

Warszawa, 10 stycznia 2025 roku

Do:

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Zamawiający:

Gmina Wrocław – Urząd Miejski Wrocławia

Pl. Nowy Targ 1-8, 50-141 Wrocław

adres do korespondencji:

Wydział Zamówień Publicznych

Al. M. Kromera 44, 51-163 Wrocław

NIP: 8971383551

Tel: 71 777 92 30

e-mail: wzp.dz@um.wroc.pl

Odwołujący:

**Citybike Poland Spółka z ograniczoną
odpowiedzialnością**

ul. Mikołaja Reja 3, 80-404 Gdańsk

KRS: 805639

reprezentowany przez pełnomocnika:

adw. Michała Gajdka

Domański Zakrzewski Palinka sp. k.

adres do doręczeń:

ul. Rondo ONZ 1, XXI piętro, 00-124 Warszawa

e-mail: michal.gajdek@dzp.pl

faks: +48 22 557 76 01, tel.: +48 22 557 76 00

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Usługa polegająca na uruchomieniu oraz kompleksowej eksploatacji samoobsługowej wypożyczalni rowerów publicznych we Wrocławiu oraz w gminach ościennych w ramach opcji*, numer referencyjny: ZP/PN/99/2024/WIM, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 799968-2024 w dniu 31 grudnia 2024 roku („**Postępowanie**”)

ODWOŁANIE

1. Działając na podstawie art. 513 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych¹ („PZP”) i art. 505 ust. 1 PZP w związku z art. 515 ust. 2 pkt 1 PZP w imieniu wykonawcy **Citybike Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Gdańsku (dalej: „**Odwołujący**”), w oparciu o udzielone mi pełnomocnictwo, niniejszym zaskarżam czynności podjęte przez **Gminę Wrocław**, (dalej: „**Zamawiający**”), polegające na opisanu przedmiotu zamówienia w Postępowaniu w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz utrudniający uczciwą konkurencję, a także na ustaleniu treści projektowanych postanowień umowy w sposób skrajnie niekorzystny dla wykonawców, naruszający równowagę stron umowy oraz prowadzący do naruszenia praw podmiotowych wykonawców.
2. Opisanym powyżej czynnościom Zamawiającego **zarzucam naruszenie:**
 - 2.1. **art. 134 ust. 1 pkt 6) PZP w zw. art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) PZP poprzez** wyznaczenie terminu na uruchomienie Etapu I Systemu WRM wynoszącego dwa miesiące od dnia zawarcia umowy, **podczas gdy** termin ten jest rażąco krótszy od terminów produkcji i dostaw fabrycznie nowych rowerów wymaganych przez Zamawiającego, a ponadto uruchomienie Etapu I Systemu WRM wymaga uprzedniej realizacji szeregu obowiązków umownych, których wykonanie w dwumiesięcznym terminie nie jest realne, co świadczy o naruszeniu zasady proporcjonalności oraz o nieuwzględnieniu przez Zamawiającego wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty w Postępowaniu,
 - 2.2. **art. 134 ust. 1 pkt 6) PZP w zw. z art. 99 ust. 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) PZP poprzez** wyznaczenie terminu na uruchomienie Etapu I Systemu WRM wynoszącego dwa miesiące od dnia zawarcia umowy, **podczas gdy** termin ten jest rażąco krótszy od terminów produkcji i dostaw fabrycznie nowych rowerów wymaganych przez Zamawiającego, a zatem jedyną możliwością uruchomienia Etapu I w wyznaczonym, dwumiesięcznym terminie staje się sytuacja, w której dany wykonawca już obecnie dysponowałby nowymi rowerami w liczbie wymaganej przez Zamawiającego, co świadczy o naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji, bowiem wykonawca zamawiający fabrycznie nowe rowery po uzyskaniu zamówienia (Odwołujący) zostaje w istocie bezzasadnie pozbawiony możliwości złożenia oferty w Postępowaniu i jest przez to gorzej traktowany od wykonawcy, który dysponowałby już w chwili obecnej zasobem fabrycznie nowych rowerów, zaś Zamawiający nie posiada uzasadnionej potrzeby w wyznaczeniu dwumiesięcznego terminu na uruchomienie Etapu I Systemu WRM,
 - 2.3. **art. 395 KC² w zw. art. 58 § 2 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez** ukształtowanie postanowień o odstąpieniu (§ 21 ust. 5 i 6 projektu umowy) jako obowiązku Zamawiającego, a nie prawa, które może być wykorzystywane lub pomijane w zależności od okoliczności danej sprawy, np.

¹ Ustawa z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320).

² Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1061)

ustaleń stron lub podjęcia przez Wykonawcę działań naprawczych, co jest niezgodne z naturą prawa odstąpienia oraz wypacza jego istotę, a także pozostaje w oczywistej sprzeczności z art. 395 KC, konstytuującym umowne prawo do odstąpienia, jak również z instytucją ustawowego prawa do odstąpienia na podstawie pozostałych przepisów Kodeksu cywilnego,

- 2.4. **art. 16 pkt 3) PZP w zw. z art. 433 pkt 1) PZP w zw. z art. 5 KC w zw. z art. 58 § 2 KC w zw. z art. 353¹ KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez** wprowadzenie odstąpienia Zamawiającego na wypadek, gdy Wykonawca jedynie opóźni się z rozpoczęciem wykonywania Umowy (§ 21 ust. 4 projektu umowy), co oznacza, że Zamawiający wykona odstąpienie również w sytuacji, gdy opóźnienie nie stanowi zwłoki Wykonawcy i nie wynika z okoliczności zawinionych przez Wykonawcę, a także wtedy gdy Wykonawca mimo opóźnienia w rozpoczęciu realizacji zamówienia dotrzymał lub byłby w stanie dotrzymać terminu wykonania, co jest wyrazem nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej oraz wprowadza postanowienie skrajnie niekorzystne dla wykonawców, naruszające równowagę stron umowy i prowadzące do naruszenia praw podmiotowych wykonawców,
- 2.5. **art. 16 PZP w zw. z art. 5 KC w zw. z art. 58 § 2 KC w zw. z art. 353¹ KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez** wprowadzenie nierealnego terminu na usunięcie nieprawidłowości (§ 21 ust. 5 projektu umowy) albo niezastrzeżenie takiego terminu w sposób precyzyjny (§21 ust. 4 i 6 projektu umowy) w sytuacji, gdy bezskuteczny upływ tych terminów prowadzi do bardzo niekorzystnych dla wykonawcy skutków (tj. skorzystania przez Zamawiającego z prawa do odstąpienia od umowy, a w rezultacie – katastrofalnych wręcz konsekwencji finansowych dla Wykonawcy), co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem Wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji zamówienia i uwarunkowań rynkowych, stanowi jednocześnie wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej oraz wprowadza postanowienie skrajnie niekorzystne dla wykonawców, naruszające równowagę stron umowy i prowadzące do naruszenia praw podmiotowych wykonawców,
- 2.6. **art. 16 pkt 3) PZP w zw. z art. 433 pkt 1) PZP w zw. z art. 5 KC w zw. z art. 58 § 2 KC w zw. z art. 353¹ KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez** wprowadzenie po stronie Zamawiającego uprawnienia do odstąpienia na wypadek, gdy Wykonawca nie realizuje Umowy zgodnie z jej treścią (§ 21 ust. 6 projektu umowy), co w praktyce oznacza przyznanie Zamawiającemu uprawnienia do odstąpienia w każdym przypadku, również w takim, gdy brak realizacji Umowy przez Wykonawcę nie jest przez niego zawiniony lub gdy brak zgodności z umową obejmuje okoliczności błahe i nieistotne z perspektywy należytej realizacji umowy, co jest w kontekście ryzyka odstąpienia od umowy przez Zamawiającego i poniesienia przez Wykonawcę znacznej straty finansowej postanowieniem nieadekwatnym, nieproporcjonalnym i nadmiernie obciążającym Wykonawcę, co ponownie stanowi wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej oraz wprowadza postanowienie skrajnie niekorzystne dla wykonawców,

naruszające równowagę stron umowy i prowadzące do naruszenia praw podmiotowych wykonawców,

- 2.7. **art. 395 § 2 KC w zw. z art. 494 § 1 KC w zw. z art. 5 KC w zw. z art. 58 § 2 KC w zw. z art. 353¹ KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez** wyłączenie Wykonawcy możliwości dochodzenia roszczenia o odszkodowanie (§ 21 ust. 9 projektu umowy), **co** w świetle tego, że umowa daje Zamawiającemu bardzo szerokie uprawnienia do odstąpienia i jednocześnie nie wprowadza kompleksowej regulacji dotyczącej sposobu dokonania rozliczeń wynagrodzenia Wykonawcy, skutkuje przeniesieniem na Wykonawcę wszelkich konsekwencji finansowych odstąpienia i w rezultacie jest postanowieniem nieadekwatnym, nieproporcjonalnym i nadmiernie obciążającym Wykonawcę, co ponownie stanowi wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej oraz wprowadza postanowienie skrajnie niekorzystne dla wykonawców, naruszające równowagę stron umowy i prowadzące do naruszenia praw podmiotowych wykonawców,
- 2.8. **art. 16 pkt 3) PZP w zw. z art. 5 KC w zw. z art. 58 § 2 KC w zw. z art. 353¹ KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez** wprowadzenie dodatkowej przesłanki do odstąpienia przez Zamawiającego (§ 12 ust. 5 pkt 2 projektu umowy) w sposób nieprecyzyjny i nieuzasadniony w przypadku, gdy niewykazanie przez Wykonawcę faktu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób, co do których przewidziany jest taki obowiązek (§ 21 ust. 7 projektu umowy), stanowi już przesłankę do odstąpienia dla Zamawiającego, a jednocześnie umowa nie wyjaśnia, jaka jest relacja pomiędzy dwoma postanowieniami umownym (§ 12 ust. 5 pkt 2 i § 21 ust. 7 projektu umowy), co skutkuje ukształtowaniem umowy w sposób niejasny i nieprecyzyjny, a także umożliwiający nadużycia po stronie Zamawiającego, co narusza równowagę stron umowy i prowadzi do naruszenia praw podmiotowych wykonawców,
- 2.9. **art. 16 pkt 3) PZP w zw. z art. 439 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 KC w zw. z art. 58 § 2 KC w zw. z art. 353¹ KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez** ograniczenie możliwości waloryzacji wynagrodzenia wyłącznie do zakresu niewykonanego (§ 22 ust. 6 pkt 6 projektu umowy), co w przypadku długiego rozpoznawania przez Zamawiającego wniosku Wykonawcę o waloryzację wynagrodzenia oraz w związku z brakiem możliwości wstrzymania realizacji umowy przez Wykonawcę do czasu rozpatrzenia wniosku skutkuje tym, że wynagrodzenie Wykonawcy, które zostanie objęte zmianą, może zostać istotnie ograniczone, a nawet tym, że samo uprawnienie okaże się fikcją, **co stanowi** wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej oraz wprowadza skrajnie postanowienie niekorzystne dla wykonawców, naruszające równowagę stron umowy i prowadzące do naruszenia praw podmiotowych wykonawców.

3. W związku z powyżej wskazanymi zarzutami wnoszę o:

- 3.1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,

3.2. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w dokumentach zamówienia w następujący sposób:

3.2.1. w odniesieniu do zarzutów z punktu 2.1 i 2.2 odwołania - poprzez zmianę harmonogramu realizacji zamówienia i wyznaczenie terminu uruchomienia Etapu I Systemu WRM na 6 miesięcy od dnia zawarcia Umowy,

3.2.2. w odniesieniu do zarzutów z punktu 2.3 – 2.8 odwołania – poprzez:

3.2.2.1. usunięcie § 21 ust. 4 projektu umowy w całości,

3.2.2.2. zmianę § 21 ust. 5 projektu umowy poprzez nadanie mu następującej treści: *Zamawiający może odstąpić od Umowy ze skutkiem na dzień zawiadomienia Wykonawcy o odstąpieniu od Umowy, jeżeli Wykonawca bez uzasadnionego powodu wstrzyma wykonywanie przedmiotu Umowy i nie podejmie wykonywania przedmiotu Umowy w ciągu 5 dni po otrzymaniu od Zamawiającego pisemnego żądania dotyczącego kontynuowania wykonywania przedmiotu Umowy,*

3.2.2.3. zmianę § 21 ust. 6 projektu umowy poprzez nadanie mu następującej treści: *Zamawiający może odstąpić od Umowy, jeżeli Wykonawca w sposób rażący naruszy swoje zobowiązania wynikające z Umowy oraz ich nie usunie pomimo uprzedniego pisemnego wezwania go przez Zamawiającego do zaniechania stwierdzonych naruszeń i wyznaczenia przez Zamawiającego dodatkowego, odpowiedniego terminu (nie krótszego niż 14 dni) z zagrożeniem, że w razie bezskutecznego upływu tego terminu Zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od Umowy,*

3.2.2.4. zmianę § 21 ust. 9 projektu umowy poprzez nadanie mu następującej treści: *W przypadku odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego w sytuacjach opisanych w ust. 4 - 8 Wykonawcy nie przysługuje roszczenie o zwrot świadczeń.*

3.2.2.5. usunięcie § 12 ust. 5 pkt 2 projektu umowy w całości,

3.2.3. w odniesieniu do zarzutu z punktu 2.9 odwołania:

3.2.3.1. poprzez usunięcie § 22 ust. 6 pkt 6) projektu umowy w całości,

ewentualnie

3.2.3.2. poprzez zmianę § 22 ust. 6 pkt 6) projektu umowy i nadanie mu następującej treści: *zmiana wynagrodzenia może dotyczyć zakresu niewykonanego przed dniem złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenia, o którym mowa w ust. 7 poniżej.*

3.3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Wymagania formalne odwołania

W związku z faktem, że wartość przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem przekracza progi unijne, zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 1) PZP odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 799968-2024 w dniu 31 grudnia 2024 roku. Tego samego dnia dokumentacja Postępowania została udostępniona na stronie internetowej Zamawiającego.

W związku z powyższym, niniejsze odwołanie zostało wniesione w wymaganym przepisami PZP dziesięciodniowym terminie, tj. do 10 stycznia 2025 roku włącznie.

Jednocześnie Odwołujący informuje, że zgodnie z dyspozycją art. 516 ust. 2 pkt 1 PZP wpis od odwołania w kwocie 15.000 złotych został uiszczony przed dniem wniesienia odwołania, a dowód uiszczenia wpisu jest załączony do odwołania (*Załącznik nr 3 do niniejszego odwołania*).

Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania, ponieważ spełnione zostały przesłanki określone w art. 505 ust. 1 PZP.

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów PZP interes Odwołującego jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia może doznać uszczerbku.

Uzasadnieniem dla powyższego pozostaje w pierwszej kolejności fakt, że Odwołujący zamierza złożyć ofertę w Postępowaniu. Tymczasem, przy obecnym brzmieniu zakwestionowanych niniejszym odwołaniem wymagań SWZ, Odwołujący został w sposób niezasadny pozbawiony w ogóle możliwości zaoferowania swoich usług w tym zakresie bądź też jego pozycja konkurencyjna została w sposób bezzasadny i sprzeczny z przepisami PZP, w tym w szczególności z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji, osłabiona przez Zamawiającego w stosunku do innych wykonawców. Dopiero więc uwzględnienie niniejszego odwołania pozwoli Odwołującemu na udział w niniejszym postępowaniu na równych warunkach z innymi podmiotami.

Ponadto, projektowane postanowienia umowy przewidują przerzucenie na Odwołującego – jako potencjalnego wykonawcy przedmiotowego zamówienia – ryzyk, za które nie powinien on ponosić odpowiedzialności. W ten sposób, interes Odwołującego może zostać naruszony.

Powyższe niezbicie dowodzi wykazania przez Odwołującego przesłanek z art. 505 ust. 1 PZP uprawniających do wniesienia odwołania.

UZASADNIENIE

1. STAN FAKTYCZNY

- 1.1. Zamawiający prowadzi Postępowanie, którego przedmiotem jest świadczenie usługi polegającej na uruchomieniu oraz kompleksowej eksploatacji samoobsługowej wypożyczalni rowerów publicznych we Wrocławiu oraz w gminach ościennych w ramach opcji („System WRM”).
- 1.2. Dla lepszej czytelności zarzutów odwołania dalsze elementy stanu faktycznego (tj. podlegające zaskarżeniu konkretne postanowienia SWZ oraz projektowanych postanowień umowy) zostaną omówione w kolejnych punktach treści niniejszego uzasadnienia wraz z dotyczącymi ich zarzutami.
- 1.3. Na marginesie, warto zaznaczyć, że niniejsze odwołanie zostało złożone wyłącznie z daleko posuniętej ostrożności Odwołującego. Odwołujący skieruje bowiem do Zamawiającego wniosek o wyjaśnienie treści SWZ w trybie art. 135 ust. 1 PZP, dotyczący kwestii poruszanych niniejszym odwołaniem. Odwołujący liczy się zatem z koniecznością cofnięcia poszczególnych zarzutów niniejszego odwołania, a nawet cofnięcia go w całości, jeżeli Zamawiający wprowadzi zmiany prowadzące do zapewnienia zgodności wskazanych w odwołaniu postanowień SWZ oraz projektowanych postanowień umowy z przepisami PZP.

2. ZARZUTY DOTYCZĄCE TERMINU WYKONANIA ZAMÓWIENIA (ZARZUTY 2.1-2.2 ODWOŁANIA)

- 2.1 Zgodnie z Rozdziałem VI SWZ obowiązującej w Postępowaniu termin realizacji przedmiotu zamówienia obejmuje 54,5 miesiąca, w tym działanie systemu/wypożyczalni rowerów przez okres 51 miesięcy. Etapy realizacji umowy zostały określone w § 3 projektu umowy.
- 2.2 Zgodnie z § 3 ust. 2 projektu umowy uruchomienie Systemu WRM zostało podzielone na dwa etapy:
 - 2.2.1 Etap I, obejmujący 1200 rowerów standardowych, 100 rowerów ze wspomaganiem elektrycznym, 34 rowerów niestandardowych, na 240 stacjach z 2400 stojakami wyposażonych w 240 totemów,
 - 2.2.2 Etap II, w którym wykonawca powinien włączyć do systemu dodatkowe 1200 rowerów standardowych.
- 2.3 Zgodnie z § 3 ust. 2 projektu umowy Etap I Systemu WRM ma zostać zrealizowany w terminie dwóch miesięcy od dnia zawarcia umowy (a jeśli zawarcie umowy nastąpi w innym dniu niż pierwszy dzień miesiąca, uruchomienie Etapu I ma nastąpić w pierwszy najbliższy dzień miesiąca, następujący po upływie 2 miesięcy).
- 2.4 Co przy tym istotne, w § 10 ust. 7 projektu umowy sformułowane zostało wymaganie, aby wszystkie rowery wchodzące w skład Systemu WRM były fabrycznie nowe i nieużywane.

- 2.5 Powyższe powoduje, że **wyznaczony przez Zamawiającego termin wykonania zamówienia w zakresie Etapu I Systemu WRM jest zupełnie nierealny**. Zamawiający w istocie wymaga bowiem dostawy 1200 nowych rowerów standardowych (a także 100 rowerów ze wspomaganie elektrycznym oraz 34 rowerów niestandardowych) w terminie dwóch miesięcy od dnia zawarcia umowy.
- 2.6 Co więcej, należy zwrócić uwagę, że:
- 2.6.1 gdy już rowery zostaną wyprodukowane, to i tak konieczne będzie ich dalsze dostosowanie do wymagań Zamawiającego, w zakresie *brandingu* czy zamontowania niezbędnego wyposażenia, określonego w Rozdziale IV ust. 3 Opisu Przedmiotu Zamówienia – co dodatkowo wydłuża czas niezbędny do wykonania zamówienia.
- 2.6.2 uruchomienie Etapu I ma zostać poprzedzone przekazaniem rowerów do sprawdzenia przez Zamawiającego i przeprowadzeniem rozruchu testowego na co najmniej 7 dni przed planowanym terminem uruchomienia Etapu I Systemu WRM (§ 6 ust. 1 pkt 5) oraz 6) projektu Umowy) – co dodatkowo skraca czas dostępny na wykonanie zamówienia.
- 2.7 Tymczasem, z informacji uzyskanych przez Odwołującego, a pochodzących od różnych producentów rowerów, wynika, że **obecnie już sam tylko czas produkcji i dostawy tylu nowych rowerów wykracza znacząco poza wyznaczony przez Zamawiającego termin i wynosi około pięciu-sześciu miesięcy od dnia złożenia zamówienia**.

Dowód: Informacja od producenta rowerów OEM Bikes nt. terminu realizacji zamówienia (***Załącznik nr 4 do niniejszego odwołania***)

Informacja od producenta rowerów Segway nt. terminu realizacji zamówienia (***Załącznik nr 5 do niniejszego odwołania***)

- 2.8 Podsumowując powyższe należy stwierdzić, że aby uruchomić Etap I Systemu WRM w wyznaczonym przez Zamawiającego dwumiesięcznym terminie, wykonawcy musieliby w istocie już teraz zamówić wszystkie wymagane rowery, nie mając wiedzy na temat tego, czy zamówienie zostanie im udzielone. Takie zachowanie byłoby oczywiście irracjonalne ekonomicznie, a żaden wykonawca nie zainwestuje tak znaczącej kwoty bez zawartej umowy z ostatecznym odbiorcą sprzętu, czyli z Zamawiającym.
- 2.9 Ponadto, należy zwrócić uwagę, że w ramach Etapu I Systemu WRM wykonawca jest zobowiązany do uruchomienia w pełni funkcjonalnej wypożyczalni rowerów miejskich. Innymi słowy, wykonawca musi nie tylko dostarczyć rowery w wymaganej liczbie, ale także zapewnić chociażby uruchomienie w pełni funkcjonalnego systemu wypożyczania, systemu informatycznego, strony internetowej, aplikacji mobilnej, systemu rozliczeń oraz centrum kontaktu – a także do przeszkolenia wskazanych pracowników Zamawiającego (zob. § 6 ust. 1 pkt 6) oraz 7) Umowy).

- 2.10 Powyższe dodatkowo ukazuje nierealność oczekiwań Zamawiającego w zakresie terminu uruchomienia Etapu I Systemu WRM. Wykonawca musi bowiem, między innymi:
- 2.10.1 wykonać prace informatyczne, tj. w szczególności opracować system wypożyczania, system informatyczny, stronę internetową czy aplikację mobilną – oraz dostosować wszystkie te elementy do wymagań Zamawiającego określonych w OPZ oraz w projekcie umowy,
 - 2.10.2 skoordynować prace logistyczne, tj. zapewnić miejsce, w którym rowery będą przechowywane, naprawiane i – w zakresie rowerów ze wspomaganie elektrycznym – ładowane,
 - 2.10.3 zatrudnić kompletny personel, w tym do naprawy/serwisu rowerów czy obsługi klientów w Centrum Kontaktu,
 - 2.10.4 zrealizować szereg innych prac, których wyprzedzające wykonanie jest już nie tyle nieracjonalne, co wręcz niemożliwe, jak na przykład uzgodnienie projektów lokalizacji stacji rowerowych z szeregiem instytucji, w tym z organem ochrony zabytków właściwym miejscowo dla Zamawiającego (§ 6 ust. 1 pkt 3) projektu umowy) - do czego na chwilę obecną wykonawca nie posiada przecież nawet tytułu prawnego.
- 2.11 Innymi słowy, Zamawiający dopuścił się naruszenia Prawa zamówień publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie terminu uruchomienia Etapu I Systemu WRM w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a przez to naruszył art. 99 ust. 1 PZP.
- 2.12 Jak zaś wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, „*określenie terminu realizacji zamówienia jest jednym z koniecznych elementów SIWZ, co wynika z art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Termin ten powinien uwzględniać wszystkie okoliczności związane z realizacją zamówienia, powinien być określony w sposób dopuszczony przez obowiązujące przepisy prawa oraz być realny. Ma on, bowiem znaczenie dla ewentualnego podjęcia przez wykonawców decyzji o wzięciu udziału w postępowaniu*” (zob. wyrok KIO z 26 września 2018 roku, sygn. akt KIO 1826/18 oraz wyrok KIO z 19 grudnia 2018 roku, sygn. akt KIO 2525/18).
- 2.13 Co więcej, warto zwrócić uwagę, że Zamawiający przewidział w projekcie umowy karę umowną za zwłokę w uruchomieniu w obowiązującym terminie Systemu WRM w wysokości 0,1% wartości wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki (§ 20 ust. 1 pkt 2) projektu umowy), a jednocześnie przewidział możliwość zmiany któregośkolwiek z terminów realizacji umowy (w tym terminu uruchomienia Etapu I Systemu WRM) z przyczyn niezależnych od stron (§ 22 ust. 1 pkt 3) projektu umowy).
- 2.14 Powyższe może prowadzić do tego, że wykonawcy wprawdzie zadeklarują w ofercie, że dotrzymają wyznaczonego przez Zamawiającego terminu uruchomienia Etapu I Systemu WRM, ale w praktyce niezwłocznie będą wnioskować o dokonanie zmiany umowy w tym zakresie (powołując się na niezależne od nich okoliczności) bądź też – w ostateczności – zaakceptują uwzględnione wcześniej w cenie ofertowej kary umowne za jego niedotrzymanie. **W rezultacie,**

Etap I Systemu WRM i tak nie zostanie uruchomiony w oczekiwanym terminie, a dodatkowo Zamawiający poniesie wyższe koszty finansowe.

- 2.15 Wreszcie należy wskazać, że skoro czas produkcji nowych rowerów drastycznie wykracza poza wyznaczony przez Zamawiającego termin wykonania zamówienia w zakresie Etapu I, to w praktyce jedyną możliwością uruchomienia Etapu I w wyznaczonym, dwumiesięcznym terminie staje się sytuacja, w której dany wykonawca już obecnie dysponowałby nowymi rowerami w liczbie wymaganej przez Zamawiającego (a także lokalnym personelem, aplikacją mobilną, halą niezbędną do wykonywania napraw, i wszelkimi innymi elementami koniecznymi do prawidłowej realizacji zamówienia).
- 2.16 **Jednocześnie jednak, wówczas należałoby rozpatrywać wyznaczony przez Zamawiającego dwumiesięczny termin na uruchomienie Etapu I Systemu WRM jako mogący utrudnić – a wręcz uniemożliwiający – uczciwą konkurencję w Postępowaniu.** Przy takim ukształtowaniu opisu przedmiotu zamówienia i projektu umowy, ów wykonawca miałby bowiem wręcz niemal gwarancję uzyskania zamówienia, będąc jedynym podmiotem mogącym uruchomić Etap I Systemu WRM w wyznaczonym przez Zamawiającego, anierealnym dla wszystkich innych wykonawców terminie. Jednocześnie, taka przewaga konkurencyjna nie byłaby w żaden sposób uzasadniona potrzebami Zamawiającego, co powodowałoby, że Zamawiający dopuściłby się naruszenia także art. 99 ust. 4 PZP.
- 2.17 W świetle powyższego, **Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany terminu wykonania zamówienia w zakresie uruchomienia Etapu I Systemu WRM na 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy.** Jednocześnie wskazujemy, że termin ten odpowiada standardom rynkowym, jak wynika z analizy analogicznych postępowań o podobnej skali.

3. ZARZUTY DOTYCZĄCE ODSTĄPIENIA OD UMOWY (ZARZUTY 2.3-2.8 ODWOŁANIA)

Zarzut 2.3 odwołania – obowiązek odstąpienia od umowy

- 3.1 Projekt umowy wprowadza następujące przesłanki odstąpienia:
- 3.1.1 *Zamawiający **odstąpi** od Umowy, jeżeli Wykonawca opóźnia się z rozpoczęciem wykonywania Umowy, po uprzednim wezwaniu go do podjęcia wykonywania tej Umowy i wyznaczenia terminu dla jego podjęcia (§ 21 ust. 4 projektu umowy),*
- 3.1.2 *Zamawiający **odstąpi** od Umowy ze skutkiem na dzień zawiadomienia Wykonawcy o odstąpieniu od Umowy, jeżeli Wykonawca bez uzasadnionego powodu wstrzyma wykonywanie przedmiotu Umowy i nie podejmie wykonywania przedmiotu Umowy w ciągu 1 dnia po otrzymaniu od Zamawiającego pisemnego żądania dotyczącego kontynuowania wykonywania przedmiotu Umowy (§ 21 ust. 5 projektu umowy).*
- 3.2 W pierwszej kolejności należy wskazać, że Zamawiający błędnie sformułował odstąpienie jako obowiązek, a nie uprawnienie leżące po jego stronie. Instytucja odstąpienia (czy to odstąpienia umownego, realizowanego na podstawie art. 395 Kodeksu cywilnego, czy też odstąpienia ustawowego, realizowanego na podstawie innych przepisów KC, np. art. 491 i nast. KC) została

uksztaltowana jako uprawnienie danej strony, a nie jej obowiązek. Wyraźnie potwierdza tę tezę literatura prawnicza, np.:

- 3.2.1 *Umowne prawo odstąpienia jest prawem podmiotowym pozwalającym na **jednostronne**, a więc bez zgody drugiej strony umowy, zrezygnowanie z umowy oraz jej skutków, nawet po wykonaniu umowy zgodnie z jej postanowieniami.*³
- 3.2.2 *Umowne prawo odstąpienia jest – obok odstępnego, zadatku i kary umownej – **dodatkowym zastrzeżeniem umownym**, oddziałującym na zawiązany przez strony stosunek kontraktowy.*⁴
- 3.2.3 *Umowne prawo odstąpienia zaliczane jest powszechnie do tzw. dodatkowych postanowień umownych (accidentalia negotii).*⁵
- 3.3 Nie istnieją żadne wątpliwości co do fakultatywnej natury odstąpienia. Odstąpienie ma bowiem pozwolić uprawnionej stronie podjęcie decyzji, czy chce zakończyć dany stosunek prawny przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności, w tym potencjalnych konsekwencji finansowych dla tej strony.
- 3.4 W kontekście niniejszego zamówienia należy zwrócić szczególną uwagę na to, że z momentem zawarcia umowy wykonawca poniesie bardzo istotne inwestycje na poczet jej wykonania. Przedmiotowe zamówienie polega bowiem na tym, że to właśnie wykonawca finansuje produkcję sprzętu pozwalającego na stworzenie samoobsługowej wypożyczalni rowerów publicznych. Dopiero uruchomienie Systemu WRM (a wręcz Etapu II Systemu WRM) rozpocznie wypłatę wynagrodzenia na jego rzecz w miesięcznych transzach, co oznacza, że nie otrzyma on zwrotu zainwestowanych środków od razu (jak to ma się w przypadku umów o roboty budowlane czy dostawy), tylko częściami – w trakcie całego okresu obowiązywania umowy. Dlatego też, klauzule umowne w przedmiocie odstąpienia stanowią szczególnie istotne ryzyko dla wykonawcy i powinny być kształtowane w sposób zgodny z ustawą (PZP czy KC).
- 3.5 W świetle powyższych uwag ukształtowanie odstąpienia jako obowiązku Zamawiającego wydaje się tym bardziej niedopuszczalne, gdyż skutkuje całkowitym zaburzeniem równowagi stron.
- 3.6 Dodatkowo, użycie takiego sformułowania prowadzi do wątpliwości, czy celem przedmiotowych postanowień jest wprowadzenie niejako automatycznego rozwiązania umowy i jakie konsekwencje wiążą się z przypadkiem, gdy Zamawiający nie złoży oświadczenia o odstąpieniu. Tym samym rodzi to dalsze (niepotrzebne) wątpliwości co do wykładni umowy.
- 3.7 W związku z powyższym, **§ 21 ust. 4 i 5 projektu umowy powinny wprowadzać uprawnienie (a nie obowiązek) Zamawiającego do odstąpienia od umowy, poprzez użycie takich sformułowań, jak: *Zamawiający może odstąpić / jest uprawniony do odstąpienia (...)*, przy**

³ M. Załucki (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Wyd. 4, Warszawa 2024, Komentarz do art. 395 KC.

⁴ W. Borysiak (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Wyd. 33, Warszawa 2024, Komentarz do art. 395 KC.

⁵ P. Machnikowski (red.), Zobowiązania. Część ogólna. Tom II. Komentarz, Warszawa 2024 Komentarz do art. 395 KC.

czym uwagi dotyczące okoliczności, które powinny uaktywniać takie uprawnienie Zamawiającego, zostały poczynione w dalszej części odwołania.

Zarzut 2.4 odwołania – opóźnienie z rozpoczęciem wykonywania umowy jako przesłanka odstąpienia

- 3.8 Kolejnym przykładem niedopuszczalnego kształtowania przez Zamawiającego postanowień umownych w zakresie odstąpienia jest przesłanka odstąpienia, o której mowa w § 21 ust. 4 projektu umowy (*jeżeli Wykonawca opóźnia się z rozpoczęciem wykonywania Umowy*).
- 3.9 Po pierwsze, wskazana przesłanka odstąpienia jest powiązana z opóźnieniem, a nie zwłoką Wykonawcy. **Zamawiający w sposób całkowicie nieuzasadniony, a tym samym w sposób niezgodny z PZP (art. 433 pkt 1 PZP), przypisuje Wykonawcy odpowiedzialność za opóźnienie.** Oczywiście jest, że w toku zamówienia mogą wystąpić takie okoliczności, za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, a które mogą skutkować opóźnieniem realizacji przedsięwzięcia. Takimi okolicznościami jest chociażby siła wyższa czy okoliczności leżące po stronie Zamawiającego (np. brak współpracy po stronie Zamawiającego w postaci przekazywania informacji koniecznych dla realizacji umowy czy dokonywania uzgodnień).
- 3.10 Po drugie, Wykonawca jest penalizowany odstąpieniem w sytuacji opóźnienia **rozpoczęcia** wykonywania Umowy. Przesłanka ta jest wysoce nieprecyzyjna i nie wiadomo, na czym opóźnienie rozpoczęcia miałyby polegać, tj. czy Zamawiający ma zamiar kontrolować proces produkcji poszczególnych komponentów Systemu WRM i samodzielnie oceniać, czy doszło do jego opóźnienia, czy chodzi o naruszenie terminów uruchomienia Systemu WRM zgodnie z § 3 ust. 2 projektu umowy. Tę nieścisłość należy wyeliminować.
- 3.11 Obecnie kwestionowane postanowienie stanowi nieudaną kopię prawa do odstąpienia, o którym mowa w art. 610 KC (Jeżeli dostawca **opóźnia się z rozpoczęciem** wytwarzania przedmiotu dostawy lub poszczególnych jego części **tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je dostarczyć w czasie umówionym (...)**) lub art. 635 KC (Jeżeli przyjmujący zamówienie **opóźnia się z rozpoczęciem** lub wykończeniem dzieła **tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w czasie umówionym (...)**). W obu jednak przypadkach wyraźnie zastrzeżono, że prawo odstąpienia przysługuje wyłącznie wtedy, gdy opóźnienie rozpoczęcia świadczenia z wysokim prawdopodobieństwem spowoduje uchybienie terminowi końcowemu. W związku z tym w żadnym z tych przepisów nie chodzi o jakiegokolwiek opóźnienie rozpoczęcia realizacji umowy, tylko o takie, z którym wiąże się prawdopodobieństwo niedostarczenia produktu/dzieła.
- 3.12 Dodatkowo, przedmiotowa umowa nie jest ani umową dostawy, ani umową o dzieło, więc zastosowanie mechanizmów charakterystycznych dla tego rodzaju umów (w szczególności w sposób wybiórczy) nie znajduje uzasadnienia.
- 3.13 Po trzecie, to Wykonawca jest odpowiedzialny za organizację projektowania i produkcji, więc możliwe jest to, że opóźnienie, które powstało na początku tego procesu, zostanie nadrobione, a tym samym termin końcowy zostanie dotrzymany.

- 3.14 **W związku z tym, wskazany § 21 ust. 4 projektu umowy winien zostać usunięty jako sprzeczny z ustawą.**

Zarzut 2.5 odwołania – Brak rozsądnego terminu na podjęcie działań naprawczych

- 3.15 Ponadto, w żadnym z postanowień dotyczących odstąpienia (§ 21 ust. 4-6 projektu umowy) Zamawiający nie wprowadził rozsądnego terminu na podjęcie przez Wykonawcę działań naprawczych (tzw. *cure period*). I tak:

3.15.1 § 21 ust. 4 projektu umowy stanowi, że *Zamawiający odstąpi od Umowy (...) po uprzednim wezwaniu go [wykonawcy] do podjęcia wykonywania tej Umowy i wyznaczenia terminu dla jego podjęcia*, podczas gdy powinien on stanowić, że termin wyznaczony przez Zamawiającego będzie dodatkowy, rozsądny i nie krótszy niż 14 dni,

3.15.2 § 21 ust. 5 projektu umowy stanowi, że *Zamawiający odstąpi od Umowy (...), jeżeli Wykonawca (...) nie podejmie wykonywania przedmiotu Umowy w ciągu 1 dnia po otrzymaniu od Zamawiającego pisemnego żądania dotyczącego kontynuowania wykonywania przedmiotu Umowy*, podczas gdy powinien on stanowić, że termin wskazany w niniejszym postanowieniu nie będzie krótszy niż 5 dni, w szczególności kiedy wstrzymanie wykonywania przedmiotu umowy wynika z przyczyn nieleżących po stronie Wykonawcy,

3.15.3 § 21 ust. 6 stanowi, że *Zamawiający może odstąpić od Umowy (...) po uprzednim pisemnym wezwaniu go do zaniechania stwierdzonych naruszeń*, podczas gdy analogicznie jak w przypadku § 21 ust. 4 projektu umowy powinien on stanowić, że termin wyznaczony przez Zamawiającego będzie dodatkowy, rozsądny i nie krótszy niż 14 dni.

- 3.16 Jak zostało już wskazane powyżej, struktura zamówienia przewiduje odzyskiwanie środków zaangażowanych przez Wykonawcę w realizację przedsięwzięcia stopniowo – wraz z trwaniem tej umowy (a mianowicie odpowiednio w terminie 49-51 miesięcy). Co istotne, zamówienie jest spersonalizowane, tj. realizowane zgodnie z wytycznymi i parametrami technicznymi, wskazanymi w postępowaniu o zamówienie publiczne, które to zasadniczo uniemożliwiają użycie sprzętu (rowerów, stojaków i totemów) na potrzeby innego zamówienia organizowanego przez innego zamawiającego publicznego. Wynika to również z tego, że sprzęt dedykowany realizacji danego zamówienia ma być fabrycznie nowy. Analogicznie, nie ma możliwości późniejszej odsprzedaży sprzętu na rynku konsumenckim (z uwagi na charakterystykę techniczną rowerów przeznaczonych do użytku publicznego w ramach systemu wypożyczania rowerów).

- 3.17 **Odstąpienie przez Zamawiającego od przedmiotowej umowy stanowi zatem istotne zagrożenie dla uzasadnionych interesów finansowych Wykonawcy. Dlatego też duże znaczenie ma prawidłowe ukształtowanie uprawnienia Zamawiającego do odstąpienia, które ma przecież służyć zabezpieczeniu Zamawiającego przed naruszeniami Wykonawcy, a nie ustanowieniu jego dominującej pozycji i umożliwieniu mu stosowania nadużyć w toku realizacji umowy.**

- 3.18 Aktualne brzmienie postanowień umowy *de facto* uniemożliwia zaś Wykonawcy podjęcie działań naprawczych. Zamawiający nie jest bowiem zobowiązany umownie do wyznaczenia terminu odpowiedniego czy rozsądnego. § 21 ust. 4 projektu umowy, mimo że zobowiązuje Zamawiającego do wyznaczenia tego terminu, to jednocześnie nie wskazuje, jaki miałby on być. Co istotne, termin nie musi być oznaczony liczbowo (z uwagi na mnogość sytuacji, które mogą wystąpić, nie jest możliwe przewidzenie terminu uniwersalnego – adekwatnego dla wszelkich potencjalnych okoliczności). Chodzi o to, żeby termin wyznaczony przez Zamawiającego był rozsądny i adekwatny dla danych okoliczności (tj. nie był fikcyjny), tzn. rzeczywiście pozwalał Wykonawcy na podjęcie działań naprawczych i usunięcie naruszeń. Z kolei § 21 ust. 6 projektu umowy w ogóle nie stanowi o tym, że Zamawiający ma dodatkowy termin wyznaczyć oraz jaki on powinien być. Analogicznie, choć § 21 ust. 5 projektu umowy stanowi o jednodniowym terminie na ponowne uruchomienie systemu WRM, termin ten wydaje się nierealistyczny. W szczególności, postanowienie to obejmuje również takie sytuacje, które mogą być niezależne od Wykonawcy, a przewrócenie działalności Systemu WRM w takim terminie może być po prostu niemożliwe.
- 3.19 Na gruncie przepisów o odstąpieniu ustawowym zarówno orzecznictwo, jak i doktryna prawnicza wyraźnie określiła, że dodatkowy termin powinien być odpowiedni. Nie może być zatem zbyt krótki, w praktyce uniemożliwiający spełnienie świadczenia (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 5 stycznia 2000 r., I ACa 817/99). Termin ten powinien uwzględniać fakt, iż dłużnik jest już w zwłoce, a zatem powinien podjąć wszelkie dostępne środki, by świadczenie spełnić, nawet jeśli jest to sposób nietypowy lub wiązać się będzie z dodatkowymi stratami lub nakładami⁶. Natomiast to, czy dany termin jest terminem odpowiedni, zależy od konkretnego przypadku. Naruszenie powyższej zasady ma konsekwencje również dla Zamawiającego. Jeśli termin nie jest odpowiedni, dłużnik ma prawo świadczyć aż do upływu odpowiedniego terminu. W konsekwencji wątpliwe jest, aby w tym krótkim (nieodpowiednim) terminie Zamawiający mógł wykonać swoje prawo do odstąpienia.
- 3.20 Konieczna jest zatem **odpowiednia zmiana postanowień § 21 ust. 4-6 projektu umowy, tj. wprowadzenie terminów gwarantujących Wykonawcy realną możliwość doprowadzenia realizacji umowy do stanu zgodnego z jej treścią**. Obecne ich brzmienie w rzeczywistości pozbawia go tej możliwości, co implikuje wysokie ryzyko odstąpienia przez Zamawiającego od umowy lub wręcz materializuje to ryzyko. Prowadzi to do istotnego naruszenia równowagi stron oraz ponownego przykładu nadużycia pozycji Zamawiającego.
- Zarzut 2.6 odwołania – Zbyt szerokie uprawnienia do odstąpienia przez Zamawiającego
- 3.21 § 21 ust. 6 projektu umowy przewiduje możliwość odstąpienia od umowy, jeżeli Wykonawca nie realizuje umowy zgodnie z jej treścią. W praktyce oznacza to całkowitą dowolność Zamawiającego w zakresie odstąpienia od umowy. Uprawnienie to występuje bowiem również

⁶ W. Borysiak (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Wyd. 33, Warszawa 2024, Komentarz do art. 491 KC.

w tych przypadkach, gdy choć doszło do niezgodności z umową, niezgodność ta nie została wywołana w sposób zawiniony przez Wykonawcę albo ma charakter bagatelny i pomijalny.

- 3.22 Zgodnie z powszechnie przyjętą praktyką, również na gruncie zamówień publicznych, odstąpienie o charakterze sankcyjnym jest ograniczone do przypadków **rażącego naruszenia** umowy, przy jednoczesnym wskazaniu katalogu przypadków, które powinny zostać, według Zamawiającego, zakwalifikowane jako rażące naruszenie konkretnej umowy.
- 3.23 W przypadku niniejszej umowy panuje zaś pełna dowolność w tym zakresie i Zamawiający może odstąpić od umowy pod pretekstem jakichkolwiek niezgodności (choćby niezawinionych przez Wykonawcę) lub naruszeń (w tym nieistotnych). W świetle natury przedmiotowej umowy, w szczególności struktury jej finansowania, takie rozwiązanie stanowi daleko idące nadużycie.
- 3.24 W rzeczywistości zaproponowane brzmienie przypomina niejako odstąpienie bez podania przyczyny (*termination for convenience*). Takie rozwiązanie jest dopuszczalne w świetle przepisów ogólnych KC, o ile wiąże się z tym odpowiednie rozliczenie wynagrodzenia Wykonawcy, pokrywające jego szkodę związaną z wcześniejszym rozwiązaniem umowy. Przykładem takiego mechanizmu jest art. 644 KC, funkcjonujący na gruncie umów o dzieło i umów o roboty budowlane. Jeżeli jednak zamawiający odstępuje od umowy na tej podstawie, ma obowiązek zapłacić umówione wynagrodzenie (co najwyżej może odliczyć to, co druga strona zaoszczędziła z powodu niewykonania dzieła). Analogicznie funkcjonuje przepis art. 456 ust. 1 pkt 1 PZP, w którym to przypadku wykonawca ma prawo żądać wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy.
- 3.25 takiego sposobu rozliczenia nie przewiduje zaś przedmiotowa umowa, w szczególności regulacja § 21 ust. 9-10 projektu umowy. Przede wszystkim postanowienia te nie uwzględniają charakteru niniejszej umowy oraz tego, że finansowanie produkcji sprzętu jest przeniesione na wykonawcę. **Oznacza to, że nawet zapłata wynagrodzenia, o którym mowa w § 21 ust. 10 projektu umowy, nie zrekompensuje Wykonawcy kosztów poniesionych w związku z uruchomieniem systemu WRM.** Dlatego też zastosowanie prostej analogii do umów o dzieło lub roboty budowlane, gdzie wynagrodzenie jest zasadniczo należne w zależności od stopnia zaangażowania rzeczowego przedsięwzięcia, nie jest możliwe (bo wysoce nieprawidłowe).
- 3.26 W związku z tym **postanowienie § 21 ust. 6 projektu umowy wymaga istotnej interwencji, w szczególności poprzez jego ograniczenie do przypadków rażącego naruszenia umowy** (najlepiej ze wskazaniem katalogu takich przypadków) oraz uwzględnieniem realnego terminu do podjęcia działań naprawczych.

Zarzut 2.7 odwołania – wyłączenie roszczeń Wykonawcy o odszkodowanie

- 3.27 Zgodnie z § 21 ust. 9 projektu umowy, *w przypadku odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego w sytuacjach opisanych w ust. 4 - 8 Wykonawcy nie przysługuje roszczenie o zwrot świadczeń ani o odszkodowanie.* W rzeczywistości Umowa wyłącza możliwość dochodzenia przez Wykonawcę roszczeń o zwrot świadczeń i o odszkodowania w przypadku wykonania przez Zamawiającego prawa odstąpienia.

- 3.28 Obecnie sformułowane w projekcie umowy podstawy do odstąpienia obejmują zaś również takie przypadki, gdy odstąpienie nastąpi z przyczyn niezawinionych przez. W takiej sytuacji całkowicie nieuzasadnione (a przede wszystkim sprzeczne z naturą przedmiotowej umowy i z zasadami współżycia społecznego) jest pozbawienie Wykonawcy jego roszczeń wobec Zamawiającego.
- 3.29 Nie można pominąć tego, że zarówno w przypadku odstąpienia umownego (art. 395 § 2 KC), jak i ustawowego (art. 494 KC) możliwe jest dochodzenie dalszych roszczeń, w tym odszkodowawczych.
- 3.30 Jeśliby uznać, że strony dokonują umownej modyfikacji mechanizmu rozliczeń w § 21 ust. 10 projektu umowy, nie oznacza to, że Wykonawca może zostać pozbawiony roszczenia o naprawienie szkody, o ile zachodzą ustawowe przesłanki do jej dochodzenia.
- 3.31 Wyłączenie możliwości dochodzenia przez Wykonawcę naprawienia szkody, czyli tak naprawę ograniczenie odpowiedzialności Zamawiającego, choć możliwe w świetle przepisów prawa cywilnego (art. 473 § 1 KC), stanowi drastyczne nadużycie dominującej pozycji Zamawiającego i nie istnieje żadna przyczyna uzasadniającej tego typu wyłączenie. Dlatego też postanowienie w tym zakresie należy uznać za sprzeczne z właściwością stosunku prawnego łączącego strony oraz z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 2 i art. 353¹ KC).
- 3.32 Powyższe uwagi mają zastosowanie również wówczas, gdyby do odstąpienia doszło z winy Wykonawcy. Nie wyklucza to bowiem sytuacji, że działanie lub zaniechanie Zamawiającego (np. niepowiązane z odstąpieniem) stanowi podstawę dochodzenia przez Wykonawcę odszkodowania na zasadach ogólnych, w ramach odpowiedzialności kontraktowej lub deliktowej.
- 3.33 W celu usunięcia wszelkich wątpliwości należy doprecyzować, że jeżeli Zamawiający skorzysta ze swojego uprawnienia do odstąpienia z winy Wykonawcy, trudno byłoby Wykonawcy z tego tytułu w oparciu o przepisy ogólne sformułować roszczenie odszkodowawcze wobec Zamawiającego. Jest to kwestia oczywista i niewymagająca żadnej regulacji umownej.
- 3.34 **Postanowienie § 21 ust. 9 projektu umowy powinno zatem zostać usunięte w zakresie, w jakim wyłącza możliwość dochodzenia przez Wykonawcę odszkodowania.**
- Zarzut 2.8 odwołania – podwójna podstawa do odstąpienia
- 3.35 Umowa wprowadza wymóg zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących enumeratywnie wskazanych w umowie czynności (§ 12 ust. 1). Na Wykonawcy ciąży również obowiązek wykazania spełnienia tego wymogu poprzez dostarczenie właściwej dokumentacji (§ 12 ust. 2).
- 3.36 Zgodnie z § 12 ust. 5 pkt 2 projektu umowy, *jeżeli Wykonawca nie przedstawi dokumentów, o których mowa w § 12 ust. 3 w terminie albo jeżeli przedstawione dokumenty lub wyjaśnienia potwierdzają brak wymaganego zawarcia umowy o pracę z osobą wymienioną w ust. 1*, Zamawiający jest uprawniony m.in. do odstąpienia od Umowy.
- 3.37 Nie jest jasne, czy wskazana powyżej przesłanka odstąpienia jest samodzielna czy nawiązuje do § 21 ust. 7 projektu umowy, który przewiduje już prawo do odstąpienia na wypadek

niewykazania przez Wykonawcę faktu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób, co do których przewidziany jest taki obowiązek. § 21 ust. 7 projektu umowy – w przeciwieństwie do § 12 ust. 5 pkt 2 projektu umowy – przewiduje, dodatkowo, wezwanie Wykonawcy do usunięcia naruszenia oraz wyznaczenie dodatkowego terminu nie krótszego niż 7 dni, a także zastrzeżenie rygору odstąpienia w wezwaniu. **Innymi słowy, § 21 ust. 7 projektu umowy pozwala Wykonawcy na podjęcie działań naprawczych, a tym samym mitygację, a nawet usunięcie ryzyka odstąpienia. Takiej możliwości § 12 ust. 5 pkt 2 nie daje.**

- 3.38 Sposób sformułowania tych postanowień nie wskazuje, jaka jest ich wzajemna relacja, w szczególności czy § 12 ust. 5 pkt 2 projektu umowy stanowi odrębną przesłankę do odstąpienia, która nie wymaga podjęcia przez Zamawiającego dodatkowych (całkowicie uzasadnionych) działań. W związku z tym uwagi poczynione powyżej pozostają w pełni aktualne również w tym kontekście.
- 3.39 W celu usunięcia niejasności **Zamawiający powinien usunąć § 12 ust. 5 pkt 2 projektu umowy.**

4. **ZARZUT DOTYCZĄCY MECHANIZMU WALORYZACJI WYNAGRODZENIA WYKONAWCY (ZARZUT 2.9 ODWOŁANIA)**

- 4.1 Zgodnie z wymogiem określonym w art. 439 ust. 1 PZP obowiązującym w odniesieniu do umów zawartych na okres dłuższy niż 6 miesięcy, przedmiotowa umowa zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, przy czym jednocześnie zastrzega, że zmiana wynagrodzenia może dotyczyć zakresu jeszcze niewykonanego (§ 22 ust. 6 pkt 6) projektu umowy).
- 4.2 W praktyce oznacza to, że okres, w którym to wynagrodzenie będzie podlegać waloryzacji i zostanie zwiększone, ulegnie istotnemu skróceniu. Umowa przewiduje bowiem warunki, jakie musi spełnić i wykazać Wykonawca, aby doszło do waloryzacji jego wynagrodzenia. **O ile same warunki są zrozumiałe w świetle praktyki rynkowej, to ograniczenie możliwości zmiany wynagrodzenia do zakresu jeszcze niewykonanego może doprowadzić do istotnego ograniczenia uprawnienia Wykonawcy, a nawet jego całkowitego pozbawienia.**
- 4.3 Standardem jest, że roszczenia waloryzacyjne są rozpoznawane przez zamawiających z należytą starannością, w szczególności w świetle zasady gospodarności środkami publicznymi. Oznacza to, że takie analizy są długotrwałe i wymagają uzupełniania dokumentacji lub dalszych wyjaśnień na żądanie Zamawiającego, a czasem – negocjacji stron. Często również ostateczne zatwierdzenie kwoty waloryzacji wymaga uzyskania dodatkowych zgód korporacyjnych. W konsekwencji do zmiany wynagrodzenia Wykonawcy na tej podstawie (nawet przy działaniu stron w dobrej wierze) może dojść za wiele miesięcy (a nawet lat) po złożeniu wniosku waloryzacyjnego przez Wykonawcę.
- 4.4 Co więcej, Zamawiający może celowo opóźniać rozpoznanie wniosku Wykonawcy i wnioskować o dostarczenie dodatkowych dokumentów, które nie są konieczne dla podjęcia decyzji w tej sprawie.

- 4.5 Ponadto, Wykonawca w całym okresie rozpatrywania wniosku kontynuuje świadczenie swoich usług, tj. eksploatuje System WRM. Innymi słowy, nie dochodzi do wstrzymania realizacji umowy tylko z tej przyczyny, że wykonawca wystąpił z roszczeniem waloryzacyjnym.
- 4.6 Brzmienie § 22 ust. 6 pkt 6 projektu umowy wprowadza zaś zasadę, że waloryzacja może dotyczyć wyłącznie zakresu niewykonanego. Tym samym, im później zostanie zawarty aneks do umowy o zamówienie publiczne, tym mniejsza część wynagrodzenia podlega waloryzacji.
- 4.7 Postanowienie to może doprowadzić do tego, że uprawnienie Wykonawcy przysługujące na podstawie art. 439 PZP stanie się fikcją, jeśli dojdzie do istotnego opóźnienia podpisania aneksu podwyższającego jego wynagrodzenie. W związku tym § 22 ust. 6 pkt 6) projektu umowy należy uznać za sprzeczny zarówno z przepisami PZP, jak i ogólnymi zasadami prawa cywilnego (art. 58 § 2 i art. 353¹ KC).
- 4.8 Odwołujący wnioskuję zatem o usunięcie § 22 ust. 6 pkt 6) projektu umowy lub jego modyfikację w ten sposób, że: zmiana wynagrodzenia może dotyczyć zakresu niewykonanego **przed dniem złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenia, o którym mowa w ust. 7 poniżej.**

W imieniu Odwołującego

Michał Gajdek
Adwokat

Załączniki:

- 1) Informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców dla Odwołującego.
- 2) Pełnomocnictwo od Odwołującego dla Michała Gajdka wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej.
- 3) Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.
- 4) Informacja od producenta rowerów OEM Bikes nt. terminu realizacji zamówienia.
- 5) Informacja od producenta rowerów Segway nt. terminu realizacji zamówienia.
- 6) Potwierdzenie przesłania odwołania Zamawiającemu.