

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

Krzysztof Brant
Radca prawny

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

Ludwina Klein, LL.M.
Adwokat

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

Michał Pietrzyk
Radca Prawny

Justyna Solarska
Adwokat

Maciej Stępień
Radca prawny

Michał Urbański
Adwokat

Anna Wójcik
Adwokat

Kinga Zagrajek
Adwokat

Magdalena Zasiewska
Doradca podatkowy

Warszawa, dnia 17 marca 2025 roku

Do:

Prezes 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

reprezentowany przez:

r.pr. Wojciecha Merkwę
r.pr. Piotra Dumę
r. pr. Agatę Ruszel
JDP DRAPAŁA & PARTNERS Sp. k.
ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa
tel.: +48 22 246 00 30

adres do doręczeń:

wojciech.merkwa@jdp-law.pl

adres poczty elektronicznej:

Zamawiający:

Gmina Wrocław
Urząd Miejski Wrocławia
pl. Nowy Targ 1-8
50-141 Wrocław

adres do doręczeń:

prowadzący postępowanie:
Wydział Zamówień Publicznych
al. M. Kromera 44, 51-163 Wrocław
tel. 071 777 92 30

adres poczty elektronicznej:

wzp.dz@um.wroc.pl
wzp@um.wroc.pl

ODWOŁANIE

Działając w imieniu wykonawcy: **„Mobilis” Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie (**„Odwołujący”**) 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 Miękinia i Kąty Wrocławskie”* (znak postępowania: ZP/PN/10/2025/WTR, odpowiednio: **„Postępowanie”** i **„Zamówienie”**), prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Wrocław - Urząd Miejski Wrocławia, przy czym prowadzącym postępowanie jest Wydział Zamówień Publicznych

(„Zamawiający”), w oparciu o udzielone pełnomocnictwo (w załączniku), na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 505 ust. 1 Pzp¹:

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

- (1) Załącznika nr 1 do SWZ – **Projekt umowy o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego** z Załącznikami 1-14 („Projekt Umowy” lub „Umowa”) w odniesieniu do:
 - (a) **§ 2 [Tabor] ust. 3** Projektu Umowy;
 - (b) **§ 5 [Terminy] ust. 1 i 2** Projektu Umowy oraz postanowienia w Dziale VI SWZ [Termin Wykonania Zamówienia];
 - (c) **Załącznika nr 2** do Projektu Umowy [Minimalne wymagania techniczne dla autobusów i ich wyposażenia];
 - (d) **Załącznika nr 8** do Projektu Umowy [Stawki wynagrodzenia];
 - (e) **Załącznika nr 9** do Projektu Umowy [Zasady waloryzacji wynagrodzenia];
 - (f) **Załącznika nr 10** do Projektu Umowy [Wymagania w zakresie systemu monitoringu];

II. Zamawiającemu **zarzucam** naruszenie następujących przepisów Pzp:

- (1) **art. 134 ust. 1 pkt 6 Pzp** poprzez ukształtowanie treści SWZ, w szczególności postanowień Projektu Umowy w sposób nieproporcjonalny, ograniczający konkurencyjność Postępowania, wbrew zasadom współzycia społecznego oraz działając na szkodę wykonawcy, w sposób nieuzasadniony wykorzystując pozycję „organizatora przetargu”, co doprowadziło do ustalenia przez Zamawiającego nadmiernie krótkiego terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia objętego Postępowaniem, który w rzeczywistości jest niemożliwy do dochowania, tj. Zamawiający wymaga rozpoczęcia świadczenia usług po upływie 12 miesięcy od dnia podpisania Umowy w sytuacji, w której minimalny okres dostawy autobusów (wykorzystywanych w ramach realizacji zamówienia i spełniających wymagania Zamawiającego) wynosi co najmniej 15 miesięcy;
- (2) **art. 99 ust. 1 - 4 Pzp** poprzez opisanie w pkt 1.1.1. i 1.1.2. Załącznika nr 2 do Projektu Umowy [Minimalne wymagania techniczne dla autobusów i ich wyposażenia] wymogu świadczenia usługi objętej Postępowaniem przy wykorzystaniu autobusów wyprodukowanych nie wcześniej niż 1,5 miesiąca przed rozpoczęciem świadczenia usług stanowiących przedmiot Postępowania w sytuacji, gdy wymóg taki nie jest uzasadniony przedmiotem zamówienia, a tym samym jest nieproporcjonalny – co w konsekwencji

¹ Ustawa z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, Dz.U.2024.1320 t.j. z dnia 2024.08.30 z późn. zm. („Pzp”).

wpływa na ograniczenie konkurencji w Postępowaniu i naraża wykonawcę na dodatkowe, niczym nieuzasadnione koszty;

- (3) **art. 353¹ k.c.², jak i art. 483 k.c. w zw. z 439 ust. 1 Pzp w zw. z art. 433 pkt 2 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp** poprzez ukształtowanie stosunku prawnego (umowy) w sposób sprzeczny z jego właściwością oraz zasadami współżycia społecznego, prowadzący do nadużycia przez Zamawiającego jego podmiotowego prawa poprzez rażące wykorzystanie dominującej pozycji „organizatora przetargu”, w tym wprowadzenie do projektowanych postanowień umowy (Projektu Umowy) oraz 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) **§ 2 [Tabor] ust. 3 Projektu Umowy** poprzez przerzucenie na Odwołującego w całości ryzyka ponoszenia wszelkich finansowych skutków potencjalnych zmian w przepisach prawa powszechnie obowiązującego, dotyczących wymagań dla autobusów objętych Umową;
 - (b) **Załączniku nr 8 do Projektu Umowy [Stawki wynagrodzenia], w pkt. 2 i kolejnych** poprzez dopuszczenie możliwości, że wystąpienie jednej okoliczności (nieprawidłowości) może rodzić dla wykonawcy konsekwencje (sankcje) dwukrotnie (tj. w postaci obniżenia ceny wozokilometra, a także naliczenia kary umownej), a także przyjęcie wartości obniżenia ceny wozokilometra nieproporcjonalnej i nieadekwatnej do skali zidentyfikowanych przez Zamawiającego potencjalnych uchybień;
 - (c) **Załączniku nr 9 do Projektu Umowy [Zasady waloryzacji wynagrodzenia]** poprzez przewidzenie nieadekwatnego – w stosunku do dzisiejszych realiów rynkowych – mechanizmu waloryzacyjnego, co wynika m.in. z :
 - (i) wprowadzenia jednego wzoru waloryzacyjnego dla każdego rodzaju taboru, tj. dla taboru autobusów o napędzie konwencjonalnym i dla taboru autobusów zeroemisyjnych w sytuacji, w której każdy tabor o danym napędzie powinien mieć swój odrębny wzór waloryzacyjny, jako że udział energii w kosztach na kilometr dla autobusów

² Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny, Dz.U.2024.1061t.j. z dnia 2024.07.17 („k.c.”).

zeroemisyjnych jest odmienny od udziału kosztów oleju napędowego w kosztach na kilometr dla autobusów o napędzie konwencjonalnym (spalinowym; diesel) – a autobusy o takich właśnie źródłach napędu mogą być realnie brane pod uwagę przez potencjalnych wykonawców;

- (ii) wprowadzenie takiej wartości (przedziału) maksymalnego wskaźnika waloryzacji stawki za jeden wozokilometr, że w praktyce nie będzie on umożliwiał pokrycia faktycznych (rosnących) kosztów ponoszonych na bieżąco przez wykonawcę przy realizacji Zamówienia w ich rzeczywistej wartości;
- (iii) nieprecyzyjne daty/ przedziały czasowe dokonywania waloryzacji, co wywołuje wątpliwości odnośnie do treści stosunku prawnego łączącego Zamawiającego z potencjalnym wykonawcą;
- (iv) zastosowania niewystarczających zmiennych wzoru waloryzacyjnego, które w niedostatecznym stopniu oddają dynamikę zmian cen czynników cenotwórczych Zamówienia;
- (v) nieprecyzyjnego sposobu obliczenia zmiennych wzoru waloryzacyjnego, co wywołuje wątpliwości odnośnie do treści stosunku prawnego łączącego Zamawiającego z potencjalnym wykonawcą;
- (vi) braku wskazania, że w przypadku, gdyby wskaźnik Ww (wskaźnik zmiany wynagrodzeń) osiągnął wartość niższą od „1” przyjmuje się wówczas wartość tego wskaźnika Ww na poziomie „1”;

- (4) **art. 4 pkt. 7) i 8) Rozporządzenia RODO³, art. 5 ust. 2, art. 12-14, art. 32 i art. 33 Rozporządzenia RODO oraz art. 5 ust. 1 lit. a w zw. z art. 6 ust. 1 Rozporządzenia RODO** co znalazło odzwierciedlenie w szczególności w treści Załącznika nr 10 do Projektu Umowy [Wymagania w zakresie systemu monitoringu] poprzez m.in.: wadliwe przypisania ról administratora danych osobowych w rozumieniu art. 4 pkt. 7) Rozporządzenia RODO oraz podmiotu przetwarzającego dane osobowe w rozumieniu art. 4 pkt. 7) Rozporządzenia RODO oraz przewidzenia przetwarzania danych osobowych w postaci nagrań audio z monitoringu wizyjnego w (m.in.) ust. 1 pkt 1.5., ust. 2 pkt 2.10., ust. 3 pkt 3.1.5., ust. 5 i 6 – w zakresie dotyczącym dźwięku i głosu – Załącznika nr 10 do Projektu Umowy;

³ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 roku w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), Dz.U.UE.L.2016.119.1 z dnia 2016.05.04 („**Rozporządzenie RODO**”).

a w konsekwencji powyższych

- (5) **art. 16 pkt 1-3 Pzp** poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.
- III. na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. c) Pzp **wnoszę o rozpatrzenie oraz uwzględnienie** odwołania oraz **nakazanie Zamawiającemu zmianę** postanowień SWZ oraz Projektu Umowy **w sposób szczegółowo opisany w uzasadnieniu** odwołania, w odniesieniu do każdego z postanowień SWZ, jak i Projektu Umowy, w tym załączników do Projektu Umowy, zaskarżonych w pkt. I *petitum* odwołania;
- IV. na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 Pzp **wnoszę** o dopuszczenie oraz 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 obecnie takie usługi w Warszawie, Krakowie 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 5 marca 2025 roku, co oznacza, że termin na wniesienie odwołania upływałby w dniu 15 marca 2025 roku (sobota). Z uwagi jednak na dyspozycję art. 509 ust. 2 Pzp należy uznać, że termin na wniesienie odwołania upływa w dniu 17 marca 2025 roku (poniedziałek).

Tym samym, odwołanie zostało wniesione w terminie przewidzianym przepisami Pzp.

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: 45/2025] w dniu 5 marca 2025 roku pod numerem 144476-2025.

SPIS TREŚCI

I.	WPROWADZENIE	7
II.	ZARZUTY DOTYCZĄCE POSTANOWIEŃ UMOWNYCH	7
II.1.	WSTĘP.....	7
II.2.	UZASADNIENIE W ZAKRESIE ZASKARŻENIA § 2 [TABOR] UST. 3 PROJEKTU UMOWY9	
II.3.	UZASADNIENIE W ZAKRESIE ZASKARŻENIA § 5 [TERMINY] UST. 1 I 2 PROJEKTU UMOWY ORAZ POSTANOWIENIA ZAWARTEGO W DZIALE VI SWZ [TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA]	12
II.4.	UZASADNIENIE W ZAKRESIE ZASKARŻENIA TREŚCI ZAŁĄCZNIKA NR 2 DO PROJEKTU UMOWY [MINIMALNE WYMAGANIA TECHNICZNE DLA AUTOBUSÓW I ICH WYPOSAŻENIA].	15
II.5.	UZASADNIENIE W ZAKRESIE ZASKARŻENIA TREŚCI ZAŁĄCZNIKA NR 8 DO PROJEKTU UMOWY [STAWKI WYNAGRODZENIA].....	17
II.6.	UZASADNIENIE W ZAKRESIE ZASKARŻENIA TREŚCI ZAŁĄCZNIKA NR 9 DO PROJEKTU UMOWY [ZASADY WALORYZACJI WYNAGRODZENIA]	19
II.7.	UZASADNIENIE W ZAKRESIE ZASKARŻENIA TREŚCI ZAŁĄCZNIKA NR 10 DO PROJEKTU UMOWY [WYMAGANIA W ZAKRESIE SYSTEMU MONITORINGU]	22

UZASADNIENIE

I. WPROWADZENIE

1. Przedmiotem Zamówienia jest świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego organizowanego przez Gminę Wrocław na terenie Wrocławia oraz Gmin Miękinia i Kąty Wrocławskie. Świadczenie ww. usług przewozowych ma odbywać się przy tym na wybranych zadaniach strefowych linii autobusowych (909, 917, 923, 937, 938, 948), wybranych zadaniach normalnych linii autobusowych (101, 104, 117, 123, 137 i 327) oraz wybranych zadaniach specjalnych organizowanych na liniach autobusowych, o ile zostaną uruchomione w trakcie realizacji umowy.
2. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia („**OPZ**”) został zawarty w załącznikach do Specyfikacji Warunków Zamówienia („**SWZ**”) oraz Projekcie Umowy stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ (oraz załącznikach do Projektu Umowy).
3. Realizacja Zamówienia mieści się w katalogu zadań własnych gminy, wymienionych w art. 7 ustawy o samorządzie gminnym⁴. Zapewnienie sprawnego i rzetelnego transportu publicznego, w szczególności, gdy obejmuje on swym zakresem kilka, w dodatku oddalonych od siebie jednostek samorządu terytorialnego, jest bardzo skomplikowanym zadaniem zarówno w sferze jego finansowania jak i koordynacji w zakresie potrzeb poszczególnych, partycypujących gmin.
4. Oznacza to, że Zamawiający powinien precyzyjnie określić przedmiot zamówienia oraz postanowienia przyszłej umowy, tak aby zagwarantować przyszłemu wykonawcy możliwość należytego przygotowania się do przyszłego świadczenia usług „*międzygminnych*”. Oczywistym jest przy tym, że każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie Zamówienia powinien mieć odpowiedni czas na zapoznanie się z dokumentami Zamówienia, celem zapoznania się z zakresem swoich obowiązków i zapewnienia adekwatnego sprzętu, kadry i urządzeń.
5. Wobec określonej specyfiki przedmiotu Zamówienia, uwzględniając wymagania reżimu Pzp konieczne jest zachowanie szczególnej rozwagi przy kształtowaniu stosunku prawnego pomiędzy przyszłymi stronami umowy w sprawie zamówienia publicznego.
6. Tymczasem, jak zostanie wykazane w dalszej części odwołania, Zamawiający skonstruował szereg postanowień w Projekcie Umowy w sposób, który pozostaje niezgodny 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

7. Analiza zakwestionowanych postanowień umownych prowadzi do stwierdzenia, że Zamawiający w treści Projektu Umowy stara się przenieść na wykonawcę szereg

⁴ zob. ustawa z dnia 8 marca 1990 roku o samorządzie gminnym.

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.

8. Odwołujący nie zaprzecza, że Zamawiający na podstawie przepisów ustawy Pzp ma możliwość narzucić w pewien sposób swoje warunki realizacji zamówienia wykonawcom biorącym udział w Postępowaniu (umowa o zamówienie publiczne ma adhezyjny charakter). Zakres przysługującej mu 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.
9. Celem przywołanego art. 353¹ k.c. jest ukształtowanie zasady, zgodnie z którą przyznana stronom stosunków zobowiązaniowych swoboda umów nie ma charakteru absolutnego⁵. 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 jedynie prawo do formułowania wniosków o wyjaśnienia (przybierających zasadniczo postać wniosków o zmiany) lub skargi projektu umowy przy wykorzystaniu środków ochrony prawnej.
10. Konsekwencją powyższego jest to, że zamawiający publiczny, formułując treść postanowień umownych, powinien z wyjątkową ostrożnością kształtować zakres praw i obowiązków stron.
11. Podnieść wreszcie należy, że zasada swobody umów, która znajduje zastosowanie do umów o zamówienie publiczne (z racji jej 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.”**⁶
12. Do analogicznych wniosków doszła również Krajowa Izba Odwoławcza („Izba”), np. w wyroku z dnia 18 maja 2015 roku: *„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.*

⁵ por. Fras Mariusz (red.), Habdas Magdalena (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna (art. 353-534).

⁶ zob. wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 23 listopada 2005 roku, sygn. akt IV Ca 508/05.

(...) Przerzucenie na wykonawcę takiego ryzyka, nad którym wykonawca nie ma żadnej kontroli stanowi naruszenie zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej.”⁷

13. 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.”⁸
14. Odnosząc powyższe – klarowne i jednoznaczne – wymagania, jakie postawił ustawodawca do projektowanych postanowień umownych w Postępowaniu, należy jednoznacznie stwierdzić, że Zamawiający im nie podołał, a w części projektowanych zapisów – rażąco je naruszył.
15. 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

16. 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 (w przypadku, gdy łączny koszt dostosowania autobusów przekroczy 5% wartości umowy Strony pisemnie w drodze aneksu uzgodnią formę uregulowania i podział takich kosztów).”

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 w momencie wejścia ich w życie (~~w przypadku, gdy łączny koszt dostosowania autobusów przekroczy 5% wartości umowy Strony pisemnie w drodze aneksu uzgodnią formę uregulowania i podział takich kosztów~~), z zastrzeżeniem zdania następnego. Strony ustalą warunki i zakres zmian, o których mowa w zdaniu poprzedzającym poprzez określenie terminów na dostosowanie taboru, zakresu dostosowania oraz wysokości dodatkowego wynagrodzenia Wykonawcy związanego z wykonaniem prac dostosowawczych w drodze zawarcia stosownego aneksu zmieniającego postanowienia Umowy.”

⁷ Zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 roku, sygn. KIO 897/15.

⁸ Zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 października 2017 roku, sygn. KIO 2163/17.

17. Przywołane postanowienie jest obecnie wadliwe w części i jako takie podlega zmianie w części.
18. 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**.
19. 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.
20. 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.
21. 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).
22. 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 eliminację postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców. **Wykonawcy mający zastrzeżenia do zaproponowanych postanowień umownych będą mogli je zweryfikować przez skorzystanie z odwołania w tym zakresie.**”⁹*

23. 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 współzycia społecznego, jako granicy swobody umów, jest

⁹ Por. Druk nr 3624, Rządowy projekt ustawy - Prawo zamówień publicznych, str. 81.

*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.”¹⁰*

24. 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.**
25. 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).
26. 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. 353¹ k.c.).
27. Wypada także nadmienić, że zawarte w § 2 [Tabor] ust. 3 Projektu Umowy sformułowanie: „w przypadku, gdy łączny koszt dostosowania autobusów przekroczy 5% wartości umowy Strona pisemnie w drodze aneksu uzgodni formę uregulowania i podział takich kosztów” jedynie w sposób pozorny i zarazem iluzoryczny przewiduje możliwość partycypowania Zamawiającego w kosztach wykonawcy w zakresie dostosowania autobusów do wymagań wynikających ze zmian w przepisach prawa, co jest konsekwencją tego, że warunkiem partycypowania przez Zamawiającego w takich kosztach jest to aby koszt dostosowania autobusów przekroczył wartość odpowiadającą 5% wartości umowy, co zaś odpowiada – bazując jedynie na szacunkowej wartości Zamówienia (bez VAT) podanej w pkt 2.1.3. ogłoszenia o Zamówieniu [która to wartość wynosi: 340.495.053,00 PLN] – kwocie przekraczającej 17 mln złotych. Oznacza to, że w przypadku gdy w 7-letnim okresie realizacji Zamówienia nastąpią zmiany w przepisach prawa skutkujące koniecznością dostosowania autobusów do tych zmian, wszelkie koszty wynikające z tego tytułu w wysokości do 17 mln złotych będą musiały być poniesione wyłącznie przez wybranego wykonawcę. Z oczywistych względów, skutkować to będzie – biorąc po uwagę niskie marże wykonawców jakie są typowe przy realizacji tego typu zamówień – utratą przez wybranego wykonawcę całej marży z tytułu realizowanego Zamówienia i to wyłącznie z samego tylko tytułu konieczności poniesienia kosztów dostosowania taboru autobusowego do wymogów wynikających ze zmienionych przepisów prawa.

¹⁰ Wyrok KIO z 18.05.2015 r., KIO 897/15, LEX nr 1746880.

28. W konsekwencji, zaskarżone postanowienia naruszają przywołane regulacje i z tegoż względu winny ulec zmianie w ww. zakresie.

II.3. Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia § 5 [Terminy] ust. 1 i 2 Projektu Umowy oraz postanowienia zawartego w Dziale VI SWZ [Termin Wykonania Zamówienia]

29. Odwołujący zwraca uwagę, że Zamawiający w treści SWZ oraz Projektu Umowy zdecydował się na wprowadzenie postanowień, które są skrajnie niekorzystne dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, a które dotyczą terminu wykonania zamówienia. Odwołujący już w tym miejscu zwraca uwagę, że obecne brzmienie SWZ oraz Projektu Umowy utrudnia, a wręcz uniemożliwia wykonanie zamówienia w sposób należyty oraz staranny, zgodny z oczekiwaniami instytucji zamawiającej.
30. W dziale VI SWZ Zamawiający przewidział, że wykonawca wybrany w ramach Postępowania jest zobowiązany **do rozpoczęcia wykonywania zamówienia po upływie 12 miesięcy od dnia podpisania umowy**, *vide*: wyciąg z treści SWZ poniżej:

VI. TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA

Termin realizacji przedmiotu umowy: po upływie 12 miesięcy od dnia podpisania umowy przez okres kolejnych 72 miesięcy lub do wyczerpania kwoty odpowiadającej wartości Umowy.

Okres od podpisania umowy do rozpoczęcia realizacji przedmiotu umowy może zostać skrócony na prośbę Wykonawcy maksymalnie do 10 miesięcy.

zob. strona 8 SWZ

31. W ślad za tak sformułowanym postanowieniem idą postanowienia Projektu Umowy, które przewidują, co następuje:

§ 5

Terminy

1. Umowa zostaje zawarta na okres od daty jej zawarcia, tj. od dnia roku 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 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Na wniosek Wykonawcy termin ten może ulec skróceniu maksymalnie do 10 miesięcy.

zob. strona 26 załącznika nr 1 do SWZ pn. Projekt Umowy

32. Odnosząc się w tym miejscu do treści Działu VI SWZ oraz cytowanych powyżej postanowień Projektu Umowy należy podkreślić, że oczekiwania Zamawiającego aby wykonawca rozpoczął świadczenie usług publicznego transportu zbiorowego po upływie 12 miesięcy od dnia podpisania umowy fabrycznie nowymi autobusami jest nieuzasadnione i w żadnej mierze nie uwzględnia realiów rynkowych związanych z koniecznością pozyskania **fabrycznie nowych autobusów do realizacji zamówienia** (por. załącznik nr 1a do Projektu Umowy oraz Załącznik nr 2

- do Projektu Umowy)** w wymaganej przez Zamawiającego tak istotnej liczbie przedmiotowych pojazdów (tzn. minimum 31 sztuk autobusów) i spełniających jednocześnie określone przez Zamawiającego szczegółowe wymogi (parametry) techniczne.
33. Obecnie czas oczekiwania na nowe autobusy w wymaganej przez Zamawiającego tak znaczącej liczbie i jednocześnie spełniających określone przez Niego szczegółowe wymogi (parametry) techniczne, uwzględniając wyprodukowanie takich pojazdów, dostarczenie oraz dokonanie niezbędnych formalności (rejestracja, dopuszczenie do ruchu, dostosowanie do wymagań technicznych i wizualnych określonych przez Zamawiającego), **wynosi minimum 15 miesięcy.**
 34. **Ustanowienie faktycznego wymogu wyprodukowania, wyposażenia oraz dostarczenia autobusów, a przy tym także przeszkolenia personelu oraz rozpoczęcie świadczenia usługi w terminie 12 miesięcy od podpisania umowy jest zadaniem nie tyle trudnym do wykonania – co niemalże niemożliwym do wykonania.**
 35. **Po pierwsze** - kluczowym etapem jest złożenie zamówienia u danego producenta autobusów. Sam proces negocjacji warunków zamówienia oraz podpisania umowy na dostawę pojazdów **może zająć co najmniej kilka tygodni.** Po podpisaniu kontraktu producent rozpoczyna planowanie produkcji, co zależy od aktualnej dostępności linii produkcyjnych oraz zamówień od innych klientów. Nie bez znaczenia jest również to, że wymogi techniczne dotyczące autobusów, które postawił Zamawiający w niniejszym Postępowaniu, są wyjątkowo wymagające na tle innych tego typu postępowań (nie tylko w polskiej, ale i europejskiej skali).
 36. **Po drugie** - sam proces produkcji autobusów wymaga czasu, gdyż obejmuje on montaż podzespołów, testy techniczne oraz weryfikację jakości. Na termin produkcji wpływają również dostępność kluczowych komponentów, takich jak w szczególności silniki i układy elektryczne, które są szczególnie narażone na opóźnienia w dostawach. Odwołujący, a także każdy inny wykonawca działający na rynku usług publicznego transportu zbiorowego, **nie ma żadnego wpływu na opisaną powyżej procesy, które są w pełni zależne od producenta pojazdu (autobusu) oraz jego podwykonawców / dostawców.**
 37. **Po trzecie** – celem dostarczenia autobusów do wykonawcy, konieczne jest przeprowadzenie szeregu działań technicznych, aby pojazd spełniał wszystkie wymagania Zamawiającego. Proces ten obejmuje w szczególności instalację wyposażenia dodatkowego (np. monitoring, system informacji pasażerskiej, systemy GPS). Powyższe siłą rzeczy wymaga czasu, co w praktyce zajmuje od kilku tygodni do kilku miesięcy – **i nie jest, jak wykazano powyżej, w pełni zależne od wykonawcy.**
 38. **Po czwarte,** Zamawiający w ramach niniejszego Postępowania wymaga użycia przez wykonawców zamówienia autobusów zeroemisyjnych, co ma swoje istotne konsekwencje, które wydają się być co najmniej pomijane przez Zamawiającego. Wprowadzenie rzeczonych autobusów do eksploatacji wymaga zorganizowania niezbędnej infrastruktury przez wykonawcę – realizatora zamówienia. Wiąże się to m.in. z koniecznością uzyskania dla zajezdni (bazy) wykonawcy warunków

przyłączeniowych do sieci elektroenergetycznej we Wrocławiu o wystarczającej mocy zapewniającej ładowanie autobusów zeroemisyjnych, uzyskania niezbędnych pozwoleń administracyjnych, a także przeprowadzenia czasochłonnego procesu budowlanego, co wynika z treści pkt 1.2.2 Załącznika nr 2 do Projektu Umowy [pn. Minimalne wymagania techniczne dla autobusów i ich wyposażenia], który stanowi wprost, że zapewnienie infrastruktury do ładowania lub tankowania autobusów zeroemisyjnych tak jak w przypadku autobusów spalinowych leży po stronie Wykonawcy. Przyszły wykonawca zamówienia nie ma żadnego wpływu na przebieg procedur administracyjnych, które mogą trwać w najgorszym wariantcie nawet kilkanaście miesięcy.

39. **Opisane powyżej zależności mają istotny wpływ na proces przygotowania się wykonawcy do świadczenia usług związanych z publicznym transportem zbiorowym na terenie administrowanym przez Zamawiającego. Właściwe przygotowanie się do świadczenia powyższych usług jest niezbędne do ich należytego i starannego wykonania, co jest podstawową dyrektywą przyświecającą każdemu wykonawcy.**
40. Zamawiający – formułując warunki w zakresie terminu rozpoczęcia usług przewozowych stanowiących przedmiot Postępowania - powinien uwzględniać rzeczywisty czas potrzebny na dostarczenie fabrycznie nowych pojazdów i ich przygotowanie do eksploatacji.
41. Ponadto - nie pozostając w tym miejscu gołosłownym, jedynie przykładowo Odwołujący wskazuje poniżej na wiadomość pisma od przedstawiciela jednej z firm (dostawcy autobusów o ugruntowanej pozycji rynkowej), który mając na uwadze obecne realia rynkowe, stwierdził, że termin dostaw autobusów miejskich spełniających warunki Postępowania – co do zasady wynosi 15 miesięcy:

Jednocześnie informujemy, iż wymagania Zamawiającego odzwierciedlone w aktualnych zapisach SWZ a związane z terminami realizacji dostaw wynoszą 12 miesięcy lub krócej, przez co znacznie odbiegają od realnych terminów dostaw autobusów naszej marki jak i naszych konkurentów, które wynoszą min. 15 miesięcy od dnia zawarcia umowy z operatorem.
 Obecna sytuacja rynkowa podyktowana jest finalizacją setek europejskich projektów unijnych oraz polskich dotacji wynikających z KPO, co uniemożliwia liczącym się na rynku producentom autobusów udział w strategicznie ważnych lecz w zbyt krótkim czasie wymaganych dostaw.
42. Odwołujący całą treść ww. pisma przedłożył na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.
43. Zbyt krótki termin przewidziany na rozpoczęcie realizacji usług stanowiących przedmiot Postępowania, stanowi nadmierne ograniczenie dla potencjalnych wykonawców, którzy muszą podejmować decyzje inwestycyjne w warunkach nierealistycznych założeń czasowych. Takie działanie zamawiającego narusza zasadę proporcjonalności oraz potencjalnie zawęży grono wykonawców, którzy zdecydują się złożyć oferty w Postępowaniu.
44. Zmiana terminu rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych stanowiących przedmiot Postępowania na 15 miesięcy od daty podpisania umowy (zgodnie z wnioskowaną zmianą SWZ i Projektu Umowy) jest konieczna, aby zapewnić wykonawcom realną możliwość przygotowania się do realizacji zamówienia w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego.

45. Z tego względu Odwołujący wnosi o zmianę treści SWZ oraz Projektu Umowy w następujący sposób:
- (a) treść Działu VI SWZ poprzez nadanie mu następującego, nowego brzmienia:
*„Termin realizacji przedmiotu umowy: po upływie **15 miesięcy** od dnia podpisania umowy przez okres kolejnych 72 miesięcy lub do wyczerpania kwoty odpowiadającej wartości Umowy. Okres od podpisania umowy do rozpoczęcia realizacji przedmiotu umowy może zostać skrócony na prośbę Wykonawcy maksymalnie do 12 miesięcy.”*
 - (b) treści § 5 ust. 1 i 2 Projektu Umowy poprzez nadanie mu następującego, nowego brzmienia:
„1. Umowa zostaje zawarta na okres od daty jej zawarcia, tj. od dnia roku 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 **15 miesięcy** od dnia zawarcia umowy. Na wniosek Wykonawcy termin ten może ulec skróceniu maksymalnie do 12 miesięcy.”*

II.4. Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia treści Załącznika nr 2 do Projektu Umowy [Minimalne wymagania techniczne dla autobusów i ich wyposażenia]

46. Odwołujący ma pełną świadomość, że Zamawiający jako dysponent i gospodarz Postępowania ma prawo ukształtowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który będzie odpowiadał Jego oczekiwaniom co do sposobu jego wykonania (tak m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 grudnia 2021 roku, sygn. KIO 3370/21). Niemniej uprawnienia Zamawiającego związane z kreowaniem opisu przedmiotu zamówienia ulegają ograniczeniu na skutek obowiązujących przepisów prawa, czego wyrazem jest dyspozycja art. 99 ust. 2 Pzp. Rzeczony przepis stanowi, że *„Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.”*
47. Przedmiotowa norma była również przedmiotem rozważań Izby, która chociażby w wyroku z dnia 31 marca 2023 roku (sygn. KIO 759/23) uznała, że: *„Zamawiający, jako podmiot dokonujący zakupów, jest uprawniony do określenia swoich oczekiwań dotyczących przedmiotu zamówienia, jego cech i funkcjonalności. Swoboda zamawiającego w określaniu cech produktów, które chce zakupić, jest jednak ograniczona koniecznością zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji. Z jednej strony oczywistym jest, że określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia należy do zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania*

*i przyszłym nabywcą określonych towarów czy usług, a konieczności zachowania uczciwej konkurencji nie można utożsamiać z nakazem umożliwienia złożenia oferty przez jak najszerszy krąg wykonawców, w oderwaniu od potrzeb Zamawiającego. **Z drugiej jednak strony niedopuszczalne jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, które ogranicza możliwość złożenia ofert, a które nie jest konieczne dla zaspokojenia racjonalnych i obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego.** Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia w sposób eliminujący funkcjonujące na rynku rozwiązania, musi więc być w stanie przedstawić racjonalne i przekonujące wyjaśnienie takiego działania."*

48. Zaprezentowane powyżej stanowisko Izby znajduje swoje potwierdzenie również w literaturze przedmiotu, w której możemy przeczytać, że „specyfikacje techniczne powinny być opracowywane w taki sposób, aby uniknąć sztucznego zawężania konkurencji [...] Jak podnosi się w orzecznictwie oraz stanowiskach kontroli, naruszenie uczciwej konkurencji może nastąpić w dwojaki sposób: bezpośredni i – zdecydowanie częściej występujący na rynku – sposób pośredni, w szczególności poprzez zbyt ścisłe, rygorystyczne sporządzenie opisu” (por. E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 99).
49. W kontekście prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia należy mieć również na uwadze dyspozycję art. 99 ust. 4 Pzp w świetle której: „*Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.*”.
50. W świetle powyższego, Zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w taki sposób, który odwołuje się np. do konkretnej technologii funkcjonowania urządzenia, chyba że jest to uzasadnione obiektywnymi okolicznościami.
51. W kontekście powyższych rozważań warto również zwrócić uwagę na wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2023 roku (sygn. KIO 3489/22), w którym stwierdzono, że „*Zamawiający nie może określać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.*”
52. W ocenie Odwołującego, Zamawiający skonstruował opis przedmiotu zamówienia w sposób, który nie respektuje opisanych powyżej wytycznych.
53. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że w pkt 1.1.1. i 1.1.2. Załącznika nr 2 do Projektu Umowy [Minimalne wymagania techniczne dla autobusów i ich wyposażenia] Zamawiający określił wymogi dotyczące produkcji autobusów, którymi ma być następnie świadczona usługa publicznego transportu zbiorowego. Zgodnie z treścią odnośnych punktów autobusy wzmiankowane w treści OPZ mają mieć określony rok produkcji, tj.: „*2026 (fabrycznie nowy o przebiegu nie większym niż 4000 km w dniu odbioru i wyprodukowany nie wcześniej niż 1,5 miesiąca przed rozpoczęciem świadczenia usług)*”.

54. Warunek, aby autobus był wyprodukowany nie wcześniej niż 1,5 miesiąca przed rozpoczęciem świadczenia usług jest niemożliwy do spełnienia z obiektywnych przyczyn. Odwołujący zwraca uwagę, że o konkretnej (co do dnia i miesiąca) dacie produkcji autobusów **decyduje wyłącznie producent autobusu (co jest ściśle skorelowane z jego wewnętrznymi planami produkcyjnymi)**, a data produkcji jest odzwierciedlona w treści świadectwa homologacji autobusu (tzw. dokument COC) również wystawianego przez producenta autobusu. Od samej zaś daty wyprodukowania autobusów przez producenta – poprzez przetransportowanie autobusów do wykonawcy, dokonanie ich odbioru przez wykonawcę (któremu najczęściej towarzyszy usuwanie przez producenta usterek stwierdzonych w trakcie procedur odbiorowych), następnie doposażenie autobusów przez wykonawcę oraz ich zarejestrowanie - upływa znacznie dłuższy okres niż 1,5 miesiąca.
55. Tak sformułowany opis przedmiotu zamówienia oraz biorąc pod uwagę termin na rozpoczęcie świadczenia usług (por. pkt II.3 odwołania) oznacza, że o udzielenie zamówienia bez obawy naruszenia postanowień umowy mógłby ubiegać się jedynie podmiot, który już w tym momencie jest pewien otrzymania autobusów od konkretnego producenta (co jest rzeczą niestandardową bowiem żaden racjonalny podmiot nie zaalokuje środków na zakup autobusów bez pewności zakontraktowania danego zamówienia).
56. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że wymóg pozyskania autobusu, który byłby wyprodukowany nie wcześniej niż 1,5 miesiąca przed rozpoczęciem świadczenia usług jest bezcelowy – bowiem Zamawiający w każdym wypadku otrzyma pojazd fabrycznie nowy, prosto z linii produkcyjnej – wyprodukowany w 2026 roku. Obecne brzmienie wymogów składających się na opis przedmiotu zamówienia w znaczącym stopniu ogranicza konkurencję i jest niezgodne z przepisami art. 99 ust. 1 – 4 Pzp.
57. W związku z powyższym Odwołujący **wnosi o wykreślenie z treści pkt 1.1.1. i 1.1.2. Załącznika nr 2 do Projektu Umowy [Minimalne wymagania techniczne dla autobusów i ich wyposażenia] sformułowania: „i wyprodukowany nie wcześniej niż 1,5 miesiąca przed rozpoczęciem świadczenia usług”.**

II.5. Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia treści Załącznika nr 8 do Projektu Umowy [Stawki wynagrodzenia]

58. Kolejnym – wadliwym i arbitralnym – mechanizmem wprowadzonym przez Zamawiającego w Załączniku nr 8 do Projektu Umowy [Stawki wynagrodzenia], w pkt. 2 i kolejnych jest zastosowanie obniżenia ceny wozokilometra w sytuacji wystąpienia wskazanych nieprawidłowości. Przy czym osobną kwestię stanowi jeszcze sposób ich określenia, który pozostaje wysoce nieprecyzyjny i – w konsekwencji – pozostawia miejsce na dowolną i subiektywną ich ocenę przez Zamawiającego.
59. Odwołujący przyznaje, że sama idea (istota) pkt. 2 i kolejnych Załącznika nr 8 do Projektu Umowy, pozostaje dla niego zrozumiała. Niezależnie jednak, Odwołujący wskazuje, że treść załącznika jest wadliwa w zakresie w jakim:

- (a) wskazane tam nieprawidłowości w znacznej części **podlegają już odrębnemu reżimowi sankcji** w postaci kar umownych; zatem wykonawca może być „karany” dwa razy za *de facto* tożsame uchybienie;
 - (b) przyjęte **wartości** obniżenia pozostają **nieproporcjonalne** i nieadekwatne do skali wskazanego i przewidzianego przez Zamawiającego w Projekcie Umowy (włączając poszczególne załączniki do Projektu Umowy) uchybienia.
60. Jedynie przykładowo należy wskazać na **uchybiecie w związku z niewłaściwym działaniem wyświetlacza** (tj. wyświetlanie nieprawidłowej informacji o numerze linii w oznakowaniu autobusu lub o kierunku jazdy), która wiąże się z **redukcją ceny wozokilometra do 80% regularnej ceny** – dodatkowo – pomnożonej przez liczbę planowanych wozokilometrów dla kursu, na którym zostało stwierdzone uchybienie (por. 2.1. w zw. z 2.1.1. i 2.1.2. Załącznika nr 8).
61. Przyjęte w Projekcie Umowy wskaźniki – redukcji ceny wozokilometrów **od 80% regularnej ceny do nawet 40 % regularnej ceny** 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 **wystąpienie jednej okoliczności** (nieprawidłowości) **może rodzić konsekwencje** (sankcje) **tylko jeden raz**, tj. w postaci obniżenia ceny wozokilometra albo naliczenia kary umownej;
 - (b) urealnienie wymiaru redukcji ceny wozokilometrów poprzez podwyższenie wskaźników w ten sposób, aby obniżone stawki kształtowały się na poziomie **od 85% do 97% wartości regularnej ceny 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 należyte zrealizowane wozokilometry zostanie obniżone**. Zgodnie z pkt. 3 Załącznika nr 8 do Projektu Umowy, przekroczenie 30% uchybień prowadzi do 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.6. Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia treści Załącznika nr 9 do Projektu Umowy [Zasady waloryzacji wynagrodzenia]

66. W odniesieniu do Zasad waloryzacji wynagrodzenia przewidzianych w Załączniku nr 9 do Projektu Umowy [Zasady waloryzacji wynagrodzenia], 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) zwiększenie maksymalnego wskaźnika waloryzacji stawki za jeden wozokilometr w danym, który zawiera się obecnie w przedziale $<+12,50\%; -12,50\%>$ **do przedziału $<+30\%; -30\%>$ -;**
 - (b) **wprowadzenie odrębnych wskaźników waloryzacyjnych dla każdego rodzaju taboru**, tj. odrębnie dla taboru autobusów o napędzie konwencjonalnym i odrębnie dla taboru autobusów zeroemisyjnych; każdy tabor o danym napędzie powinien mieć swój odrębny wzór waloryzacyjny, jako że udział energii elektrycznej w kosztach na kilometr dla autobusów zeroemisyjnych 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 rodzajów taboru);
 - (c) wskazanie konkretnych dat/ przedziałów czasowych dokonywania waloryzacji, w ten sposób, że:
 - (i) pierwsza waloryzacja będzie miała miejsce ze skutkiem od 1 października 2025 roku,
 - (ii) druga waloryzacja obowiązywać będzie od 1 kwietnia 2026 roku,
 - (iii) kolejna waloryzacja będzie mieć miejsce po upływie kolejnych 6 miesięcy.

a ponadto, podczas pierwszej waloryzacji każdy z wskaźników będzie liczony jako stosunek okresu kwiecień 2025-wrzesień 2025 (licznik) do okresu październik 2024-marzec 2025 (mianownik);
 - (d) zastosowanie relewantnych zmiennych wzoru waloryzacyjnego – w większym stopniu oddających dynamikę zmian cen czynników cenotwórczych Zamówienia niż obecne oraz doprecyzowanie sposobu obliczenia zmiennej (jako średnia arytmetyczna); i tak:
 - (i) **w zakresie zmiennej W_p :**
 - **obecnie:** półroczny (za okres 6 miesięcy) wskaźnik zmiany ceny paliwa (w postaci raportu pozyskanego we własnym zakresie przez Wykonawcę od Polskiej Izby Paliw Płynnych

lub innej uznanej krajowej instytucji monitorującej rynek paliw, zaakceptowanej przez Zamawiającego) jako stosunek średniej arytmetycznej dziennych cen hurtowych za 1000 litrów oleju napędowego Ekodiesel za okres 6 miesięcy (kalendarzowych) poprzedzający waloryzację do średniej arytmetycznej dziennych cen hurtowych za 1000 litrów oleju napędowego Ekodiesel za okres 6 miesięcy (kalendarzowych) poprzedzający okres opisany powyżej (stosunek zmiany dwóch kolejnych następujących po sobie 6-miesięcznych okresów)

- **zgodnie z wnioskiem Odwołującego:** półroczny (za okres 6 miesięcy) wskaźnik zmiany ceny paliwa jako **stosunek średniej arytmetycznej dziennych cen hurtowych netto oleju napędowego Ekodiesel publikowanych na stronie internetowej PKN Orlen S.A.** (<https://www.orklen.pl/pl/dla-biznesu/hurtowe-ceny-paliw#paliwa-archive>) **za okres 6 miesięcy** (kalendarzowych) **poprzedzający waloryzację** do średniej arytmetycznej dziennych cen hurtowych netto oleju napędowego Ekodiesel publikowanych na stronie internetowej PKN Orlen S.A. (<https://www.orklen.pl/pl/dla-biznesu/hurtowe-ceny-paliw#paliwa-archive>) za okres 6 miesięcy (kalendarzowych) poprzedzający okres opisany powyżej (stosunek zmiany dwóch kolejnych następujących po sobie 6-miesięcznych okresów);

(ii) w zakresie zmiennej W_i :

- **obecnie:** półroczny (skumulowany wskaźnik **obliczony na podstawie** kolejnych 6-miesięcznych wskaźników) wskaźnik zmiany cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem publikowany przez Główny Urząd Statystyczny (GUS) na stronie internetowej: <https://stat.gov.pl/wskazniki-makroekonomiczne> za okres 6 miesięcy (kalendarzowych) poprzedzających okres opisany.
- **zgodnie z wnioskiem Odwołującego:** półroczny (skumulowany wskaźnik **obliczony jako średnia arytmetyczna** sześciu kolejnych miesięcznych wskaźników) wskaźnik zmiany cen towarów i usług konsumpcyjnych publikowany przez Główny Urząd Statystyczny (GUS) na stronie internetowej: <https://stat.gov.pl/wskazniki-makroekonomiczne> za okres 6 miesięcy (kalendarzowych) poprzedzający waloryzację do średniej arytmetycznej sześciu kolejnych miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych za okres 6 miesięcy (kalendarzowych) poprzedzający okres opisany

powyżej (stosunek zmiany dwóch kolejnych następujących po sobie 6-miesięcznych okresów);

- (e) **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 (jako pracodawcę) wypowiedzeń zmieniających pracownikom w zakresie zmiany (obniżenia) ich wynagrodzenia; (obecnie: spadek wskaźnika wynagrodzeń powoduje obniżenie stawki).**
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, na których realizację zaplanowano co najmniej kilka lat. Zaprojektowany przez Zamawiającego mechanizm waloryzacyjny skrzepowany górnym limitem rocznej waloryzacji stanowi najwyraźniej kalkę dotychczasowych schematów umownych, która nie pasuje do dzisiejszej rzeczywistości – tym bardziej realiów niedającej się przewidzieć przyszłości.
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 Umowy¹¹.
73. Zakres i skala zmian cen i stosunków, której świadkami byliśmy w ostatnim okresie (tj. najbardziej znacząca – od dnia 24 lutego 2022 roku – dnia

¹¹ 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.gov.pl/web/uzp/dopuszczalnosc-zmiany-umowy-o-udzielenie-zamowienia-publicznego-na-podst-art-144-ust-1-pkt-13-i-6-ustawy-pzp> [online: 12.03.2025]

rozpoczęcia inwazji Federacji Rosyjskiej na Ukrainę) 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 5** 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.7. Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia treści Załącznika nr 10 do Projektu Umowy [Wymagania w zakresie systemu monitoringu]

76. Postanowienia Projektu Umowy w zakresie postanowień o przetwarzaniu danych osobowych są wadliwe, w tym niezgodne z przepisami Rozporządzenia RODO¹². Dotyczy to przede wszystkim **przypisania ról** administratora danych osobowych w rozumieniu Artykułu 4 [*Definicje*] pkt. 7) Rozporządzenia RODO oraz podmiotu przetwarzającego dane osobowe w rozumieniu Artykułu 4 [*Definicje*] pkt. 7) Rozporządzenia RODO oraz przewidzenia przetwarzania danych osobowych w postaci **nagrań audio** z monitoringu wizyjnego.
77. Po pierwsze, **prawidłowy podział ról** Stron w zakresie przetwarzania danych osobowych powinien być następujący:
 - (a) **Zamawiający powinien występować w charakterze administratora danych osobowych** – w rozumieniu art. 4 [*Definicje*] pkt. 7) Rozporządzenia RODO¹³, zgodnie z którym „administrator” oznacza osobę fizyczną lub prawną, organ publiczny, jednostkę lub inny podmiot, który **samodzielnie lub wspólnie z innymi ustala cele i sposoby przetwarzania danych osobowych**; jeżeli cele i sposoby takiego przetwarzania są określone w prawie Unii lub w prawie państwa członkowskiego, to również w prawie Unii lub w prawie państwa członkowskiego może zostać wyznaczony administrator lub mogą zostać określone konkretne kryteria jego wyznaczania;

¹² Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 roku w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), Dz.U.UE.L.2016.119.1 z dnia 2016.05.04 („**Rozporządzenie RODO**”).

¹³ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 roku w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), Dz.U.UE.L.2016.119.1 z dnia 2016.05.04 („**Rozporządzenie RODO**”).

- (b) **Wykonawca powinien występować w charakterze podmiotu przetwarzającego dane osobowe** – w rozumieniu art. 4 [Definicje] pkt. 8) Rozporządzenia RODO, zgodnie z którym „*podmiot przetwarzający*” oznacza osobę fizyczną lub prawną, organ publiczny, jednostkę lub inny podmiot, który **przetwarza dane osobowe w imieniu administratora**.
78. Tymczasem, wobec obecnej treści Załącznika nr 10, **rola** (niezależnego) **administratora** danych osobowych pozyskanych w ramach monitoringu wizyjnego została **przypisana zarówno Zamawiającemu jak i Wykonawcy**, co jest nie tylko niezgodne z zasadami RODO, ale również z rzeczywistą strukturą decyzyjną. I tak:
- (a) *z jednej strony*, w ust. 9 pkt. 9.1. Załącznika nr 10 wskazano wprost, że „*administratorem danych osobowych pochodzącym z monitoringu jest Wykonawca*”,
- (b) *z drugiej*, to Zamawiający – jako organizator transportu publicznego – decyduje o celach i sposobach przetwarzania danych osobowych pozyskanych z monitoringu wizyjnego (por. m.in. §1 [Postanowienia ogólne] ust. 1 pkt 1.2.2. Projektu Umowy, ust. 9 pkt 9.2. Załącznika nr 10 do Projektu Umowy, ust. 5 pkt 5.12 Załącznika nr 7 do Projektu Umowy [Zasady naliczania i wielkość kar umownych]).
79. Powyższe stanowi rozwiązanie wadliwe, w szczególności – niezgodne z przepisami Rozporządzenia RODO.
80. To Zamawiający - jako organizator transportu publicznego, wyłaniający operatora transportu publicznego (wykonawcę) w ramach prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego [zwłaszcza w przypadku którego to trybu postępowania pozycja prawna zamawiającego jest szczególnie dominująca w zakresie kształtowania warunków zamówienia] decyduje o celach i sposobach przetwarzania danych osobowych pozyskanych z monitoringu, m.in. poprzez:
- (a) **określenie wymogu zapewnienia przez Wykonawcę monitoringu wizyjnego** w autobusach (por. §1 [Postanowienia ogólne] ust. 1 pkt 1.2.2. Projektu Umowy), w tym dla celów własnych (weryfikacji pracy przewozowej zrealizowanej przez Wykonawcę, rozpatrywania skarg i reklamacji od pasażerów – por. ust. 9 pkt 9.2. Załącznika nr 10 do Projektu Umowy);
- (b) **wskazanie szczegółowych wymagań technicznych**, które powinien spełniać system monitoringu wizyjnego zapewniony w autobusach przez Wykonawcę (m.in.) w zakresie zasad rozmieszczenia i liczby kamer w pojazdach, czasu przechowywania nagrań z monitoringu, rodzaju oprogramowania, w który ma być zaopatrzony system monitoringu oraz jego funkcjonalności, wymagań technicznych dla urządzeń systemu monitoringu (por. Załącznik nr 10 do Projektu Umowy – Wymagania w zakresie systemu monitoringu);

- (c) **przewidzenie kary umownej za opóźnienie w dostarczaniu przez Wykonawcę poprawnego zapisu z monitoringu** (por. ust. 5 pkt 5.12 Załącznika nr 7 do Projektu Umowy [Zasady naliczania i wielkość kar umownych]).
81. Obowiązek przetwarzania danych osobowych przez Zamawiającego, jako administratora (zamiast Wykonawcy) można wyprowadzić (m.in.) z art. 7 ust. 1 pkt 1 lit. a i b w zw. z art. 8 pkt 1-4 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym¹⁴:
- „[Art. 7]
- [1.] Organizatorem publicznego transportu zbiorowego, zwanym dalej "organizatorem", właściwym ze względu na obszar działania lub zasięg przewozów, jest:*
- 1) gmina:
- a) na linii komunikacyjnej albo sieci komunikacyjnej w gminnych przewozach pasażerskich”
- b) której powierzono zadanie organizacji publicznego transportu zbiorowego na mocy porozumienia między gminami - na linii komunikacyjnej albo sieci komunikacyjnej w gminnych przewozach pasażerskich, na obszarze gmin, które zawarły porozumienie;
- (…)”
- „[Art. 8] Do zadań organizatora należy:
- 1) planowanie rozwoju transportu;
- 2) organizowanie publicznego transportu zbiorowego;
- 3) zarządzanie publicznym transportem zbiorowym;
- 4) możliwość ustanowienia zintegrowanego systemu taryfowo-biletowego obowiązującego w jego granicach.”
82. Powyższe jednoznacznie wskazuje, że cele przetwarzania danych osobowych w związku z realizacją Zamówienia odnoszą się do samego interesu Zamawiającego (Gminy Wrocław), a nie wykonawcy, i nie mogą być na wykonawcę przenoszone.
83. W związku z powyższym **to Zamawiający spełnia kryteria „administratora” określone w art. 4 pkt 7 Rozporządzenia RODO.**
84. Dla statusu administratora (w rozumieniu art. 4 [Definicje] pkt. 7) Rozporządzenia RODO) nie ma przy tym znaczenia, czy podmiot zatrudniający kierowców pojazdów będzie korzystał z tego samego monitoringu również we własnych celach. Każdemu z tych podmiotów będzie bowiem przysługiwał odrębny status administratora w rozumieniu art. 4 pkt 7 RODO w zakresie przetwarzania danych osobowych we własnych celach.
85. Wybrany w toku Postępowania **wykonawca będzie wprowadzić też „administratorem” danych osobowych** (w rozumieniu Artykułu 4 pkt 7

¹⁴

Dz.U.2025.285 t.j. z dnia 2025.03.10.

RODO) pochodzących z systemu monitoringu wizyjnego zamontowanego w autobusach – np. w zakresie dotyczącym pracowników wykonawcy (zwłaszcza kierowców autobusów), czy też będzie przetwarzać te dane w celu rozpatrywania roszczeń/skarg w stosunku do wykonawcy (np. dla potrzeb likwidacji szkód komunikacyjnych czy też roszczeń pasażerów), **lecz nie wyklucza to, aby równolegle to Zamawiający w zakresie tych samych danych pochodzących z systemu monitoringu wizyjnego był ich „administratorem”** dla celów i w zakresie określonym Załączniku Nr 10 do Projektu Umowy, a Wykonawca był w tym przypadku „podmiotem przetwarzającym”. Powyższe ma kluczowe znaczenie z punktu widzenia zasad odpowiedzialności, które na gruncie przepisów o ochronie danych osobowych to „administratorowi” przypisują najszerszy zakres odpowiedzialności prawnej i ewentualnych sankcji z tym związanych.

86. Odpowiednio, wykonawca, jako administrator, musiałby ponosić pełną odpowiedzialność prawną za zgodność przetwarzania danych z przepisami RODO, mimo braku rzeczywistej kontroli nad procesem przetwarzania tych danych przez Zamawiającego. Oznacza to, że:
 - (a) wykonawca musiałby podejmować decyzje dotyczące danych, których cele przetwarzania są ustalane przez Zamawiającego.
 - (b) w przypadku naruszeń, wykonawca ponosiłby odpowiedzialność administracyjną i finansową, nawet jeśli byłyby one wynikiem wymagań narzuconych przez Zamawiającego.
87. Błędne przypisanie ról w dokumentacji Postępowania wpływa także na warunki udziału w Postępowaniu, ponieważ:
 - (a) wykonawcy mogą nie być świadomi pełnego zakresu odpowiedzialności wynikającej z roli administratora, co prowadzi do nierzetelnych kalkulacji kosztów i ryzyk;
 - (b) Zamawiający wprowadza wymogi, które mogą być uznane za nieproporcjonalne, naruszając zasadę proporcjonalności określoną w art. 16 pkt 3 Pzp.
88. Przypisanie roli Administratora Wykonawcy jest więc niezgodne z rzeczywistą strukturą decyzyjną i prowadzi do przeniesienia na wykonawcę odpowiedzialności, która w niniejszym stanie faktycznym powinna spoczywać na Zamawiającym.
89. Jeśli Zamawiający faktycznie pełni rolę administratora danych osobowych (co należy do sfery faktów), ale unika jej formalnego uznania w dokumentacji, naraża się na sankcje za naruszenie kluczowych obowiązków wynikających z RODO. Administrator odpowiada m.in. za:
 - (a) **Przetwarzanie danych zgodnie z prawem** (art. 5 ust. 2 Rozporządzenia RODO);
 - (b) **Przejrzystość przetwarzania:** Administrator musi jasno informować osoby, których dane są przetwarzane, o ich prawach oraz o celach przetwarzania danych (art. 12-14 Rozporządzenia RODO);

- (c) **Bezpieczeństwo danych:** Administrator jest odpowiedzialny za wdrożenie odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych dla ochrony danych (art. 32 Rozporządzenia RODO);
 - (d) **Zgłaszanie naruszeń ochrony danych:** W przypadku incydentów, takich jak wyciek danych z monitoringu, Administrator musi zgłosić naruszenie do organu nadzorczego w ciągu 72 godzin (art. 33 Rozporządzenia RODO).
90. Jeśli Zamawiający pełni rolę administratora, ale nie uznaje tego w dokumentacji i nie realizuje swoich obowiązków, naraża się na istotne sankcje na gruncie Rozporządzenia RODO:
- (a) administracyjne kary pieniężne (art. 83 Rozporządzenia RODO),
 - (b) Odpowiedzialność cywilna:
 - (i) Osoby, których dane zostały przetworzone niezgodnie z prawem (np. pasażerowie), mogą dochodzić odszkodowań za szkody materialne i niematerialne (art. 82 Rozporządzenia RODO).
 - (c) Reputacyjne konsekwencje:
 - (i) Publiczne ujawnienie naruszeń przez organy nadzorcze może zaszkodzić wizerunkowi Zamawiającego jako organizatora transportu publicznego.
 - (d) Ryzyko eskalacji sankcji:
 - (i) Błędne przypisanie roli Procesora (Podmiotu przetwarzającego) zamiast Administratora może prowadzić do systemowego ignorowania obowiązków, takich jak prowadzenie rejestru czynności przetwarzania czy zgłaszanie naruszeń danych. To zwiększa ryzyko kar i kosztów naprawczych.
91. Ponadto, dokumentacja przetargowa nie uwzględnia faktu, że dane z monitoringu wizyjnego mogą być przetwarzane zarówno przez Zamawiającego, jak i Wykonawcę, ale w różnych celach:
- (a) **Zamawiający:** cele związane z realizacją zadań publicznych, takich jak organizacja i nadzór nad transportem;
 - (b) **wykonawca:** ewentualne cele związane z wewnętrzną działalnością, takie jak monitorowanie pracy własnych pracowników, rozpatrywanie roszczeń.
92. Brak rozdzielenia tych zakresów prowadzi do niejasności w przypisaniu odpowiedzialności i może powodować istotne konflikty interpretacyjne.
93. Powyższe uzasadnia wprowadzenie odpowiednich zmian do treści tak Projektu Umowy, jak i Załącznika nr 10 do Projektu Umowy.
94. Po drugie, w odniesieniu do Wymagań w zakresie systemu monitoringu przewidzianych w Załączniku nr 10 do Projektu Umowy [Wymagania w zakresie systemu monitoringu], Odwołujący wnosi o zmianę przedmiotowych postanowień poprzez **usunięcie** następujących postanowień Załącznika nr 10 do Projektu

Umowy związanych z funkcjonalnością nagrywania dźwięku w ramach systemu monitoringu:

- (a) ust. 1 pkt 1.5.,
 - (b) ust. 2 pkt 2.10.,
 - (c) ust. 3 pkt 3.1.5.,
 - (d) ust. 5 i 6 – w zakresie dotyczącym dźwięku i głosu.
95. Powyższe wynika stąd, że **brak jest podstawy prawnej dla przetwarzania danych osobowych w postaci nagrań audio z monitoringu wizyjnego**.
96. Administrator jest uprawniony do prowadzenia monitoringu obejmującego jednoczesną rejestrację obrazu i dźwięku **pod warunkiem, że wynika to wprost z przepisów powszechnie obowiązujących**. Powyższe znajduje odzwierciedlenie w stanowisku wydanym przez Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych (dalej: PUODO), zgodnie z którym **przepisy o monitoringu nie zezwalają co do zasady na nagrywanie dźwięku towarzyszącego zdarzeniom**¹⁵. Takie uprawnienia posiadają jedynie służby porządkowe i specjalne na podstawie ustaw regulujących ich działalność.
97. W polskim systemie prawnym nie istnieją obecnie przepisy o randze ustawowej, które pozwalałyby na prowadzenie monitoringu obejmującego rejestrację dźwięku w ramach organizowania publicznego transportu zbiorowego. Do prowadzenia monitoringu rejestrującego dźwięk nie znajdzie zatem zastosowania żadna z przesłanek wyrażonych w art. 6 ust. 1 Rozporządzenia RODO, w szczególności wynikająca z art. 6 ust. 1 lit. b) Rozporządzenia RODO, na którą powołuje się Zamawiający w ust. 9.3 Załącznika nr 10 do Umowy.
98. W analizowanym przypadku **rejestracja dźwięku może naruszać art. 5 ust. 1 lit. a w związku z art. 6 ust. 1 Rozporządzenia RODO** oraz zostać uznana przez PUODO za nadmiarową formę przetwarzania danych. Wiąże się to z ryzykiem poniesienia odpowiedzialności na gruncie RODO, zarówno po stronie Zamawiającego, jak i Wykonawcy. Należy mieć bowiem na uwadze, że **Zamawiający, zlecając prowadzenie monitoringu Wykonawcy, staje się administratorem danych osobowych przetwarzanych w jego ramach**.
99. Powyższe uzasadnia usunięcie postanowień związanych z funkcjonalnością nagrywania dźwięku w ramach systemu monitoringu (ust. 1 pkt 1.5., ust. 2 pkt 2.10., ust. 3 pkt 3.1.5., ust. 5 i 6 (w części dot. dźwięku i głosu)).
- 100.

* * *

Wobec powyższego wnoszę jak w *petitum*.

¹⁵ Por. Opracowania pt. „Wskazówki Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych dotyczące wykorzystywania monitoringu wizyjnego”, czerwiec 2018, „Zasady prowadzenia monitoringu wizyjnego”, Krzysztof Król, Zespół Analiz i Strategii Urząd Ochrony Danych Osobowych – dostępne na stronie www.uodo.gov.pl [online: 13.03.2025].

Wojciech Merkwa
radca prawny

ZAŁĄCZNIKI

Załącznik 1	Pełnomocnictwo
Załącznik 2	Opłaty skarbowe od pełnomocnictwa
Załącznik 3	Odpis z Krajowego Rejestru Sądowego
Załącznik 4	Dowód uiszczenia wpisu
Załącznik 5	Projekt postanowień treści Załącznik nr 9 do Projektu Umowy [Zasady waloryzacji wynagrodzenia]
Załącznik 6	Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu