlane*, STPP 2018/1, s. 82; P. Drapała [w:] *Prawo zobowiązań – część ogólna. System Prawa Prywatnego. Tom 5*, red. K. Osajda, wyd. 3, Warszawa 2020, s. 1290, nb. 152.

¹³ Por. Z. Gawlik [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część ogólna*, red. A. Kidyba, wyd. 2, Warszawa 2014, LEX, komentarz do art. 483.

- (d) możliwość wystąpienia niedopuszczalnej kumulacji kary umownej co jest niezgodne z regulacją ustawową instytucji kary umownej.
93. Zakres powyższych uchybień, jasno pokazuje, że kontraktując postanowienia dotyczące odpowiedzialności wykonawcy, Zamawiający:
- (a) przekroczył granicę dopuszczalnej swobody umów przewidzianej w art. 353¹ k.c.; w tym założenia ustawowe instytucji kary umownej z art. 483 k.c.
 - (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.**
94. W konsekwencji, zaskarżone postanowienia naruszają przywołane regulacje i z tegoż względu winny ulec zmianie w ww. zakresie.

III. ZARZUTY DOTYCZĄCE TREŚCI SWZ

III.1. Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia postanowienia w Dziale VIII [WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU] pkt. 4 lit. a) SWZ

95. W Dziale VIII pkt. 4 lit. a) SWZ Zamawiający postawił warunek udziału w Postępowaniu 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) 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.”

96. Literalne brzmienie ww. postanowienia wskazuje, iż aby wykazać spełnienie ww. 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 niniejszym postępowaniu).
97. 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 umożliwiając 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. Na takie właśnie rozumienie proporcjonalności zwraca w swoim orzecznictwie Krajowa Izba Odwoławcza np. w wyroku z dnia 12 lutego 2021 r.¹⁴: „(...) Oczywistym jest, że warunek nie musi odzwierciedlać w stu procentach opisu przedmiotu zamówienia, gdyż **powinien być do tego opisu w takiej proporcji, która jest wystarczająca uznania wykonawcy za zdolnego do wykonania zamówienia, ale jednocześnie nie jest oderwana od przedmiotu zamówienia**”.
98. Fundamentalnym obowiązkiem każdego zamawiającego na etapie formułowania treści warunków udziału w postępowaniu 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. Jak wskazuje Izba: **„Obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej”**¹⁵.
99. Uwzględniając powyższe, nie może więc ulegać wątpliwości, że 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

¹⁴ Sygn. KIO 184/21

¹⁵ Wyrok KIO z dnia 9 września 2020 r., sygn. KIO 1988/20

ograniczenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia. Tak natomiast dzieje się w przedmiotowym Postępowaniu.

100. W pierwszej kolejności Odwołujący zwraca 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.
101. Z treści więc powyższego 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.
102. W ocenie Odwołującego aktualne brzmienie warunku udziału (stosownie do Działu VIII pkt. 4 lit. a) SWZ) nie tylko więc pozostaje wewnętrznie 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.

103. Nie można zatem uciec od wrażenia, że 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 w niniejszym Postępowaniu. Ograniczenie w takiej postaci (biorąc pod uwagę, że przedmiotem zamówienia jest usługa) skutkuje nieuprawnionym ograniczaniem konkurencyjności w Postępowaniu, a to z kolei świadczy o naruszeniu przepisów Pzp w zakresie proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu względem przedmiotu zamówienia.
104. W związku z powyższym, Odwołujący wnosi 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).

III.2. Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia postanowienia w Dziale IX [WYKAZ PODMIOTOWYCH ŚRODKÓW DOWODOWYCH] pkt. 10 SWZ

105. 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).”*

106. Przywołane postanowienie Działu IX pkt 10 SWZ (w jego obecnym brzmieniu) jest wadliwe i niezgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami.
107. Powyższe 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 zaś **§ 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 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.
108. Warto w tym zakresie dostrzec, iż 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 stanowiące przedmiot Postępowania, 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).

III.3. Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia postanowienia w Dziale XIV [SPOSÓB ORAZ TERMIN SKŁADANIA I OTWARCIA OFERT] pkt. 1 SWZ

109. 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.”*].
110. 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. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 marca 2017 r. 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.”¹⁶

111. Odwołujący zwraca uwagę, iż, 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

¹⁶ Prawo zamówień publicznych, Komentarz M. Stachowiak, WKP 2021, maj 2021.

obliczaniu terminu składania ofert nie uwzględnia się dnia, w którym ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane do publikacji Urzędowi Publikacji UE¹⁷. **W związku z powyższym, ustalony przez Zamawiającego termin składania ofert jest niezgodny z art. 138 ust. 1 Pzp, albowiem jest krótszy niż 35 dni.**

112. Warto zwrócić uwagę, iż Postępowania 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 tymczasem musi w tym terminie skalkulować swoją ofertę – w sposób rzetelny, niebudzący wątpliwości. Aby natomiast móc prawidłowo skalkulować ofertę – decydując jednocześnie czy zamierza ją złożyć na jedno lub na większą liczbę Zadań, a jeżeli tak na jakie konkretnie Zadania (każde bowiem z 4 Zadań ma swoją specyfikę rzutującą na kalkulację 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.
113. Powyższe oferty powinny podlegać negocjacjom 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.
114. W świetle powyższego uznać należy, iż z uwagi na konieczność dokładnego rozpoznania przedmiotu zamówienia i umożliwienia wykonawcom przygotowania rzetelnej i prawidłowo skalkulowanej oferty, koniecznym jest przedłużenie terminu składania ofert.

* * *

Wobec powyższego wnosimy jak w *petitum*.

¹⁷ Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Legalis, 2023.

Wojciech Merkwa
radca prawny

ZAŁĄCZNIKI

Załącznik 1	Pełnomocnictwo
Załącznik 2	Opłata skarbową za pełnomocnictwo
Załącznik 3	Odpis z Krajowego Rejestru Sądowego
Załącznik 4	Dowód uiszczenia wpisu
Załącznik 5	Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu
Załącznik 6	Załącznik nr 9 do Projektu Umowy – Zasady waloryzacji wynagrodzenia