



Warszawa, dnia 17 marca 2025 r.

Do

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a, 02 - 676 Warszawa

Odwołujący:

BP TOUR REGIO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

ul. Długa 15, 20-346 Lublin

KRS: 0000845331

reprezentowana przez:

r. pr. Dariusza Ziemińskiego, r. pr. Krzysztofa Mikodę,

Kancelaria Radcy Prawnego Dariusz Ziemiński & Partnerzy

e-mail: kmikoda@kzp.net.pl; tel. 664 118 803

Zamawiający:

Gmina Wrocław - Urząd Miejski Wrocławia

pl. Nowy Targ 1-8, 50-141 Wrocław

Prowadzący postępowanie (adres do korespondencji):

Wydział Zamówień Publicznych

al. M. Kromera 44, 51-163 Wrocław

tel. 071 777 92 30

adres poczty elektronicznej: wzp.dz@um.wroc.pl

adres strony internetowej prowadzonego postępowania oraz adres strony, na której udostępniane będą zmiany, wyjaśnienia i inne dokumenty:

<https://portal.smartpzp.pl/umw/public/postepowanie?postepowanie=79108445>

<https://bip.um.wroc.pl/przetargi/101>

O D W O Ł A N I E

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn.: „Świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego organizowanego przez Gminę Wrocław na terenie

Wrocławia oraz Gmin Miękinia i Kąty Wrocławskie.” prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego i powyżej równowartości kwoty 221 000 euro, znak postępowania: ZP/PN/10/2025/WTR (dalej: „Postępowanie”).

- I. Na podstawie art. 505 ust. 1 i art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”), w imieniu wykonawcy BP TOUR REGIO Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”), ubiegającego się o udzielenie ww. zamówienia, wnoszę odwołanie na czynności Zamawiającego podjęte i zaniechane w toku Postępowania, odnoszące się do Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”), w tym na warunki udziału w postępowaniu, sposób obliczenia ceny, opis przedmiotu zamówienia i projekt umowy.
- II. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego organizowanego przez Gminę Wrocław na terenie Wrocławia oraz Gmin Miękinia i Kąty Wrocławskie. Świadczenie usług przewozowych na wybranych zadaniach strefowych liniach autobusowych (909, 917, 923, 937, 938, 948), wybranych zadaniach normalnych liniach autobusowych (101, 104, 117, 123, 137 i 327) oraz wybranych zadaniach specjalnych liniach autobusowych, o ile zostaną uruchomione w trakcie realizacji Umowy. Szczegółowe informacje dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia przedstawione zostały w Załączniku nr 1 do SWZ – Projekt umowy.
- III. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej numer publikacji ogłoszenia: 144476-2025, numer wydania Dz.U. S: 45/2025, data publikacji: 05/03/2025. W tym samym dniu Zamawiający na stronie internetowej prowadzonego postępowania zamieścił Specyfikację Warunków Zamówienia wraz z załącznikami.
- IV. Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone w postępowaniu o wartości zamówienia wyższej niż progi unijne, określone w art. 3 ustawy Pzp oraz w przepisach Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014 str. 14, z późn. zm.).

- V. O okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął wiadomość w dniu 5 marca 2025 r., w którym zapoznał się z ogłoszeniem o zamówieniu i odnośną Specyfikacją Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) wraz z załącznikami. Niniejsze odwołanie jest wnoszone 17 marca 2025 r., w związku z czym uznać należy, że Odwołujący uczynił zadość wymaganiom art. 515 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp z uwzględnieniem art. 509 ust. 2 ustawy Pzp.
- VI. Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone na czynności Zamawiającego, podjęte oraz zaniechane w toku Postępowania, a polegające na ustaleniu treści SWZ, w tym warunków udziału w postępowaniu, sposobu obliczenia ceny, opisu przedmiotu zamówienia oraz projektu umowy, w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp oraz Kodeksu cywilnego a także w sposób nieproporcjonalny, nieprzejrzysty, nieefektywny, niejednoznaczny, niewyczerpujący, niezapewniający równości stron stosunku zobowiązaniowego oraz niegwarantujący zachowania wzajemności świadczeń i uczciwej konkurencji.
- VII. Przez opisane wyżej czynności i zaniechania Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów prawa wskazanych bezpośrednio poniżej oraz w uzasadnieniu odwołania:
- 1. naruszenie art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp**, poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, tj. doświadczenia, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, naruszający zasadę uczciwej konkurencji, zasadę równego traktowania, zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, w sposób nadmierny i nie znajdujący uzasadnienia w przedmiocie zamówienia, tj. poprzez wymaganie, aby łączna wielkość pracy przewozowej (nie mniej niż 1 300 000 wozokilometrów) została osiągnięta w ramach jednego kontraktu, czyli bez uwzględnienia realiów wykonywania zamówień na świadczenie usług transportu zbiorowego w ramach przewozów regularnych;
- 2. naruszenie art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 134 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp** poprzez niekompletny, niejasny i wewnętrznie sprzeczny sposób obliczenia ceny zawarty w SWZ;

3. naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 441 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 99 ust. 1 i 4 Pzp, poprzez zaniechanie opisanie opcji w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które określają rodzaj i maksymalną wartość opcji oraz okoliczności skorzystania z opcji, a tym samym zaniechanie dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładanych i zrozumiałych określeń oraz w sposób uwzględniający wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie i wycenę oferty, tj. poprzez niejasne, niepełne oraz wewnętrznie sprzeczne opisanie opcji w dokumentach zamówienia, co uniemożliwia dokładne ustalenie kosztów świadczenia Wykonawcy i dokonanie rzetelnej wyceny oferty oraz utrudnia uczciwą konkurencję, jak również **naruszenie art. 353¹ kc, art. 58 § 1 i 2 kc, art. 5 kc, w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp, art. 431 ustawy Pzp** poprzez ukształtowanie postanowień Projektu umowy dotyczących opcji w sposób sprzeczny z ww. przepisami, a tym samym w sposób naruszający naczelne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zasadę przejrzystości i zasadę proporcjonalności (adekwatności), jak również w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przepisami obowiązującego prawa oraz niegwarantujący zachowania wzajemności świadczeń i uczciwej konkurencji;

4. naruszenie art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust 1 ustawy Pzp w związku z art. 431 ustawy Pzp w związku z art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 58 kc, art. 353¹ kc oraz art. 5 kc, poprzez ukształtowanie projektowanych postanowień umowy w zakresie waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w ten sposób, że waloryzacja ta nie uwzględnia w wystarczającym stopniu zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, jak również nie uwzględnia w wystarczającym stopniu, że autobusy typu B i C to autobusy z napędem diesla, natomiast autobusy typu Ce to autobusy zeroemisyjne, czyli autobusy wykorzystujące do napędu energię elektryczną, w tym energię wytworzoną z wodoru w zainstalowanych w nich ogniwach paliwowych, co powoduje, że postanowienia umowy w zakresie waloryzacji mają charakter fasadowy i niepełny, a zatem zostały sformułowane w sposób sprzeczny z przepisami prawa lub zmierzający do ich obejścia, jak również poprzez ukształtowanie projektowanych postanowień umowy w zakresie waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w ten sposób, że maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie

zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, została ustalona na zbyt niskim poziomie, co powoduje, że postanowienia umowy w zakresie waloryzacji mają charakter fasadowy, nie stanowią rzeczywistego zabezpieczenia na wypadek zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia a zatem zostały sformułowane w sposób sprzeczny z przepisami prawa lub zmierzający do ich obejścia;

5. naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 449 ust. 2 ustawy Pzp, a także art. 5 kc, art. 353¹ kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie w projekcie umowy możliwości zatrzymania przez Zamawiającego zabezpieczenia należytego wykonania umowy w części lub w całości także w sytuacji, gdy brak będzie roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, jak również **naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 452 ust. od 8 do 10 ustawy Pzp, a także art. 353¹ kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp**, poprzez bezwzględne wymaganie, aby zabezpieczenie należytego wykonania umowy w formie niepieniężnej zostało wniesione od razu na cały wymagany okres (termin wykonania przedmiotu Umowy + 30 dni), pomimo że okres, na jaki ma zostać wniesione zabezpieczenie, przekracza 5 lat;

6. naruszenie art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 434 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 436 pkt 1 Pzp, a także naruszenie art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2 kc i art. 353¹ kc w związku z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez ukształtowanie postanowień umowy dotyczących prawa Zamawiającego do odstąpienia od umowy w sposób sprzeczny z ww. przepisami, a tym samym w sposób naruszający naczelne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zasadę przejrzystości i zasadę proporcjonalności (adekwatności), jak również w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przepisami obowiązującego prawa oraz niegwarantujący zachowania wzajemności świadczeń i uczciwej konkurencji, tj. niejasne i niezrozumiałe sformułowanie postanowień dotyczących odstąpienia od umowy przez Zamawiającego, jak również **naruszenie art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 395 § 1 kc, art. 58 § 1 i 2 kc i art. 353¹ kc w związku z art. 8 ust. 1 Pzp** poprzez brak wskazania w projekcie umowy terminu na skorzystanie przez Zamawiającego z prawa odstąpienia w części przypadków przewidzianych w projekcie umowy, mimo że skuteczne zastrzeżenie umownego prawa odstąpienia wymaga oznaczenia terminu na skorzystanie z niego;

7. naruszenie art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 434 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 436 pkt 1 Pzp, a także naruszenie art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2 kc i art. 353¹ kc w związku z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez ukształtowanie postanowień umowy dotyczących prawa Zamawiającego do rozwiązania umowy w trybie natychmiastowym bez jej wypowiedzenia w sposób sprzeczny z ww. przepisami, a tym samym w sposób naruszający naczelne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zasadę przejrzystości i zasadę proporcjonalności (adekwatności), jak również w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przepisami obowiązującego prawa oraz niegwarantujący zachowania wzajemności świadczeń i uczciwej konkurencji, tj. poprzez przyznanie Zamawiającemu prawa do rozwiązania umowy w trybie natychmiastowym bez jej wypowiedzenia w przypadku gdy Wykonawca stracił płynność finansową lub nastąpiło zagrożenie płynności finansowej, a Wykonawca nie powiadomił o tym fakcie Zamawiającego, mimo że umowę w sprawie zamówienia publicznego zawiera się na czas określony, a jednostronne rozwiązanie umowy przez Zamawiającego powinno mieć charakter absolutnie wyjątkowy i dopuszczalny wyłącznie w przypadkach, gdy Wykonawca w sposób rażący i uporczywy narusza istotne postanowienia umowy;

8. naruszenie art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp a także art. 483 § 1 kc i art. 353¹ kc w związku z art. 8 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie w projekcie umowy możliwości nałożenia dwóch różnych kar umownych za ten sam przypadek nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego przez Wykonawcę, mimo że zgodnie z art. 483 § 1 kodeksu cywilnego kary umowne mogą być kumulowane, ale tylko jeśli chodzi o kary zastrzeżone za różne postacie nienależytego wykonania zobowiązania;

9. naruszenie art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 433 pkt 2 ustawy Pzp, a także naruszenie art. 483 § 1 kc, art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2 kc i art. 353¹ kc w związku z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez przewidzenie w projekcie umowy kary umownej (w postaci pomniejszenia wynagrodzenia Wykonawcy na podstawie Załącznika numer 8 do umowy) w przypadku niepodpisania aneksu do umowy przez Wykonawcę w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, mimo że zgodnie z obowiązującymi przepisami projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej

prawidłowym wykonaniem a kara umowna ma służyć naprawieniu szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego;

10. naruszenie art. 353¹ kc, art. 58 § 1 i 2 kc, art. 5 kc, w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp, art. 431 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie szeregu postanowień projektu umowy w sposób sprzeczny z ww. przepisami, a tym samym w sposób naruszający naczelne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zasadę przejrzystości i zasadę proporcjonalności (adekwatności), jak również w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przepisami obowiązującego prawa oraz niegwarantujący zachowania wzajemności świadczeń i uczciwej konkurencji, jak również **naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp** poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie i wycenę oferty a także utrudnia uczciwą konkurencję, poprzez narzucenie Wykonawcy obowiązków niemożliwych do wykonania w terminach umownych, które powodują niemożliwy do oszacowania wzrost kosztów realizacji zamówienia a tym samym uniemożliwiają dokonanie rzetelnej wyceny oferty;

11. naruszenie art. 353¹ kc, art. 58 § 1 i 2 kc, art. 5 kc, w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp, art. 431 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie postanowień projektu umowy dotyczących potrącenia wierzytelności w sposób niejasny i wewnętrznie sprzeczny, czyli niezgodnie z ww. przepisami, a tym samym w sposób naruszający naczelne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zasadę przejrzystości i zasadę proporcjonalności (adekwatności), jak również w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przepisami obowiązującego prawa oraz niegwarantujący zachowania wzajemności świadczeń i uczciwej konkurencji.

VIII. W związku z powyższymi zarzutami i wobec naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu, aby:

1) zmienił treść SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,

- 2) dokonałą zmianę SWZ niezwłocznie udostępnił na stronie internetowej prowadzonego postępowania,
- 3) przedłużył termin składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty, tj. o co najmniej 4 tygodnie od dokonania modyfikacji postanowień SWZ,
- 4) ponieważ zmiana treści SWZ będzie prowadzić do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu - aby Zamawiający przekazał Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

IX. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp i kc. Odwołujący posiada wiedzę i doświadczenie dającą rękojmię należytego wykonania zamówienia. Formułując warunki udziału w postępowaniu, sposób obliczenia ceny oraz postanowienia projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego, Zamawiający naruszył natomiast jego podstawowe obowiązki wynikające z obowiązujących przepisów, gdyż m.in. naruszył przepisy ustawy Pzp wskazane w odwołaniu oraz w sposób niezgodny z kc sformułował postanowienia umowne, czym godzi w interes Odwołującego. Skoro treść projektu umowy narusza regulacje Prawa zamówień publicznych oraz kc, Odwołujący ma interes prawny w złożeniu odwołania, jako że chciałby mieć możliwość złożenia najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu oraz chciałby zawrzeć prawidłową i zgodną z powszechnie obowiązującymi przepisami umowę z Zamawiającym, zrealizować przedmiot zamówienia i otrzymać należne wynagrodzenie. Co więcej, niewłaściwie dokonany opis przedmiotu zamówienia powoduje, że przygotowanie oferty w oparciu o rzetelną wycenę uwzględniającą nie tylko koszty, ale i ryzyka, nie jest aktualnie możliwe, co także narusza zasadę uczciwej konkurencji. Brak jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia godzi w interes Odwołującego. W sytuacji, gdy postanowienia SWZ zostały sformułowane w sposób sprzeczny z ustawą, w szczególności gdy Zamawiający wadliwie sformułował warunki udziału oraz opisał przedmiot zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, bez uwzględnienia złożoności i specyfiki przedmiotu zamówienia, Odwołujący nie ma możliwości złożenia oferty konkurencyjnej, spełniającej wszystkie wymagania SWZ i rzetelnie skalkulowanej. W rezultacie Odwołujący nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia i osiągnąć zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (*lucrum cessans*). Powyższe stanowi

wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazuje ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie Odwołującemu złożenie oferty i jej wyboru jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób może wpłynąć na wynik Postępowania.

W orzecznictwie co do zasady należy uznawać za ugruntowany pogląd o szerokim rozumieniu pojęcia interesu w uzyskaniu zamówienia oraz szkody przy kwestionowaniu postanowień SWZ. W przypadku odwołania wobec postanowień specyfikacji warunków zamówienia lub ogłoszenia o zamówieniu, dla uznania istnienia interesu wykonawcy w uzyskaniu zamówienia publicznego, wystarczająca jest jego deklaracja o zainteresowaniu udziałem w postępowaniu o udzielenie tego zamówienia, zaś szkoda, na którą jest narażony, wynika z niedozwolonych postanowień SWZ lub ogłoszenia o zamówieniu. Przykładem tej linii orzeczniczej jest chociażby stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowane w wyroku z dnia 12 sierpnia 2022 r., KIO 1972/22, w którym Izba przyjęła, iż: *„Biorąc pod uwagę, że postępowanie o udzielenie zamówienia znajduje się na etapie zapoznawania się wykonawców z ogłoszeniem o zamówieniu i specyfikacją warunków zamówienia, zatem przed terminem składania ofert, należy uznać, że sam zamiar ubiegania się o zamówienie jest wystarczający do stwierdzenia posiadania przez wykonawcę interesu we wniesieniu odwołania i możliwości poniesienia przez niego szkody z powodu określonych postanowień specyfikacji warunków zamówienia”*.

- X. Odwołujący oświadcza, iż w dniu 17 marca 2025 r. przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania. Zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp niniejsze odwołanie, jako wniesione w formie elektronicznej, zostało przekazane Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

UZASADNIENIE

I Odnosnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp

w związku z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, tj. doświadczenia, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, naruszający zasadę uczciwej konkurencji, zasadę równego traktowania, zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, w sposób nadmierny i nie znajdujący uzasadnienia w przedmiocie zamówienia, tj. poprzez wymaganie, aby łączna wielkość pracy przewozowej (nie mniej niż 1 300 000 wozokilometrów) została osiągnięta w ramach jednego kontraktu, czyli bez uwzględnienia realiów wykonywania zamówień na świadczenie usług transportu zbiorowego w ramach przewozów regularnych, wskazać należy, co następuje.

1. Zamawiający w pkt VIII. SWZ (WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU), ppkt 4., lit. a), wskazał, że stwierdzi, iż Wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu:

„a) w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeśli wykaże on, że: w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje co najmniej jedno (1) zamówienie polegające na świadczeniu przez co najmniej 12 kolejnych miesięcy (w ramach jednego kontraktu) usługi transportu zbiorowego w ramach przewozów regularnych (w rozumieniu art. 4 pkt. 7 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym - Dz. U. z 2024 r. poz. 1539 t.j.) o łącznej wielkości pracy przewozowej nie mniejszej niż 1 300 000 wozokilometrów”.

Nie budzi zastrzeżeń Odwołującego wymaganie, aby wykonawca świadczył przez co najmniej 12 kolejnych miesięcy usługi transportu zbiorowego w ramach przewozów regularnych (w rozumieniu art. 4 pkt. 7 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym - Dz. U. z 2024 r. poz. 1539 t.j.) o łącznej wielkości pracy przewozowej nie mniejszej niż 1 300 000 wozokilometrów. Natomiast wymaganie, aby łączna wielkość pracy przewozowej (nie mniej niż 1 300 000 wozokilometrów) została osiągnięta w ramach jednego kontraktu (jednego zamówienia) jest nadmierne i nieuzasadnione co najmniej z kilku powodów.

Powyższe wymaganie w istotny sposób ogranicza dostęp do udziału w zamówieniu wykonawcom, którzy posiadają wystarczające doświadczenie w świadczeniu usług transportu zbiorowego w ramach przewozów regularnych, gdyż realizują lub zrealizowali przewozy w ilości nie mniejszej niż 1 300 000 wozokilometrów w ciągu 12 miesięcy dla tego samego podmiotu, ale w oparciu o więcej niż jedną umowę (w ramach więcej niż jednego zamówienia). Odwołujący wskazuje, że jest właśnie w takiej sytuacji, tj. realizuje jednocześnie kilka umów zawartych z tym samym podmiotem (tym samym organizatorem publicznego transportu zbiorowego) i na ich podstawie od kilku lat świadczy usługi transportu zbiorowego w ramach przewozów regularnych

(w rozumieniu art. 4 pkt. 7 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym - Dz. U. z 2024 r. poz. 1539 t.j.) o łącznej wielkości pracy przewozowej nie mniejszej niż 1 300 000 wozokilometrów w każdym roku. Doświadczenie posiadane przez Odwołującego jest zatem jak najbardziej adekwatne i wystarczające do realizacji przedmiotowego zamówienia i nie różni się praktycznie niczym od doświadczenia nabytego w ramach jednego kontraktu. To, że Odwołujący uzyskał swoje doświadczenie na podstawie kilku umów zawartych z tym samym podmiotem (tym samym organizatorem publicznego transportu zbiorowego), jest kwestią wyłącznie techniczną i pozbawioną jakiegokolwiek znaczenia jeśli idzie o zakres czy jakość nabytego doświadczenia. Okoliczność, że ww. podmiot zdecydował się zawrzeć osobne umowy na świadczenie usług transportu zbiorowego w ramach przewozów regularnych (udzielić osobnych zamówień), nie ma żadnego wpływu na doświadczenie Odwołującego – Odwołujący wykonuje bowiem usługi transportu zbiorowego w ramach przewozów regularnych o łącznej wielkości pracy przewozowej nie mniejszej niż 1 300 000 wozokilometrów w każdym roku dla tego samego podmiotu, w tym samym czasie i na tym samym terenie, tj. na obszarze, dla którego organizatorem publicznego transportu zbiorowego jest ww. podmiot. Co więcej, decyzja ww. podmiotu o zawarciu kilku osobnych umów na świadczenie usług transportu zbiorowego w ramach przewozów regularnych (udzieleniu osobnych zamówień) była całkowicie niezależna od Odwołującego i wynikała zapewne z tego, że ze względu na art. 91 ust. 2 ustawy Pzp podmiot ten zdecydował się udzielić zamówienia w częściach, z których każda stanowiła przedmiot odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia. Taka sytuacja nie jest zresztą niczym nadzwyczajnym czy niespotykanym w przypadku zamówień na świadczenie usług transportu zbiorowego w ramach przewozów regularnych, zamawiający często bowiem organizują postępowania na obsługę pojedynczych linii autobusowych albo wybranej części linii autobusowych. Obiektywnie sytuacja Odwołującego wygląda natomiast tak, jakby zawarł z ww. podmiotem jedną umowę na świadczenie usług transportu zbiorowego w ramach przewozów regularnych i na jej podstawie wykonywał pracę przewozową o łącznej wielkości nie mniejszej niż 1 300 000 wozokilometrów w każdym roku.

Reasumując, wymaganie, aby łączna wielkość pracy przewozowej (nie mniej niż 1 300 000 wozokilometrów) została osiągnięta w ramach jednego kontraktu (jednego zamówienia), nie ma uzasadnienia i służy wyłącznie pozbawieniu dostępu do zamówienia wykonawcom, którzy posiadają nawet znacznie większe doświadczenie, niż wymagane przez Zamawiającego, ale uzyskane w ramach więcej niż jednego kontraktu. Wykluczenie ww. doświadczenia tylko z ww. powodu jest oczywiście nieproporcjonalne i nadmiernie surowe, zwłaszcza w sytuacji, gdy

wykonawca (tak jak Odwołujący) wykonuje usługi transportu zbiorowego w ramach przewozów regularnych dla tego samego podmiotu, w tym samym czasie i na tym samym terenie.

2. Odwołujący podkreśla, że zgodnie z art. 112 ust. 1 warunki udziału w postępowaniu powinny zostać określone jako **minimalne** poziomy zdolności. Odpowiednio do powyższego w art. 116 ust. 1 ustawy Pzp wskazano, że w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące m.in. **niezbędnego** doświadczenia.

Jak słusznie wskazała Izba w wyroku z dnia 07.03.2023 r., KIO 455/23: „*Celem określenia warunków udziału w postępowaniu jest umożliwienie zamawiającemu dokonanie oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Powinny one zostać określone na minimalnym poziomie, co oznacza, że nie mogą one ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania. Muszą one być określone w powiązaniu z rodzajem zamówienia, jego przedmiotem oraz wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia, w szczególności winny być odpowiednie do stopnia złożoności, zakresu oraz przeznaczenia przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że nie mogą one być określone na zbyt wysokim poziomie, który nie jest uzasadniony potrzebami zamawiającego.*”

Analogiczne stanowisko wyraził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku 13.07.2017 r. w sprawie C-76/16: „*Przy tym z art. 44 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/18 wyraźnie wynika, że minimalne zdolności wymagane w przypadku konkretnego zamówienia muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego. Co za tym idzie, wymagania w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej powinny być obiektywnie odpowiednie do tego, by dostarczyć informacji na temat zdolności do wykonania zamówienia przez wykonawcę, i muszą być dostosowane do wagi danego zamówienia w tym sensie, żeby obiektywnie stanowiły pozytywne wskazanie istnienia bazy ekonomicznej i finansowej wystarczającej do wykonania tego zamówienia, **lecz nie mogą wykraczać poza to, co jest racjonalnie niezbędne w tym celu** (zob. podobnie wyrok z dnia 18 października 2012 r., *Édukövízig i Hochtief Construction*, C-218/11, EU:C:2012:643, pkt 29).*”

W nawiązaniu do powyższych orzeczeń Odwołujący wskazuje, że sformułowany przez Zamawiającego warunek dotyczący doświadczenia nie został określony na minimalnym poziomie i w oczywisty sposób wykracza poza to, co jest racjonalnie niezbędne w celu wykonania przedmiotowego zamówienia. W rezultacie warunek ten ogranicza dostęp do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania, których jedyną „winą” jest to, że określony podmiot (organizator publicznego transportu zbiorowego) zdecydował się zawrzeć

osobne umowy na świadczenie usług transportu zbiorowego w ramach przewozów regularnych (udzielić osobnych zamówień).

3. Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, **Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu, aby zmodyfikował warunek dotyczący doświadczenia, tj. nadał mu następującą treść:**

„a) w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeśli wykaże on, że: w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje co najmniej jedno (1) albo więcej zamówień polegających na świadczeniu przez co najmniej 12 kolejnych miesięcy (w ramach jednego kontraktu albo w ramach większej liczby kontraktów zawartych z tym samym podmiotem i realizowanych w tym samym czasie) usługi transportu zbiorowego w ramach przewozów regularnych (w rozumieniu art. 4 pkt. 7 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym - Dz. U. z 2024 r. poz. 1539 t.j.) o łącznej wielkości pracy przewozowej nie mniejszej niż 1 300 000 wozokilometrów”.

W ocenie Odwołującego dopuszczenie doświadczenia nabytego w ramach kilku kontraktów zawartych z tym samym podmiotem i realizowanych w tym samym czasie w wystarczający sposób zabezpieczy interesy Zamawiającego.

II Odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 134 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez niekompletny, niejasny i wewnętrznie sprzeczny sposób obliczenia ceny zawarty w SWZ, wskazać należy, co następuje.

1. Zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp Zamawiający powinien opisać w SWZ sposób obliczenia ceny. Jak słusznie wskazuje się w literaturze przedmiotu *„Jest to bardzo istotny element SWZ, gdyż właściwe wskazanie, jakie elementy powinny zostać wzięte pod uwagę przy wyliczeniu ceny, a także jak, co do zasady, ta cena powinna zostać skalkulowana, ma znaczenie zarówno dla możliwości późniejszego porównania ofert, jak i dla chociażby zbadania, czy cena nie ma charakteru rażąco niskiej ceny. Ocena przesłanki odrzucenia oferty z powodu błędów w obliczeniu ceny (art. 226 ust. 1 pkt 10 PZP) bardzo często odbywa się właśnie w kontekście wytycznych zawartych w tej części SWZ.”*¹

2. Zamawiający w pkt XV. SWZ (OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY) wskazał, że:

¹ M. Jaworska (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 6, Warszawa 2025

„1. Cena ofertowa brutto podana w Formularzu ofertowym (obliczona na podstawie Formularza cenowego – Załącznik nr 3.1 do SWZ) jest sumą wartości zamówienia podstawowego, opcji oraz podatku VAT.

2. Wartość zamówienia podstawowego jest sumą wartości poszczególnych lat obowiązywania umowy wyliczonych jako suma iloczynów poszczególnych cen jednostkowych 1 wozokilometra dla każdego typu taboru w danym roku i liczby wozokilometrów z Formularza cenowego będącego załącznikiem do Formularza ofertowego (sposób wyliczenia zawarty jest w formularzu cenowym).

3. Wartość zamówienia opcji jest sumą wartości poszczególnych lat obowiązywania umowy wyliczonych jako suma iloczynów poszczególnych cen jednostkowych 1 wozokilometra dla każdej średniej ceny wozokilometra w danym roku i liczby wozokilometrów z Formularza cenowego (obliczona na podstawie Formularza cenowego opcji – Załącznik nr 3.2 do SWZ) będącego załącznikiem do Formularza ofertowego (sposób wyliczenia zawarty jest w formularzu cenowym).

4. W celu obliczenia ogólnej ceny oferty, tj. Co Wykonawca określi w „Formularzu oferty” – Załącznik nr 3 do SWZ, cenę jednostkową (netto oraz brutto)- jednego wozokilometra świadczonej usługi przewozowej, następnie należy pomnożyć odpowiednio: cenę jednostkową brutto (tj. z podatkiem VAT liczoną wg stawki 8%) jednego wozokilometra świadczonej usługi przewozowej przez przewidywaną maksymalną liczbę tych wozokilometrów dla każdego roku i typu taboru.

5. Podana w ofercie cena musi uwzględniać wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SWZ i obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu umowy.”

Jak wynika z powyższego Zamawiający z jednej strony odesłał do Formularza cenowego (Załącznik nr 3.1 do SWZ) dotyczącego zamówienia podstawowego oraz do Formularza cenowego opcji (Załącznik nr 3.2 do SWZ), z drugiej strony wskazał natomiast, że w celu obliczenia ogólnej ceny oferty, tj. Co, wykonawca ma określić w Formularzu oferty (Załącznik nr 3 do SWZ) cenę jednostkową (netto oraz brutto) jednego wozokilometra świadczonej usługi przewozowej, a następnie pomnożyć odpowiednio: cenę jednostkową brutto (tj. z podatkiem VAT liczoną wg stawki 8%) jednego wozokilometra świadczonej usługi przewozowej przez przewidywaną maksymalną liczbę tych wozokilometrów dla każdego roku i typu taboru.

Odwołujący wskazuje zatem, że we wzorze Formularza oferty (Załącznik nr 3 do SWZ) Zamawiający odnośnie ceny oferty wskazał, że należy podać:

1. **Cena oferty** obliczona wg sposobu przedstawionego w dziale XV SWZ (wyliczona w Formularzu cenowym obejmująca zadanie podstawowe i opcje)

brutto:.....

(słownie: zł /100)

netto:

(słownie:..... zł /100)

Stawka podatku VAT wynosi %

W tym:

Cena jednostkowa za 1 (jeden) wozokilometr autobusu typu C (Cc) wynosi

zł (słownie:.....zł /100), w tym cena jednostkowa nie uwzględniająca

podatku VAT za 1 (jeden) wozokilometr autobusu typu C wynosi

.....zł

(słownie: zł /100), podatek VAT czyli zł, (słownie:

.....zł.... /100)

Zatem w Formularzu Ofertowym przewidziano miejsce tylko dla podania stawki za 1 wozokilometr autobusu typu C. Tymczasem w Formularzu cenowym (Załącznik nr 3.1 do SWZ) trzeba podać jeszcze stawki za autobus typu B i za autobus typu Ce. Tego nie sposób pogodzić z określonym w pkt XV. SWZ ppkt 4 sposobem obliczenia ogólnej ceny oferty, tj. Co. Z jednej strony Zamawiający w Formularzu Ofertowym przewidział miejsce tylko na podanie stawki za 1 wozokilometr autobusu typu C i na jej podstawie nakazał skalkulować cenę, z drugiej strony w Formularzu cenowym (Załącznik nr 3.1 do SWZ) trzeba podać jeszcze stawki za autobus typu B i za autobus typu Ce i każdej z tych stawek użyć do wyliczenia ceny oferty. Nie tylko zatem, że Formularz Ofertowy jest niespójny z Formularzem cenowym (Załącznik nr 3.1 do SWZ), to jeszcze Zamawiający zawarł w SWZ wykluczające się nakazy co do stawek, które należy zastosować w celu obliczenia ogólnej ceny oferty: według pkt XV., ppkt 4 SWZ należy do tego zastosować wyłącznie stawkę za 1 wozokilometr autobusu typu C, natomiast według Formularza cenowego (Załącznik nr 3.1 do SWZ) – także stawki za autobus typu B i za autobus typu Ce.

Odwołujący wyjaśnia tutaj, że autobusy typu B, C i Ce różnią się od siebie w zasadniczy sposób i nie jest możliwe sensowne skalkulowanie dla nich jednej, wspólnej stawki za 1 wozokilometr. Przede wszystkim autobusy typu B i C to autobusy z napędem diesla, natomiast autobusy typu Ce to autobusy zeroemisyjne, czyli autobusy wykorzystujące do napędu energię elektryczną, w tym energię wytworzoną z wodoru w zainstalowanych w nich ogniwach

paliwowych (patrz załącznik numer 1a do Umowy). Cena zakupu autobusu zeroemisyjnego jest znacznie wyższa niż cena zakupu autobusu z napędem diesla, zupełnie różne są też koszty eksploatacji takich autobusów. Ponadto autobus typu B to autobus MIDI, tj. o długości całkowitej w przedziale 9,2 m – 10,65 m, natomiast autobus typu C to autobus MAXI, tj. o długości całkowitej w przedziale 10,651 m – 12,20 m, czyli dużo większy (patrz Załącznik numer 2 do Umowy). Te autobusy różnią się także liczbą miejsc pasażerskich siedzących i stojących, liczbą foteli dla osób o ograniczonej mobilności, liczbą miejsc wyznaczonych na wózek inwalidzki, liczbą miejsc wyznaczonych na wózek dziecięcy, liczbą składanych foteli pasażerskich i szeregiem innych parametrów. Generalnie autobusy typu C są znacznie droższe od autobusów typu B, zarówno jeśli idzie o cenę zakupu jak i koszty eksploatacji, przede wszystkim koszty paliwa. Różne też są przewidywane ilości wżkm (pracy przewozowej) do wykonania w poszczególnych latach i w czasie całego zamówienia dla poszczególnych typów autobusów. Ilości te bezpośrednio wpływają na wyliczenie ceny oferty, która jest podstawowym kryterium oceny oferty.

Wreszcie wskazać trzeba, że nakaz zawarty w pkt XV., ppkt 4 SWZ, zgodnie z którym: „następnie należy pomnożyć odpowiednio: cenę jednostkową brutto (tj. z podatkiem VAT liczoną wg stawki 8%) jednego wozokilometra świadczonej usługi przewozowej przez przewidywaną maksymalną liczbę tych wozokilometrów dla każdego roku i typu taboru” jest sprzeczny z nakazami zawartymi w pkt XV., ppkt 2 i 3 SWZ. Zamawiający wskazał tam bowiem, że:

„2. Wartość zamówienia podstawowego jest sumą wartości poszczególnych lat obowiązywania umowy wyliczonych jako suma iloczynów poszczególnych cen jednostkowych 1 wozokilometra dla każdego typu taboru w danym roku i liczby wozokilometrów z Formularza cenowego”

oraz że:

„3. Wartość zamówienia opcji jest sumą wartości poszczególnych lat obowiązywania umowy wyliczonych jako suma iloczynów poszczególnych cen jednostkowych 1 wozokilometra dla każdej średniej ceny wozokilometra w danym roku i liczby wozokilometrów z Formularza cenowego (obliczona na podstawie Formularza cenowego opcji – Załącznik nr 3.2 do SWZ)”

Reasumując, w Formularzu ofertowym należy zatem podać jedną cenę jednostkową brutto jednego wozokilometra świadczonej usługi przewozowej, ale w Załączniku nr 3.1 – już **trzy różne ceny jednostkowe 1 wozokilometra, tj. ceny jednostkowe 1 wozokilometra dla każdego typu taboru (B, C, Ce)**. Ponadto Zamawiający zarówno w Formularzu cenowym (Załącznik nr 3.1 do SWZ) jak i w Formularzu cenowym opcji – Załącznik nr 3.2 do SWZ) wskazał jasno i wyraźnie, że: „!!! Wszystkie ceny są cenami netto, przed wpisaniem wartości do

Formularza ofertowego należy doliczyć również podatek VAT !!!. Zatem opisany w pkt XV., ppkt 4 SWZ sposób obliczenia stoi w rażącej sprzeczności z pozostałymi postanowieniami SWZ dotyczącymi tej kwestii.

3. Biorąc pod uwagę okoliczności wskazane powyżej, **Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu, aby:**

1) zmodyfikował Formularz oferty (Załącznik nr 3 do SWZ) poprzez wprowadzenie w nim miejsca na podanie ceny jednostkowej za 1 (jeden) wozokilometr autobusu typu B oraz ceny jednostkowej za 1 (jeden) wozokilometr autobusu typu Ce;

2) zmodyfikował pkt XV., ppkt 4 SWZ poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„4. W celu obliczenia ogólnej ceny oferty, tj. Co Wykonawca określi w „Formularzu oferty” – Załącznik nr 3 do SWZ, ceny jednostkowe (netto oraz brutto) 1 wozokilometra dla każdego typu taboru.”

4. Jak to już podniesiono powyżej, w opisie sposobu obliczenia ceny Zamawiający odesłał wykonawców do Formularza cenowego (Załącznik nr 3.1 do SWZ) dotyczącego zamówienia podstawowego oraz do Formularza cenowego opcji (Załącznik nr 3.2 do SWZ). Z kolei w Formularzu cenowym (Załącznik nr 3. 1 do SWZ) Zamawiający wskazał, że: *„Wykonawca wypełnia tylko komórki zaznaczone żółtym kolorem, do 2 miejsc po przecinku oznacza zaokrąglenie otrzymanej wartości do 2 miejsc po przecinku.”*

W pierwszej kolejności w Formularzu cenowym trzeba podać następujące stawki:

Wpisana w ofercie stawka za autobus typu B (aktualna na dzień składania ofert)	
Wpisana w ofercie stawka za autobus typu C (aktualna na dzień składania ofert)	
Wpisana w ofercie stawka za autobus typu Ce (aktualna na dzień składania ofert)	

Trzeba też podkreślić, że Zamawiający ani Formularzu cenowym, ani w pkt XV. SWZ, nie dał żadnych wytycznych jak skalkulować ww. stawki. Zamawiający ograniczył się do ogólnego wskazania pkt XV. SWZ, że:

„5. Podana w ofercie cena musi uwzględniać wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SWZ i obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu umowy.”

W świetle powyższego należałoby zatem przyjąć, że konkretny sposób wyliczenia ww. stawek został pozostawiony do uznania wykonawcy i że ww. stawki może wyliczyć tak, jak chce, byleby tylko uwzględniały one wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SWZ i obejmowały wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu umowy.

W projekcie umowy (Załącznik nr 1 do SWZ), w § 4 Zasady rozliczeń, ust. 2 Zamawiający wskazał, że: „Z tytułu wykonywania przedmiotu Umowy w zakresie przewozów podstawowych, okresowych i dodatkowych (każdy rodzaj przewozów powinien być wyróżniony jako osobna pozycja na fakturze) Wykonawca otrzymuje wynagrodzenie będące iloczynem rzeczywistej liczby wozokilometrów zrealizowanych (za wozokilometry niezrealizowane uznaje się również odcinki obejmujące odjazdy niezrealizowane, określone w Załączniku numer 4) w danym miesiącu i stawki za 1 wozokilometr, określonej w Załączniku numer 8 z uwzględnieniem typu taboru w oparciu o obowiązujące rozkłady jazdy oraz z uwzględnieniem zasad, o których mowa w Załączniku numer 9.”

Jest zatem jasne, że wynagrodzenie wykonawcy będzie wyliczane w oparciu o stawki określone w Załączniku nr 8 do umowy. Natomiast w Załączniku nr 8 do umowy stawki za poszczególne typy taboru zostały powiązane ze sobą, tj.:

„Stawki wynagrodzenia:

1. Dla kursów poprawnie zrealizowanych

Autobusy o napędzie konwencjonalnym:

- 1.1. Cena jednego wozokilometra autobusu typu C – ... złotych netto.
- 1.2. Cena jednego wozokilometra autobusu typu A – **0,80** x cena złotych netto autobusu typu C – ... złotych netto.
- 1.3. Cena jednego wozokilometra autobusu typu B – **0,90** x cena złotych netto autobusu typu C – ... złotych netto.
- 1.4. Cena jednego wozokilometra autobusu typu D – **1,25** x cena złotych netto autobusu typu C – ... złotych netto.
- 1.5. Cena jednej wozogodziny autobusu typu C – 10 x cena netto jednego wozokilometra typu C – ... złotych netto.
- 1.6. Cena jednej wozogodziny autobusu typu A – 10 x cena netto jednego wozokilometra typu A – ... złotych netto.
- 1.7. Cena jednej wozogodziny autobusu typu B – 10 x cena netto jednego wozokilometra typu B – ... złotych netto.

1.8. *Cena jednej wozogodziny autobusu typu D – 10 x cena netto jednego wozokilometra typu D – ... złotych netto.*

Autobusy o napędzie zeroemisyjnym:

1.9. *Cena jednego wozokilometra autobusu typu Ce – 1,15 x cena złotych netto autobusu typu C – ... złotych netto.*

1.10. *Cena jednego wozokilometra autobusu typu De – 1,35 x cena złotych netto autobusu typu C – ...złotych netto.*

1.11. *Cena jednej wozogodziny autobusu typu Ce – 10 x cena netto jednego wozokilometra typu Ce – ... złotych netto.*

1.12. *Cena jednej wozogodziny autobusu typu De – 10 x cena netto jednego wozokilometra typu De.”*

Z powyższego wynika w sposób oczywisty, że wszystkie stawki / ceny jednego wozokilometra dla autobusów innego typu niż C to iloczyn ceny jednego wozokilometra autobusu typu C i przyjętego przez Zamawiającego współczynnika (0,8; 0,9; 1,15; 1,35). Ponadto już teraz trzeba zaznaczyć, że Zamawiający chce też zmodyfikować stawkę / cenę jednego wozokilometra podaną przez wykonawcę dla autobusu typu C, co wynika z formuł wprowadzonych przez Zamawiającego w Formularzu cenowym (Załącznik nr 3.1 do SWZ), o czym więcej w dalszej części odwołania.

Odwołujący wskazuje zatem, że nie zostało wyjaśnione przez Zamawiającego w żaden sposób, czy wykonawca, wskazując w ofercie stawki za autobus typu B i Ce (aktualne na dzień składania ofert) ma uwzględnić zasady obliczania tych stawek podane w Załączniku nr 8 do umowy, czyli to, że wszystkie stawki / ceny jednego wozokilometra dla autobusów innego typu niż C to iloczyn ceny jednego wozokilometra autobusu typu C i przyjętego przez Zamawiającego współczynnika. Innymi słowy nie wiadomo, czy wykonawcy, kalkulując stawki za autobus typu B i Ce, mają uwzględniać narzucone przez Zamawiającego proporcje tych stawek względem stawki za autobus typu C.

W ocenie Odwołującego jest oczywiste, że Zamawiający nie ma prawa narzucać wykonawcom obowiązku zachowania określonych proporcji stawek za autobus typu B i Ce względem stawki za autobus typu C. Wyliczenie stawek za autobus typu B i Ce, tak samo jak stawki za autobus typu C, należy do wykonawcy i wyłącznie do wykonawcy, gdyż to tylko wykonawca wie ile musi wynosić dana stawka, aby móc z niej pokryć wszelkie koszty, jakie poniesie z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu umowy, w tym koszty spełnienia wszystkich wymagań Zamawiającego określonych w SWZ.

Trzeba też raz jeszcze wskazać, że autobusy typu B, C i Ce różnią się od siebie w zasadniczy sposób i brak jest jakichkolwiek podstaw do tego, aby narzucać wykonawcom, że cena jednego wozokilometra autobusu typu B ma wynosić akurat $0,90 \times$ cena złotych netto autobusu typu C, a cena jednego wozokilometra autobusu typu Ce – akurat $1,15 \times$ cena złotych netto autobusu typu C. Te proporcje są wzięte „z sufitu”, nie mają żadnego uzasadnienia, nie odzwierciedlają też faktycznych kosztów jednego wozokilometra autobusu typu B i Ce. **Co jednak najważniejsze, Zamawiający ma prawo i obowiązek opisać w SWZ sposób obliczenia ceny, ale nie ma prawa narzucać wykonawcom wysokości cen. Tymczasem Zamawiający w odniesieniu do wskazanych w Załączniku nr 8 do umowy stawek za autobus typu B i Ce oraz pozostałych stawek / cen jednego wozokilometra dla autobusów innego typu niż C to właśnie robi!**

5. Biorąc pod uwagę okoliczności wskazane powyżej, **Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu, aby zmodyfikował Załącznik nr 8 do umowy poprzez usunięcie z niego wszystkich postanowień wskazujących na to, że stawki / ceny jednego wozokilometra dla autobusów innego typu niż C to iloczyn ceny jednego wozokilometra autobusu typu C i przyjętego przez Zamawiającego współczynnika, tj. nadanie Załącznikowi nr 8 do umowy w pkt 1. następującego brzemienia:**

„Stawki wynagrodzenia:

1. Dla kursów poprawnie zrealizowanych

Autobusy o napędzie konwencjonalnym:

- 1.1. *Cena jednego wozokilometra autobusu typu C – ... złotych netto.*
- 1.2. *Cena jednego wozokilometra autobusu typu A – ... złotych netto.*
- 1.3. *Cena jednego wozokilometra autobusu typu B – ... złotych netto.*
- 1.4. *Cena jednego wozokilometra autobusu typu D - ... złotych netto.*
- 1.5. *Cena jednej wozogodziny autobusu typu C – $10 \times$ cena netto jednego wozokilometra typu C – ... złotych netto.*
- 1.6. *Cena jednej wozogodziny autobusu typu A – $10 \times$ cena netto jednego wozokilometra typu A – ... złotych netto.*
- 1.7. *Cena jednej wozogodziny autobusu typu B – $10 \times$ cena netto jednego wozokilometra typu B – ... złotych netto.*
- 1.8. *Cena jednej wozogodziny autobusu typu D – $10 \times$ cena netto jednego wozokilometra typu D – ... złotych netto.*

Autobusy o napędzie zeroemisyjnym:

- 1.9. *Cena jednego wozokilometra autobusu typu Ce - ... złotych netto.*
- 1.10. *Cena jednego wozokilometra autobusu typu De – ...złotych netto.*
- 1.11. *Cena jednej wozogodziny autobusu typu Ce – 10 x cena netto jednego wozokilometra typu Ce – ... złotych netto.*
- 1.12. *Cena jednej wozogodziny autobusu typu De – 10 x cena netto jednego wozokilometra typu De.”*

6. W Formularzu cenowym (Załącznik nr 3.1 do SWZ) Zamawiający zamieścił również następującą tabelkę:

Typ autobusu	Stawka za 1 wzkm	Przepisana wartość stawki - do 2 miejsc po przecinku	<u>Stawki które, będą wpisane w Załączniku nr 8 do Umowy. Według nich będzie rozliczona bieżąca praca przewozowa</u>
Typ A 2025	0,00		
Typ B 2025	0,00		
Typ C 2025	0,00		
Typ Ce 2025	0,00		
Typ D 2025	0,00		
Typ De 2025	0,00		

Odwołujący podkreśla, że to z tej tabelki zostaną wzięte stawki, które będą wpisane w Załączniku nr 8 do Umowy. Według nich będzie też rozliczona bieżąca praca przewozowa. Zatem to zawartość tej tabelki będzie rozstrzygać według jakich stawek będzie obliczane wynagrodzenie wykonawcy.

Odwołujący wskazuje ponadto, że z formuł zastosowanych przez Zamawiającego w pliku .xlsx (Excel), zawierającym Formularz cenowy, w tym ww. tabelkę, wynika, że wiersze w kolumnie „Stawka za 1 wzkm” wypełnią się automatycznie po podaniu przez wykonawcę stawek za autobus typu B, typu C i typu Ce (aktualnych na dzień składania ofert), czyli po wypełnieniu poniższej tabelki:

Wpisana w ofercie stawka za autobus typu B (aktualna na dzień składania ofert)	

Wpisana w ofercie stawka za autobus typu C (aktualna na dzień składania ofert)	
Wpisana w ofercie stawka za autobus typu Ce (aktualna na dzień składania ofert)	

Zamawiający w wierszach w kolumnie „Stawka za 1 wzkm” zastosował bowiem następujące formuły:

Typ autobusu	Stawka za 1 wzkm
Typ A 2025	=J16*0,8
Typ B 2025	=(J16*0,9)
Typ C 2025	=((G12*E35)+(G14*E36)+(G16*E37))/((0,9*E35)+(E36)+(1,15*E37))
Typ Ce 2025	=J16*1,15
Typ D 2025	=(J16*1,25)
Typ De 2025	=J16*1,35

Przykładowo zatem, po wpisaniu stawki za autobus typu B, C i Ce (aktualnych na dzień składania ofert), czyli wypełnieniu tabelki ze stawkami w następujący sposób:

Wpisana w ofercie stawka za autobus typu B (aktualna na dzień składania ofert)	10,00 zł
Wpisana w ofercie stawka za autobus typu C (aktualna na dzień składania ofert)	15,00 zł
Wpisana w ofercie stawka za autobus typu Ce (aktualna na dzień składania ofert)	20,00 zł

automatycznie wypełnia się także ta tabelka:

Typ autobusu	Stawka za 1 wzkm	Przepisana wartość stawki - do 2 miejsc po przecinku	Stawki które, będą wpisane w Załączniku nr 8 do Umowy. Według nich będzie rozliczona bieżąca praca przewozowa
Typ A 2025	11,79		
Typ B 2025	13,27		
Typ C 2025	14,74		
Typ Ce 2025	16,95		
Typ D 2025	18,42		

Typ De 2025

19,90

Jak widać, stawki za autobus typu B, C i Ce w powyższych dwóch tabelkach nie zgadzają się ze sobą. W stawkach, które będą wpisane w Załączniku nr 8 do Umowy i według których będzie rozliczona bieżąca praca przewozowa, **stawka za autobus typu B jest wyższa (13,27 zł), natomiast stawka za autobus typu C jest niższa (14,74 zł) i również stawka za autobus typu Ce (16,95 zł) jest niższa w stosunku do stawek, które wpisano wcześniej, czyli odpowiednio 10 zł, 15 zł i 20 zł.** Takie różnice wystąpią **zawsze**, gdyż wynika to z formuł, które Zamawiający zastosował w tej części Załącznika nr 3.1 do SWZ. Dlaczego Zamawiający zastosował takie formuły, skąd się one wzięły i na czym się opierają – nie wiadomo. Zamawiający w żaden sposób tego nie wyjaśnił. **Szczególnie oburzające i zarazem bardzo niebezpieczne dla wykonawców jest to, że wpisane w ofercie przez wykonawcę stawki za autobus typu C i Ce (aktualne na dzień składania ofert), ze względu na formuły, które Zamawiający zastosował w tej części Załącznika nr 3.1 do SWZ, zostaną automatycznie przeliczone na niższe stawki. W rezultacie stawki, które będą wpisane w Załączniku nr 8 do Umowy i według których będzie rozliczona bieżąca praca przewozowa, będą się zawsze różnić od stawek podanych przez wykonawcę w ofercie, a w przypadku stawek za autobus typu C i Ce będą niższe od stawek podanych przez wykonawcę w ofercie.**

Z formuł, które Zamawiający zastosował w tabelce ze stawkami, które będą wpisane w Załączniku nr 8 do Umowy i według których będzie rozliczona bieżąca praca przewozowa, wynika, że stawki dla autobusów innego typu niż C to iloczyny stawki dla autobusu typu C i przyjętego przez Zamawiającego współczynnika (0,8; 0,9; 1,15 itd.), czyli tak samo jak w Załączniku nr 8 do umowy. **Natomiast formuła, przyjęta przez Zamawiającego w ww. tabelce dla wyliczenia stawki dla autobusu typu C, tj.:**

Typ C 2025	$=((G12 * E35) + (G14 * E36) + (G16 * E37)) / ((0,9 * E35) + (E36) + (1,15 * E37))$
------------	---

nie ma żadnego oparcia w postanowieniach SWZ. Nie wiadomo dlaczego Zamawiający zastosował taką formułę, skąd się ona wzięła i na czym się opiera. Zamawiający w żaden sposób tego nie wyjaśnił. W świetle postanowień Załącznika nr 8 do umowy podaną w nim stawkę dla autobusu typu C (cenę jednego wozokilometra autobusu typu C) po prostu przepisuje się z oferty wykonawcy, bez żadnych przeliczeń, czyli powinna to być ta sama stawka, co wpisana w ofercie stawka za autobus typu C (aktualna na dzień składania ofert).

Reasumując, Zamawiający w Formularzu cenowym (Załącznik nr 3.1 i do SWZ) nakazuje wykonawcy wpisanie skalkulowanych przez niego stawek dla poszczególnych grup taborowych

(autobusy typu B, C i Ce) ale do Umowy (Załącznik numer 8) będzie przyjmować ceny jednostkowe wzkm nieodpowiadające cenom podanym przez wykonawcę, tylko wyliczone na podstawie przyjętych przez Zamawiającego formuł. W szczególności stawka dla autobusu typu C, która ma zostać wpisana do Załącznika nr 8, to arytmetyczna wielkość odpowiadająca średnioważonej stawce autobusów typu B, C i Ce (uwzględniająca wzkm wykonywane przez poszczególne typy autobusów). Jest to całkowicie niezrozumiałe i niesprawiedliwe dla wykonawcy, ponieważ ceny przyjęte do Umowy nie będą odpowiadać kosztom wykonawcy związanym z realizacją przewozów w danej grupie taborowej. Raz jeszcze trzeba też wskazać, że Zamawiający ma prawo i obowiązek opisać w SWZ sposób obliczenia ceny, ale nie ma prawa narzucać wykonawcom wysokości cen. Tymczasem Zamawiający w odniesieniu do stawek za autobusy wszystkich typów, w tym również typu C, to właśnie robi!

7. Biorąc pod uwagę okoliczności wskazane powyżej, **Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu**, aby zmodyfikował Formularz cenowy (Załącznik nr 3.1 do SWZ) poprzez usunięcie z tabelki ze stawkami, które będą wpisane w Załączniku nr 8 do Umowy i według których będzie rozliczona bieżąca praca przewozowa, wszystkich formuł zastosowanych w kolumnie „Stawka za 1 wzkm”, tak aby wykonawca mógł w tej kolumnie samodzielnie i bez żadnych przeliczeń narzuconych przez Zamawiającego podać stawki, które będą wpisane w Załączniku nr 8 do Umowy i według których będzie rozliczona bieżąca praca przewozowa.

III Odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 441 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 99 ust. 1 i 4 Pzp, poprzez zaniechanie opisanie opcji w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które określają rodzaj i maksymalną wartość opcji oraz okoliczności skorzystania z opcji, a tym samym zaniechanie dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładanych i zrozumiałych określeń oraz w sposób uwzględniający wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie i wycenę oferty, tj. poprzez niejasne, niepełne oraz wewnętrznie sprzeczne opisanie opcji w dokumentach zamówienia, co uniemożliwia dokładne ustalenie kosztów świadczenia Wykonawcy i dokonanie rzetelnej wyceny oferty oraz utrudnia uczciwą konkurencję, jak również **naruszenie art. 353¹ kc, art. 58 § 1 i 2 kc, art. 5 kc, w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp, art. 431 ustawy Pzp** poprzez ukształtowanie postanowień Projektu umowy dotyczących opcji w sposób sprzeczny z ww. przepisami, a tym samym w sposób naruszający naczelne zasady

prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zasadę przejrzystości i zasadę proporcjonalności (adekwatności), jak również w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przepisami obowiązującego prawa oraz niegwarantujący zachowania wzajemności świadczeń i uczciwej konkurencji, wskazać należy, co następuje.

1. Zgodnie z art. 441 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może skorzystać z opcji, jeżeli przewidział opcję w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które łącznie spełniają następujące warunki:

1) określają rodzaj i maksymalną wartość opcji;

2) określają okoliczności skorzystania z opcji;

3) nie modyfikują ogólnego charakteru umowy.

Powyższe, ustawowe wymagania co do opisu opcji w dokumentach zamówienia mają zasadnicze znaczenie, gdyż zgodnie z art. 441 ust. 2 ustawy Pzp czynności dokonane na podstawie postanowień umownych przewidujących opcje z naruszeniem art. 442 ust. 1 ustawy Pzp podlegają unieważnieniu.

Odwotujący nie kwestionuje co do samej zasady możliwości przewidzenia przez Zamawiającego prawa opcji, wskazuje jednak, że opis opcji w dokumentach zamówienia został dokonanych z naruszeniem przepisów wskazanych powyżej.

2. Zamawiający, opisując opcję w pkt III OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA, ppkt 8 SWZ, ograniczył się do skrótowego wskazania, że:

„Zamawiający przewiduje prawo do skorzystania z opcji obejmującej do 7,60% łącznej przewidywanej wielkości pracy przewozowej wyrażonej w wozokilometrach, o której mowa w § 1 ust. 2 pkt 2.1 projektu Umowy, w szczególności w przypadkach uruchomienia autobusów dodatkowych, realizacji dodatkowych kursów, w tym także w ramach istniejących, bądź nowych linii lub zmian trasy i typu taboru.

O zamiarze każdorazowego skorzystania z opcji Zamawiający poinformuje Wykonawcę pisemnie z minimum 90-dniowym wyprzedzeniem, przy czym w przypadku zaistnienia nagłych lub niezależnych od Zamawiającego potrzeb uruchomienia dodatkowej komunikacji lub za obustronną zgodą Stron termin ten może ulec skróceniu. Szczegółowy opis skorzystania z Prawa Opcji został zawarty w § 14 Projektu umowy.”

Z kolei w projekcie umowy (Załącznik nr 1 do SWZ), w § 14 Opcja, w ust. 1., Zamawiający wskazał, że:

„1. Zamawiający ma prawo do skorzystania z opcji obejmującej do 7,60% łącznej przewidywanej wielkości pracy przewozowej wyrażonej w wozokilometrach, o której mowa w § 1 ust. 2. pkt 2.1 Umowy w szczególności w przypadkach uruchomienia autobusów dodatkowych, realizacji dodatkowych kursów, w tym także w ramach istniejących, bądź nowych linii lub zmian trasy i typu taboru.”

Z kolei w § 1 ust. 2. pkt 2.1 projektu umowy Zamawiający wskazał, że:

„2. Usługi przewozowe obejmują:

2.1 przewozy podstawowe realizowane na trasach podstawowych linii komunikacyjnych w wymiarze około 14 533 000 wozokilometrów łącznie, z zastrzeżeniem §_3 ust. 5;”

Z powyższych postanowień wynika w oczywisty sposób, że 14.533.000 wzkm **to zamówienie podstawowe bez opcji**, a opcja to 7,60% liczone od 14.533.000 wzkm, czyli **dodatkowe** 1.104.508 wzkm, które mogą, ale nie muszą zostać zlecone przez Zamawiającego do wykonania. Powyższy wniosek wynika także z szeregu innych postanowień projektów umowy, np.:

1) „§ 1

Postanowienia ogólne

(...)

2. Usługi przewozowe obejmują:

2.1 przewozy podstawowe realizowane na trasach podstawowych linii komunikacyjnych w wymiarze około 14 533 000 wozokilometrów łącznie, z zastrzeżeniem §_3 ust. 5;

2.2 przewozy okresowe realizowane na trasach objazdowych, o których mowa w § 3 ust. 2;

2.3 przewozy specjalne, o których mowa w ust. § 3 ust. 3;

2.4 przewozy dodatkowe, o których mowa w ust. § 3 ust. 4.”

2) „§ 3

Warunki realizacji usług objętych umową

*1. **Przewozy podstawowe**, to przewozy realizowane na trasach podstawowych linii (aktualnych na dzień rozpoczęcia świadczenia usług na danej linii) z wykorzystaniem autobusów podstawowych.”*

(...)

*4. **Przewozy dodatkowe**, to przewozy realizowane w przypadku uruchomienia dodatkowych kursów w ramach istniejących, bądź nowych linii lub stałych zmian tras i typów taboru, nieujęte*

w przewozach podstawowych i okresowych. Do realizacji tych przewozów mogą być wykorzystane autobusy podstawowe i dodatkowe (w przypadku konieczności ich uruchomienia zgodnie z § 14)."

3) „§ 14

Opcja

1. Zamawiający ma prawo do skorzystania z opcji obejmującej do 7,60% łącznej przewidywanej wielkości pracy przewozowej wyrażonej w wozokilometrach, o której mowa w § 1 ust. 2. pkt 2.1 Umowy w szczególności w przypadkach uruchomienia **autobusów dodatkowych**, realizacji dodatkowych kursów, w tym także w ramach istniejących, bądź nowych linii lub zmian trasy i typu taboru.

(...)

3. Zakres opcji obejmuje zwiększenie wymaganej liczby autobusów o maksymalnie 4 autobusy, w tym 2 typu C i 2 typu Ce"

Jak wynika z powyższego, Zamawiający wyraźnie rozdziela i rozróżnia przewozy podstawowe, o których w § 1 ust. 2. pkt 2.1 projektu umowy (w wymiarze około 14.533.000 wozokilometrów łącznie), od przewozów dodatkowych, o których mowa o których mowa w ust. § 3 ust. 4. projektu umowy. Przewozy podstawowe mają być realizowane na trasach podstawowych linii (aktualnych na dzień rozpoczęcia świadczenia usług na danej linii) z wykorzystaniem autobusów podstawowych, natomiast przewozy dodatkowe to przewozy nieujęte w przewozach podstawowych (i okresowych), realizowane w przypadku uruchomienia m.in. nowych linii i do realizacji których mogą być wykorzystane także autobusy dodatkowe (w przypadku konieczności ich uruchomienia zgodnie z § 14), czyli inne autobusy niż podstawowe. Jest zatem oczywiste, że w razie skorzystania przez Zamawiającego z opcji, wykonawca będzie realizował przewozy dodatkowe, a nie przewozy podstawowe.

Mimo tych wszystkich dość oczywistych wniosków wynikających z treści projektu umowy okazuje się, że w przewozach podstawowych, realizowanych na trasach podstawowych linii komunikacyjnych w wymiarze około 14.533.000 wozokilometrów łącznie, **Zamawiający ujął także przewozy, które będą realizowane w razie skorzystania przez Zamawiającego z opcji,** obejmującej do 7,60% łącznej przewidywanej wielkości pracy przewozowej wyrażonej w wozokilometrach, o której mowa w § 1 ust. 2. pkt 2.1 Umowy. Innymi słowy okazuje się, że ww. 14.533.000 wzkm to zamówienie podstawowe **wraz z opcją**, czyli że objęte opcją 1.104.508 wzkm (7,60% liczone od 14.533.000 wzkm) zostało wliczone przez Zamawiającego do ww. 14.533.000 wzkm.

Powyższe wynika z Formularza cenowego (Załącznik nr 3.1 do SWZ) dotyczącego zamówienia podstawowego. Po zsumowaniu wszystkich podanych tam wzkm otrzymujemy bowiem nie około 14.533.000 wozokilometrów łącznie, lecz 13.416.269,88 wzkm. Suma ta jest bardzo zbliżona do różnicy 14.533.000 wzkm i objętych opcją 1.104.508 wzkm, która to różnica wynosi 13.428.492 km. Jeśli natomiast sumę wszystkich wzkm podanych w Formularzu cenowym (13.416.269,88 wzkm) dodamy do sumy wszystkich wzkm podanych w Formularzu cenowym opcji – Załączniku nr 3.2 do SWZ (1.104.000 wzkm), otrzymamy kwotę 14.520.269,88 wzkm, czyli kwotę bardzo zbliżoną do kwoty podanej w § 1 ust. 2. pkt 2.1 Umowy (około 14.533.000 wozokilometrów).

3. Jest oczywiste, że opisanie opcji w powyższy sposób nie spełnia wymagań określonych w art. 441 ust. 1 ustawy Pzp, nie są to bowiem zrozumiałe, precyzyjne i jednoznaczne postanowienia umowne, które określają rodzaj i maksymalną wartość opcji oraz okoliczności skorzystania z opcji. Zsumowanie przez Zamawiającego zakresu zamówienia podstawowego z zakresem opcji i opisanie ich łącznie jako „przewozy podstawowe realizowane na trasach podstawowych linii komunikacyjnych” nie tylko, że jest sprzeczne z art. 441 ust. 1 ustawy Pzp, to jest również pozbawione jakiegokolwiek sensu i praktycznie uniemożliwia skorzystanie z prawa opcji jak i prawidłową realizację zamówienia. Jeśli bowiem wzkm objętą opcją Zamawiający wskazał jako „przewozy podstawowe realizowane na trasach podstawowych linii komunikacyjnych w wymiarze około 14 533 000 wozokilometrów łącznie”, to w razie skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji wykonawca, realizując pracę przewozową objętą opcją, będzie mógł realizować wyłącznie „przewozy podstawowe realizowane na trasach podstawowych linii komunikacyjnych” ze wszystkimi tego konsekwencjami. Innymi słowy, praca przewozowa objętą opcją nie będzie mogła być uznana za przewozy dodatkowe w rozumieniu projektu umowy, skoro Zamawiający zaliczył wzkm objętą opcją do „przewozów podstawowych realizowanych na trasach podstawowych linii komunikacyjnych” i jednocześnie wyraźnie rozdzielił i rozróżnił przewozy podstawowe od przewozów dodatkowych, w szczególności określił w projekcie umowy odrębne zasady ich wykonywania. W rezultacie, jeśli Zamawiający będzie chciał np. skorzystać z prawa opcji poprzez uruchomienie autobusów dodatkowych i realizację dodatkowych kursów w ramach nowych linii, nie będzie mógł tego uczynić, gdyż opcja, zaliczona do przewozów podstawowych, będzie mogła być realizowana wyłącznie na trasach podstawowych linii komunikacyjnych i za pomocą autobusów podstawowych.

4. Biorąc pod uwagę okoliczności wskazane powyżej, **Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu, aby zmodyfikował:**

a) § 1 ust. 2. pkt 2.1 projektu umowy poprzez wyraźne wskazanie w jego treści, że przewozy podstawowe realizowane na trasach podstawowych linii komunikacyjnych będą w wymiarze około 13.428.000 wozokilometrów łącznie, z zastrzeżeniem § 3 ust. 5;

b) § 14 ust. 1 projektu umowy poprzez wyraźne wskazanie w jego treści, że Zamawiający ma prawo do skorzystania z opcji obejmującej do 1.104.000 wzkm pracy przewozowej w szczególności w przypadkach uruchomienia autobusów dodatkowych, realizacji dodatkowych kursów, w tym także w ramach istniejących, bądź nowych linii lub zmian trasy i typu taboru.

Odnośnie wskazanych powyżej 13.428.000 wozokilometrów Odwołujący wyjaśnia, że liczba ta wynika z § 1 ust. 4 projektu umowy, gdzie Zamawiający wskazał, że: *„Przewidywana wielkość pracy przewozowej na trasach podstawowych na dzień rozpoczęcia usług wynosi około 2 238 000 wozokilometrów rocznie.”* Biorąc pod uwagę, że termin realizacji przedmiotu umowy to okres kolejnych 72 miesięcy, czyli 6 lat, mnożąc 2.238.000 wzkm przez 6 lat otrzymujemy właśnie 13.428.000 wozokilometrów.

Odnośnie wskazanych powyżej 1.104.000 wzkm pracy przewozowej Odwołujący wyjaśnia, że liczba ta jest sumą wszystkich wzkm podanych w Formularzu cenowym opcji – Załączniku nr 3.2 do SWZ, czyli sumą wzkm zakładanych do wykonania w ramach opcji.

5. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że zgodnie z § 14, ust. 8. projektu umowy: *„8. Skorzystanie przez Zamawiającego z opcji nie powoduje zwiększenia wielkości minimalnej liczby wozokilometrów określonej w § 1 ust. 2.1.”*

Powyższe odesłanie do § 1 ust. 2.1 projektu umowy jest oczywiście błędne, gdyż gwarantowana minimalna wielkość pracy przewozowej w całym okresie trwania Umowy została wskazana w § 1 ust. 4 projektu umowy, zgodnie z którym: *„Zamawiający ma prawo zamówić w danym roku kalendarzowym pracę przewozową w zmniejszonej wielkości. Zmniejszenie w całym okresie trwania Umowy nie może przekroczyć 10% wozokilometrów łącznie, o których mowa w ust. 2.1, przy czym w każdym roku nie więcej niż 10% liczby wozokilometrów przewidywanych do wykonania na dzień zawarcia Umowy w danym roku kalendarzowym jej obowiązywania w każdym przewidzianym w Umowie typie taboru. Powyższe zapisy nie dotyczą pierwszego i ostatniego roku kalendarzowego realizacji przedmiotu Umowy, dla których wielkość pracy przewozowej będzie obliczona proporcjonalnie do liczby miesięcy, w których wykonywana będzie praca przewozowa. Gwarantowana minimalna wielkość pracy przewozowej w całym okresie*

trwania Umowy nie może być mniejsza niż 90% wielkości wozokilometrów, o której mowa w ust. 2.1. W powyższych wielkościach nie są uwzględniane przewozy okresowe, dodatkowe i specjalne.

Biorąc pod uwagę okoliczności wskazane powyżej, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu, aby zmodyfikował § 14, ust. 8. projektu umowy poprzez nadanie mu następującej treści:

„8. Skorzystanie przez Zamawiającego z opcji nie powoduje zwiększenia gwarantowanej minimalnej wielkości pracy przewozowej w całym okresie trwania Umowy, określonej w § 1 ust. 4.”

6. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że zgodnie z § 14 ust. 3 projektu umowy: „3. Zakres opcji obejmuje zwiększenie wymaganej liczby autobusów o maksymalnie 4 autobusy, w tym 2 typu C i 2 typu Ce (z możliwością zamiany na wniosek Wykonawcy dowolnego z dodatkowych autobusów typu C na typ D lub De oraz typu Ce na De) spełniających wymagania, o których mowa w Umowie – wartość ta będzie wynosić (w przypadku potrzeby uruchomienia) w 2027 roku – 2 autobusy, w 2028 roku – 3 autobusy, w 2029 roku – 4 autobusy, przy czym w ostatnich 12 miesiącach obowiązywania Umowy wartość ta nie będzie większa niż 2 autobusy (w przypadku braku potrzeby uruchomienia w poprzednich latach 4 autobusów). Dopuszczalne jest przedstawienie przez Wykonawcę autobusu większego typu niż wymagany powyżej ale pod warunkiem spełnienia wszystkich wymogów technicznych dla typu do którego zalicza się zaproponowany autobus.”

Ponadto w § 2 ust. 4 projektu umowy Zamawiający wskazał, że:

„4. Autobus dodatkowy powinien zostać uruchomiony na żądanie Zamawiającego w przypadkach i na zasadach opisanych w § 14.”

W świetle powyższego nie ma żadnych wątpliwości, że autobusy dodatkowe będą wykorzystywane w razie skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji i na jego żądanie. Zatem autobusy dodatkowe będą wykorzystywane do realizacji przewozów dodatkowych w przypadku konieczności ich uruchomienia zgodnie z § 14 projektu umowy. Zamawiający wskazał na to wprost w § 3 ust. 4 projektu umowy.

Poza przewozami dodatkowymi autobusy dodatkowe będą mogły być wykorzystywane wyłącznie do realizacji przewozów specjalnych. Jak wskazał Zamawiający w § 3 projektu umowy: „3. Przewozy specjalne, to przewozy realizowane w przypadku potrzeb obsługi imprez, koncertów, meczów i tym podobne, a także czasowego wprowadzenia komunikacji zastępczej za

linię tramwajową (oznaczoną numerami z zakresu 700-799 lub oznaczeniem „za tramwaj” na wybranym odcinku przebiegu linii tramwajowej):

(...)

3.7 do realizacji tych przewozów mogą być wykorzystane autobusy podstawowe i **dodatkowe** (w przypadku ich wcześniejszego uruchomienia w ramach realizacji Umowy)”.

Jak wynika z powyższego, przewozy specjalne mogą, ale nie muszą zostać zlecone wykonawcy, nie ma zatem żadnej gwarancji czy w ogóle wystąpią i jaka będzie wielkość pracy przewozowej z nich wynikająca. Co więcej, do realizacji przewozów specjalnych autobusy dodatkowe mogą być wykorzystane tylko w przypadku ich wcześniejszego uruchomienia w ramach realizacji Umowy. Reasumując, nawet w razie wystąpienia przewozów specjalnych wykorzystanie autobusów dodatkowych do ich realizacji nie jest w żaden sposób gwarantowane, gdyż zależy od wcześniejszego uruchomienia autobusów dodatkowych w ramach realizacji Umowy, czyli od wcześniejszego skorzystania przez Zamawiającego z opcji opisanej w § 14 projektu umowy, do czego Zamawiający nie jest oczywiście zobowiązany.

Mimo braku jakiegokolwiek gwarancji, że autobusy dodatkowe zostaną wykorzystane w okresie obowiązywania Umowy do realizacji przewozów dodatkowych lub przewozów specjalnych, Zamawiający wymaga, aby autobusami dodatkowymi wykonawca dysponował przez cały okres realizacji usług przewozowych. Wynika to wprost z § 2, ust. 1 projektu umowy, zgodnie z którym:

„1. W celu realizacji usług przewozowych Wykonawca zobowiązany jest dysponować autobusami podstawowymi (w liczbie wskazanej w Załączniku numer 1a), **dodatkowymi (w liczbie określonej w § 14)** oraz zastępczymi (w liczbie, którą Wykonawca uzna za wystarczającą do właściwej realizacji usług przewozowych – liczba ta musi być większa od 0) o parametrach wskazanych w Załącznikach numer 2, 3, 4, 5, 10, 11, 12 i 13 do Umowy oraz spełniających wymogi ustawy z dnia 20 czerwca 1997 roku Prawo o ruchu drogowym (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1251) oraz przepisów wykonawczych do tej ustawy.”

Wniosek o konieczności dysponowania autobusami dodatkowymi przez cały okres realizacji usług przewozowych wynika także z postanowień § 14, ust. 5. projektu umowy. Wskazano tam, że: „O zamiarze każdorazowego skorzystania z opcji Zamawiający poinformuje Wykonawcę pisemnie z minimum 90-dniowym wyprzedzeniem, przy czym w przypadku zaistnienia nagłych lub niezależnych od Zamawiającego potrzeb uruchomienia dodatkowej komunikacji lub za obustronną zgodą Stron termin ten może ulec skróceniu.”

Zatem okres wyprzedzenia w przypadku zamiaru skorzystania z prawa opcji to zaledwie 90 dni, przy czym Zamawiający może ten termin dowolnie skrócić w przypadku zaistnienia nagłych lub niezależnych od Zamawiającego potrzeb uruchomienia dodatkowej komunikacji, czyli praktycznie w każdym przypadku. W świetle powyższego jest więc oczywiste, że wykonawca po prostu musi dysponować autobusami dodatkowymi przez cały okres realizacji usług przewozowych, gdyż w innym wypadku nie zdąży ich uruchomić na żądanie Zamawiającego, co będzie skutkować naliczeniem kar umownych.

Podsumowując, postanowienia projektu umowy zmuszają wykonawcę do zakupu autobusów dodatkowych niezależnie czy Zamawiający będzie chciał skorzystać z opcji czy nie. Pełna swoboda Zamawiającego co do skorzystania z opcji skutkuje tym, że wykonawca nie wie czy w ogóle i w jakim konkretnie zakresie zakupione przez niego autobusy dodatkowe będą wykorzystywane. Zamawiający nie podaje też w jaki sposób mają być uruchamiane autobusy dodatkowe w ramach opcji, tj. kiedy będą uruchamiane autobusy typu C a kiedy – typu Ce, co ma też bardzo istotny wpływ na kalkulację ceny. Wreszcie, choć zgodnie z § 14 ust. 3 projektu umowy w przypadku takiej potrzeby uruchomione będą w 2027 roku – 2 autobusy dodatkowe, w 2028 roku – 3 autobusy dodatkowe, w 2029 roku – 4 autobusy dodatkowe, przy czym w ostatnich 12 miesiącach obowiązywania Umowy – nie więcej niż 2 autobusy dodatkowe (w przypadku braku potrzeby uruchomienia w poprzednich latach 4 autobusów), to w świetle § 2, ust. 1 projektu umowy wykonawca ma dysponować wszystkim autobusami dodatkowymi (2 typu C i 2 typu Ce) przez cały okres realizacji usług przewozowych. § 2, ust. 1 projektu umowy nie zawiera bowiem żadnych postanowień, z których wynikałoby, że w 2027 roku wykonawca ma dysponować tylko 2 autobusami dodatkowymi, w 2028 roku – tylko 3 autobusami dodatkowymi a dopiero w 2029 roku – wszystkimi 4 autobusami dodatkowymi, przy czym w ostatnich 12 miesiącach obowiązywania Umowy – tylko 2 autobusami dodatkowymi (w przypadku braku potrzeby uruchomienia w poprzednich latach 4 autobusów).

Takie uregulowanie w projekcie umowy obowiązków Wykonawcy i praw Zamawiającego nie pozwala na rzetelne skalkulowanie ceny za wzkm, zmusza bowiem wykonawców do zgadywania czy w ogóle i w jakim konkretnie zakresie zakupione przez nich autobusy dodatkowe będą wykorzystywane. Może się przecież okazać, że w toku realizacji Umowy zakupione autobusy dodatkowe nie będą w ogóle wykorzystywane, bowiem Zamawiający nie skorzysta z prawa opcji i nie zażąda uruchomienia autobusów dodatkowych. Takie uregulowanie w projekcie umowy obowiązków Wykonawcy i praw Zamawiającego jest też głęboko niesprawiedliwe i rażąco sprzeczne z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego,

zasadami współżycia społecznego, przepisami obowiązującego prawa oraz wyklucza zachowanie wzajemności świadczeń i uczciwej konkurencji. Zamawiający przerzuca na Wykonawcę cały ciężar ekonomiczny zakupu autobusu dodatkowych, w tym bardzo drogie autobusy typu Ce (zeroemisyjnych), oraz wszelkie związane z tym ryzyka i koszty, nie gwarantując choćby minimalnego wykorzystania tych autobusów do realizacji pracy przewozowej. Reasumując, Zamawiający zmusza wykonawcę, aby kupił i trzymał na parkingu 4 autobusy dodatkowe, w tym dwa bardzo drogie autobusy typu Ce (zeroemisyjne), bo być może w toku realizacji Umowy Zamawiający zechce skorzystać z opcji i zażąda uruchomienia jednego albo więcej z ww. autobusów.

7. Biorąc pod uwagę okoliczności wskazane powyżej, **Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu, aby zmodyfikował:**

a) § 2, ust. 1 projektu umowy poprzez wyraźne wskazanie w jego treści, że autobusy dodatkowe (w liczbie określonej w § 14) mogą być wykorzystywane w celu realizacji usług przewozowych jako autobusy zastępcze, o których mowa w Umowie;

b) § 14, ust. 3. projektu umowy poprzez wyraźne wskazanie w jego treści, że w przypadku gdy autobusy dodatkowe są wykorzystywane w celu realizacji usług przewozowych jako autobusy zastępcze, autobusy zastępcze, o których mowa w § 2 ust. 1. i którymi dysponuje Wykonawca, mogą być skierowane do realizacji pracy przewozowej wynikłej ze skorzystania przez Zamawiającego z opcji i że w takim wypadku będą uznawane za autobusy dodatkowe;

c) § 14, ust. 5. projektu umowy poprzez wyraźne wskazanie w jego treści, że:

- o zamiarze każdorazowego skorzystania z opcji Zamawiający poinformuje Wykonawcę pisemnie z minimum 90-dniowym wyprzedzeniem, przy czym za obustronną zgodą Stron termin ten może ulec skróceniu, czyli poprzez usunięcie z jego treści stwierdzenia: „... w przypadku zaistnienia nagłych lub niezależnych od Zamawiającego potrzeb uruchomienia dodatkowej komunikacji lub ...”;

- w przypadku, gdy łączna liczba posiadanych przez Wykonawcę autobusów podstawowych, dodatkowych oraz zastępczych nie będzie wystarczająca do realizacji pracy przewozowej wynikłej ze skorzystania przez Zamawiającego z opcji, tak że konieczne będzie pozyskanie przez Wykonawcę autobusu albo autobusów niewykorzystywanych dotąd do realizacji usług przewozowych wynikających z niniejszej Umowy, o zamiarze każdorazowego skorzystania z opcji Zamawiający poinformuje Wykonawcę pisemnie z minimum 12-miesięcznym wyprzedzeniem, przy czym za obustronną zgodą Stron termin ten może ulec skróceniu;

d) pkt III OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA, ppkt 8 SWZ, poprzez wyraźne wskazanie w jego treści, że:

- o zamiarze każdorazowego skorzystania z opcji Zamawiający poinformuje Wykonawcę pisemnie z minimum 90-dniowym wyprzedzeniem, przy czym za obustronną zgodą Stron termin ten może ulec skróceniu, czyli poprzez usunięcie jego treści stwierdzenia: „... w przypadku zaistnienia nagłych lub niezależnych od Zamawiającego potrzeb uruchomienia dodatkowej komunikacji lub ...”;

- w przypadku, gdy łączna liczba posiadanych przez Wykonawcę autobusów podstawowych, dodatkowych oraz zastępczych nie będzie wystarczająca do realizacji pracy przewozowej wynikłej ze skorzystania przez Zamawiającego z opcji, tak że konieczne będzie pozyskanie przez Wykonawcę autobusu albo autobusów niewykorzystywanych dotąd do realizacji usług przewozowych wynikających z niniejszej Umowy, o zamiarze każdorazowego skorzystania z opcji Zamawiający poinformuje Wykonawcę pisemnie z minimum 12-miesięcznym wyprzedzeniem, przy czym za obustronną zgodą Stron termin ten może ulec skróceniu;

Odnosnie modyfikacji SWZ wnioskowanej pod lit. a) i b) powyżej, Odwołujący wyjaśnia, że w świetle postanowień projektu umowy autobusy podstawowe, dodatkowe i zastępcze muszą spełniać niemal dokładnie te same wymagania i posiadać niemal dokładnie te same parametry. Zamawiający wskazał na to wyraźnie w § 2, ust. 1., zgodnie z którym:

„1. W celu realizacji usług przewozowych Wykonawca zobowiązany jest dysponować autobusami podstawowymi (w liczbie wskazanej w Załączniku numer 1a), dodatkowymi (w liczbie określonej w § 14) oraz zastępczymi (w liczbie, którą Wykonawca uzna za wystarczającą do właściwej realizacji usług przewozowych – liczba ta musi być większa od 0) o parametrach wskazanych w Załącznikach numer 2, 3, 4, 5, 10, 11, 12 i 13 do Umowy oraz spełniających wymogi ustawy z dnia 20 czerwca 1997 roku Prawo o ruchu drogowym (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1251) oraz przepisów wykonawczych do tej ustawy.”

Zatem zarówno z punktu widzenia Zamawiającego, Wykonawcy jak i pasażerów komunikacji miejskiej nie ma większego znaczenia, czy na gruncie umowy dany autobus został zakwalifikowany jako podstawowy, dodatkowy czy zastępczy – od strony technicznej te autobusy nie będą się różnić między sobą niczym istotnym. Generalnie wprowadzony przez Zamawiającego podział na autobusy dodatkowe i zastępcze jest podziałem sztucznym i niczemu nie służy. O ile jest oczywiste, że w celu realizacji przedmiotowego zamówienia wykonawca musi dysponować określoną pulą autobusów podstawowych i autobusów będących w rezerwie np. na wypadek awarii autobusu podstawowego czy skorzystania przez Zamawiającego z prawa

opcji, o tyle podział autobusów będących w rezerwie na dodatkowe i zastępcze oraz różnicowanie zasad korzystania z tych autobusów nie ma żadnego sensu i jedynie niepotrzebnie komplikuje realizację przedmiotu zamówienia oraz naraża wykonawcę na niepotrzebne koszty oraz ryzyka.

W ocenie Odwołującego jedynym sposobem na to, aby wykonawca nie ponosił całego ryzyka oraz kosztów zakupu i utrzymania 4 autobusów dodatkowych i miał realną możliwość wykorzystania autobusów dodatkowych do pracy przewozowej, jest umożliwienie wykonawcy używania autobusów dodatkowych jako autobusów zastępczych, o których mowa w Umowie. Biorąc pod uwagę, że autobusy zastępcze mają być uruchamiane przez wykonawcę m.in. w przypadku zdarzenia uniemożliwiającego kontynuowanie jazdy autobusu podstawowego czy w przypadku czasowego wycofania autobusu podstawowego z ruchu uzasadnionego przyczynami technicznymi, nie ma żadnych wątpliwości, że w toku realizacji przedmiotu zamówienia na pewno zaistnieje potrzeba uruchomienia autobusów zastępczych. Jeśli zatem wykonawca jako autobusy zastępcze będzie mógł wykorzystywać autobusy dodatkowe, koszt ich zakupu będzie uzasadnionym wydatkiem i będzie mógł być pokryty z wynagrodzenia za przewozy podstawowe.

Oczywistą konsekwencją umożliwienia wykonawcy używania autobusów dodatkowych jako autobusów zastępczych, o których mowa w Umowie, powinno być umożliwienie wykonawcy skierowania autobusów zastępczych, o których mowa w § 2 ust. 1. i którymi dysponuje Wykonawca, do realizacji pracy przewozowej wynikłej ze skorzystania przez Zamawiającego z opcji i przyjęcie w takim wypadku, że autobusy zastępcze to autobusy dodatkowe. Skoro bowiem w świetle postanowień projektu umowy autobusy dodatkowe i zastępcze muszą spełniać niemal dokładnie te same wymagania i posiadać niemal dokładnie te same parametry, a autobusy dodatkowe będą używane jako autobusy zastępcze w toku realizacji przedmiotu zamówienia, to logiczne jest, aby autobusy zastępcze mogły być używane jako autobusy dodatkowe w razie skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji. Nie ma bowiem żadnego racjonalnego uzasadnienia, aby np. autobus typu C, którym dysponuje wykonawca i który spełnia wszystkie wymagania opisane w Umowie i w załącznikach do niej, nie mógł być używany do realizacji pracy przewozowej wynikłej ze skorzystania przez Zamawiającego z opcji tylko z tego powodu, że na gruncie umowy został zakwalifikowany jako autobus zastępczy, a nie dodatkowy. Tak samo brak jest jakichkolwiek sensowych argumentów za tym, aby np. autobus typu Ce, którym dysponuje wykonawca i który spełnia wszystkie wymagania opisane w Umowie i w załącznikach do niej, nie mógł być używany w przypadku zdarzenia uniemożliwiającego kontynuowanie jazdy autobusu podstawowego czy w przypadku

czasowego wycofania autobusu podstawowego z ruchu uzasadnionego przyczynami technicznymi, tylko z tego powodu, że na gruncie umowy został on zakwalifikowany jako autobus dodatkowy, a nie zastępczy. Możliwość traktowania autobusów dodatkowych i zastępczych jako zamiennych jest zatem w pełni uzasadniona, będzie także służyć lepszej realizacji przedmiotu zamówienia, gdyż pozwoli szybciej reagować na wszelkie zdarzenia mające wpływ na pracę przewozową.

Odnosnie modyfikacji SWZ wnioskowanej pod lit. c) i d) powyżej, Odwołujący wyjaśnia, że zasada, zgodnie z którą Zamawiający może dowolnie skrócić 90-dniowy termin wyprzedzenia w przypadku zaistnienia nagłych lub niezależnych od Zamawiającego potrzeb uruchomienia dodatkowej komunikacji, jest krzywdząca dla wykonawcy i przerzuca na niego niemożliwe do oszacowania i skalkulowania ryzyko. Praktycznie w każdym przypadku Zamawiający może bowiem uznać, że zaistniały nagłe lub niezależne od Zamawiającego potrzeby uruchomienia dodatkowej komunikacji. Jednocześnie nieostrość określeń użytych w projekcie umowy powoduje, że wykonawca nie będzie w stanie wykazać, że podstawy do skrócenia 90-dniowego terminu wyprzedzenia w rzeczywistości nie zaistniały. W toku realizacji przedmiotu umowy może się zatem jak najbardziej zdarzyć, że o zamiarze skorzystania z opcji Zamawiający poinformuje Wykonawcę nie 90-dniowym ale zaledwie **jednodniowy** albo wręcz **kilkugodzinnym wyprzedzeniem**, a takie postępowanie będzie zgodne z kwestionowanym postanowieniem projektu umowy. Trzeba przy tym podkreślić, że zgodnie z § 14 ust. 10. projektu umowy: „*Uchylenie się przez Wykonawcę z wykonania świadczeń objętych opcją skutkować będzie nałożeniem kary umownej.*” Zatem odmowa wykonania świadczeń objętych opcją z powodu niezachowania przez Zamawiającego 90-dniowego terminu wyprzedzenia będzie dla wykonawcy bardzo ryzykowna i zapewne doprowadzi do naliczenia kary umownej.

W ocenie Odwołującego 90-dniowy termin wyprzedzenia jest rozsądnym kompromisem pomiędzy potrzebami Zamawiającego a możliwościami wykonawcy. Co więcej, nadal za obustronną zgodą Stron termin ten będzie mógł ulec skróceniu, co dodatkowo zabezpieczy interesy Zamawiającego.

Odnosnie żądania wprowadzenia 12-miesięcznego terminu wyprzedzenia Odwołujący podkreśla, że będzie on miał zastosowanie tylko i wyłącznie w przypadku, gdy łączna liczba posiadanych przez Wykonawcę autobusów podstawowych, dodatkowych oraz zastępczych nie będzie wystarczająca do realizacji pracy przewozowej wynikłej ze skorzystania przez Zamawiającego z opcji, tak że konieczne będzie pozyskanie przez Wykonawcę autobusu albo autobusów niewykorzystywanych dotąd do realizacji usług przewozowych wynikających z

niniejszej Umowy. 12 miesięcy to zarazem realny termin na pozyskanie kolejnych autobusów, które będą musiały spełniać wszystkie wymagania opisane w Umowie i w załącznikach do niej. Termin ten będzie potrzebny zwłaszcza w przypadku konieczności pozyskania kolejnych autobusów typu Ce (zeroemisyjnych), których dostępność na rynku jest dużo niższa niż w przypadku autobusów z napędem diesla. Ponadto, za obustronną zgodą Stron termin 12 miesięcy będzie mógł ulec skróceniu, co dodatkowo zabezpieczy interesy Zamawiającego.

IV Odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust 1 ustawy Pzp w związku z art. 431 ustawy Pzp w związku z art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 58 kc, art. 3531 kc oraz art. 5 kc, poprzez ukształtowanie projektowanych postanowień umowy w zakresie waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w ten sposób, że waloryzacja ta nie uwzględnia w wystarczającym stopniu zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, jak również nie uwzględnia w wystarczającym stopniu, że autobusy typu B i C to autobusy z napędem diesla, natomiast autobusy typu Ce to autobusy zeroemisyjne, czyli autobusy wykorzystujące do napędu energię elektryczną, w tym energię wytworzoną z wodoru w zainstalowanych w nich ogniwach paliwowych, co powoduje, że postanowienia umowy w zakresie waloryzacji mają charakter fasadowy i niepełny, a zatem zostały sformułowane w sposób sprzeczny z przepisami prawa lub zmierzający do ich obejścia, jak również poprzez ukształtowanie projektowanych postanowień umowy w zakresie waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w ten sposób, że maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, została ustalona na zbyt niskim poziomie, co powoduje, że postanowienia umowy w zakresie waloryzacji mają charakter fasadowy, nie stanowią rzeczywistego zabezpieczenia na wypadek zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia a zatem zostały sformułowane w sposób sprzeczny z przepisami prawa lub zmierzający do ich obejścia, wskazać należy, co następuje.

1. W art. 439 ustawy Pzp ustawodawca przewidział przesłanki waloryzacji umownej, która daje stronom umowy możliwość urealnienia ustalonej w umowie wysokości wynagrodzenia na różne sposoby. Jednocześnie w art. 431 ustawy Pzp zobowiązano Zamawiającego i wykonawcę wybranego w postępowaniu o udzielenie zamówienia do współdziałania przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w celu należytej realizacji zamówienia. Wprowadzenie do Pzp obowiązku uwzględniania klauzul waloryzacyjnych w umowach w sprawach zamówień publicznych, których przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawartych na okres dłuższy

niż 6 miesięcy, ma na celu przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy zachwianej przez określone zdarzenia, które mogą mieć miejsce w trakcie jej realizacji. Choć zachwianie równowagi ekonomicznej między stronami umowy może mieć różne podłoże, to w art. 439 Pzp ustawodawca zdecydował się na uwzględnienie zdarzeń wpływających na konieczność zmiany wynagrodzenia. Za takie zdarzenia uznano zmianę cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia oraz osiągnięcie przez te zmiany określonego poziomu. Intencją ustawodawcy było zatem nałożenie na zamawiających obowiązku wprowadzania do długoterminowych umów (dłuższych niż 6 miesięcy) mechanizmów umownych, które uwzględniałyby wpływ czynników zewnętrznych (zmiana cen materiałów lub kosztów), na rentowność realizowanego zamówienia. Uwzględniając powyższe, regulacja art. 439 Pzp zmierza do zachowania równowagi kontraktowej między zamawiającym a wykonawcą, zobowiązując do rozłożenia między stronami ryzyk gospodarczych będących następstwem zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia i zachodzących w toku jego realizacji.

2. Zgodnie z art. 439 ust. 1 ustawy Pzp umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Nie ma żadnych wątpliwości, że umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia jest umową, o której mowa w ww. przepisie, powinna zatem zawierać postanowienia, o których mowa w ww. przepisie. Potwierdził to zresztą sam Zamawiający, wskazując w § 4 ust. 13. projektu umowy, że:

„13. Stawki wozokilometra będą waloryzowane zgodnie z zasadami opisanymi w Załączniku numer 9.”

3. W Załączniku nr 9 do umowy (Zasady waloryzacji wynagrodzenia) wskazano w pkt 1., że:

„1. Stawka jednostkowa za wozokilometr, za świadczone usługi przewozu pasażerów określona w Załączniku numer 8 do Umowy, będzie waloryzowana co 6 miesięcy, począwszy od upływu pierwszych 6 miesięcy od momentu otwarcia ofert wskaźnikiem obliczonym według następującego wzoru:

$$W = 0,4 w_w + 0,3 w_n + 0,3 w_i$$

gdzie:

- *W - wskaźnik waloryzacji stawki za jeden wozokilometr;*

- w_w – półroczny (za okres 6-miesięcy) wskaźnik zmiany przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia brutto, jako stosunek miesięcznego (miesiąc kalendarzowy) wynagrodzenia brutto w sektorze przedsiębiorstw za okres 6 miesięcy poprzedzający waloryzację do przeciętnego miesięcznego (miesiąc kalendarzowy) wynagrodzenia brutto w sektorze przedsiębiorstw, za okres 6 miesięcy poprzedzający okres opisany powyżej (stosunek zmiany dwóch kolejnych następujących po sobie 6 miesięcznych okresów) publikowanych przez Główny Urząd Statystyczny (GUS) na stronie internetowej: <https://stat.gov.pl/wskazniki-makroekonomiczne/>;
- $w_n = 0,7 w_p + 0,3 w_e$ (przy założeniu, że procent taboru zasilanego olejem napędowym wynosi 70%, energią elektryczną 30%, wskaźniki te zostaną dostosowane do liczby autobusów podstawowych danego napędu w ofercie Wykonawcy);
 - w_p – 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);
 - w_e – półroczny (za okres 6 miesięcy) wskaźnik będący średnią arytmetyczną miesięcznego (miesiąc kalendarzowy) wskaźnika zmiany ceny obliczony na podstawie danych statystycznych publikowanych przez Towarową Giełdę Energii (TGeBASE Wavq) na stronie internetowej: <https://tge.pl/dane-statystyczne>, za okres 6 miesięcy poprzedzający waloryzację w stosunku do średniej arytmetycznej wskaźnika, o którym mowa powyżej za okres 6 miesięcy (kalendarzowych) poprzedzający okres opisany powyżej (stosunek zmiany dwóch kolejnych następujących po sobie 6 miesięcznych okresów);
- w_i - 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.”

Jak wynika z powyższego, Zamawiający chce stosować jeden i ten sam wskaźnik waloryzacji w odniesieniu do wszystkich stawek jednostkowych za wozokilometr. Podkreślić trzeba, że w ofercie wykonawca ma podać osobno stawkę za wozokilometr dla:

- autobusu typu B zasilanego olejem napędowym,
- autobusu typu C zasilanego olejem napędowym,
- autobusu typu Ce (zeroemisyjnego), czyli elektrycznego.

Te odrębne stawki będą też podane w Załączniku nr 8 od umowy i będą służyć do wyliczenia wynagrodzenia wykonawcy, będącego iloczynem rzeczywistej liczby wozokilometrów zrealizowanych w danym miesiącu i stawki za 1 wozokilometr z uwzględnieniem typu taboru.

Jak natomiast podniesiono, wskaźnik waloryzacji jest jeden i obejmuje zarówno zmiany ceny oleju napędowego Ekodiesel, jak i zmiany ceny energii elektrycznej. Tymczasem jest oczywiste, że dla autobusów typu Ce (zeroemisyjnych) zmiany ceny oleju napędowego Ekodiesel nie mają większego znaczenia (wręcz żadnego), gdyż są one napędzane energią elektryczną. Analogicznie, dla autobusów typu C i B zmiany ceny energii elektrycznej nie mają większego znaczenia (wręcz żadnego), gdyż są one napędzane olejem napędowym Ekodiesel. Z niezrozumiałych przyczyn Zamawiający nie chce zauważyć tej oczywistej kwestii i przy waloryzacji stawek różnych typów autobusów chce uwzględniać zmiany ceny materiałów lub kosztów, które dotyczą tylko autobusów typu C i B albo tylko autobusów typu Ce. Co więcej, ceny oleju napędowego Ekodiesel i ceny energii elektrycznej nie są ze sobą bezpośrednio powiązane i nie występuje między nimi jakaś stała relacja czy współzależność. W rezultacie jak najbardziej możliwa jest sytuacja, w której waloryzacja z użyciem przewidzianego przez Zamawiającego wskaźnika nie będzie odpowiadać zmianie ceny materiałów lub kosztów mających znaczenie dla danego typu autobusu i nie wystarczy na pokrycie zwiększonych kosztów pracy przewozowej danego typu autobusu.

4. Biorąc pod uwagę okoliczności wskazane powyżej, **Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu, aby zmodyfikował Załącznik nr 9 do umowy (Zasady waloryzacji wynagrodzenia) poprzez:**

- 1) wprowadzenie w nim dwóch odrębnych wskaźników waloryzacji stawki za jeden wozokilometr, jednego dla autobusów napędzanych olejem napędowym a drugiego dla autobusów zeroemisyjnych;
- 2) uwzględnienie we wskaźniku waloryzacji dla autobusów napędzanych olejem napędowym zmiany cen oleju napędowego Ekodiesel z pominięciem zmiany cen energii elektrycznej;

3) uwzględnienie we wskaźniku waloryzacji dla autobusów zeroemisyjnych zmiany cen energii elektrycznej z pominięciem zmiany cen oleju napędowego Ekodiesel.

Ewentualnie, wyłącznie na wypadek gdyby Izba uznała, że Zamawiający ma prawo stosować jeden i ten sam wskaźnik waloryzacji w odniesieniu do wszystkich stawek jednostkowych za wozokilometr, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu, aby zmodyfikował załącznik nr 9 do umowy (Zasady waloryzacji wynagrodzenia) poprzez modyfikację wzoru dla wyliczenia współczynnika w_n w następujący sposób:

$$„w_n = 0,85 w_p + 0,15 w_e”$$

Odwołujący wyjaśnia tutaj, że według kwestionowanych postanowień Załącznika nr 9 do umowy do wyliczenia współczynnika w_n w Zamawiający przyjmuje strukturę opartą na rodzaju taboru w oparciu o poniższą formułę:

„ $w_n = 0,7 w_p + 0,3 w_e$ (przy założeniu, że procent taboru zasilanego olejem napędowym wynosi 70%, energią elektryczną 30%, wskaźniki te zostaną dostosowane do liczby autobusów podstawowych danego napędu w ofercie Wykonawcy)”.

Powyższa formuła jest nieprawidłowa i nie pozwala na uwzględnienie realnego wpływu zmiany ceny oleju napędowego i energii elektrycznej na koszty wykonywania pracy przewozowej. Koszt paliwa potrzebnego do wykonania pracy przewozowej nie jest bowiem związany wyłącznie z rodzajem zastosowanego w autobusie napędu, ale z ilością zużywanego paliwa i jego ceną. Mając na uwadze te 2 czynniki, struktura przedstawiona w formule podanej powyżej powinna opierać się na proporcji:

- minimum 85% dla taboru zasilanego olejem napędowym
- maksimum 15% dla taboru zasilanego energią elektryczną.

Aktualny wzór dla wyliczenia współczynnika w_n będzie powodował dodatkowe zaniżenie wysokości wskaźnika waloryzacji, zatem konieczna jest jego zmiana przynajmniej w sposób wskazany powyżej.

5. W Załączniku nr 9 do umowy wskazano w pkt 2., że:

„2. Nowa stawka (zwaloryzowana) obliczana będzie zgodnie z następującą zasadą: $\text{stawka nowa (po waloryzacji)} = \text{stawka poprzednia (w ostatnim okresie przed waloryzacją)} + 0,85 \times \text{stawka poprzednia (w ostatnim okresie przed waloryzacją)} \times \text{wskaźnik waloryzacji } W$ ”

oraz w pkt 7, że:

„7. Maksymalny wskaźnik waloryzacji stawki za jeden wozokilometr w danym roku (licząc 2 okresy waloryzacyjne łącznie w jednym roku) zawiera się w przedziale $<+12,50\%; -12,50\%$ W

przypadku, gdy wartość wskaźnika waloryzacji stawki za jeden wozokilometr, obliczona według wzoru określonego w pkt. 1, przekracza 12,50%, w danym roku przyjmuje się wartość wskaźnika waloryzacji równą 12,50%. W przypadku, gdy wartość wskaźnika waloryzacji stawki za 1 wozokilometr obliczona wg. wzoru określonego w pkt. 1 jest mniejsza niż -12,50%, w danym roku przyjmuje się wartość wskaźnika waloryzacji równą - 12,50%."

Zgodnie z art. 439 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, konstruując umowne postanowienia waloryzacyjne, Zamawiający zobowiązany jest określić m.in. maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia. Zamawiający powinien zatem określić (np. kwotowo lub procentowo) zarówno maksymalną wartość wzrostu wynagrodzenia, jak i jego redukcji na podstawie klauzuli waloryzacyjnej. Winno to jednak następować z uwzględnieniem sytuacji rynkowej oraz prognoz w tym zakresie (tak m.in. KIO w wyroku z dnia 25 października 2022r., sygn. akt: KIO 2532/22, KIO 2536/22, KIO 2544/22). Ponadto, jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 czerwca 2022 r., sygn. akt KIO 1192/22: *„Celem zastosowania art. 439 Prawa zamówień publicznych jest faktyczne umożliwienie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy (zarówno przez jego podwyższenie, jak i obniżenie) w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Dla prawidłowego zastosowania tego przepisu nie jest zatem wystarczające formalne zawarcie w projektach umów postanowień dotyczących kwestii w tym przepisie wymaganych, ale konieczne jest takie określenie zasad waloryzacji, które da stronom umowy szansę na zmianę wysokości wynagrodzenia uwzględniającą zmiany cen na rynku i na rozłożenie ryzyka wzrostu cen na obie strony umowy."* Analogiczne stanowisko Izba wyraziła m.in. w wyroku z dnia 21 listopada 2022 r., sygn. akt KIO 2927/21.

6. Odnosząc przytoczone powyżej stanowisko KIO do zacytowanych postanowień Załącznika nr 9 do umowy wskazać trzeba, że zgodnie z pkt 2 nowa stawka (zwaloryzowana) nie będzie prostym powiększeniem / pomniejszeniem poprzedniej stawki o wskaźnik waloryzacji W, gdyż Zamawiający wprowadził tam dodatkowy przelicznik 0,85. W rezultacie nawet jeśli z wyliczenia wskaźnika waloryzacji będzie wynikać, że wartość wskaźnika waloryzacji stawki za jeden wozokilometr, obliczona według wzoru określonego w pkt. 1, jest równa lub przekracza 12,50%, to i tak waloryzacja stawki będzie nie o 12,50%, ale o $0,85 \times 12,50\%$. Zatem w najlepszym wypadku stawka zostanie zwaloryzowana o 10,625% ($0,85 \times 12,50 = 10,625$), choć wyliczony wskaźnik waloryzacji będzie większy (12,50%). W świetle postanowień pkt 2 Załącznika nr 9 do

umowy nie ma żadnych wątpliwości, że choć teoretycznie maksymalny wskaźnik waloryzacji stawki za jeden wozokilometr w danym roku (licząc 2 okresy waloryzacyjne łącznie w jednym roku) może sięgnąć +12,50%, to w rzeczywistości, ze względu na wprowadzenie przez Zamawiającego ww. przelicznika 0,85, wskaźnik waloryzacji nigdy tej maksymalnej wysokości nie osiągnie.

Z dokumentów zamówienia nie wynika, skąd Zamawiający wziął przelicznik 0,85, dlaczego akurat w takiej wysokości i czemu ma on służyć. Efektom jego zastosowania jest natomiast to, że 0,15 wskaźnika waloryzacji wykonawca musi wziąć na siebie (scenariusza, w którym wskaźnik waloryzacji będzie ujemny, w świetle doświadczeń ostatnich 10 lat nie ma sensu rozważać). Zatem stwierdzenie w pkt 1 Załącznika nr 9, że:

„1. *Stawka jednostkowa za wozokilometr, za świadczone usługi przewozu pasażerów określona w Załączniku numer 8 do Umowy, będzie waloryzowana co 6 miesięcy, począwszy od upływu pierwszych 6 miesięcy od momentu otwarcia ofert **wskaźnikiem obliczonym według następującego wzoru:***

$$W = 0,4 ww + 0,3 wn + 0,3 wi$$

nie odpowiada rzeczywistości i wprowadza wykonawców w błąd.

Jak to wykazano powyżej, w najlepszym wypadku stawka zostanie zwaloryzowana o 10,625%, choć wyliczony wskaźnik waloryzacji będzie wynosił 12,50% czy nawet więcej.

7. Biorąc pod uwagę okoliczności wskazane powyżej, **Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu,** aby zmodyfikował pkt 2 Załącznik nr 9 do umowy (Zasady waloryzacji wynagrodzenia) poprzez usunięcie z niego przelicznika 0,85, tak aby w rezultacie pkt ten otrzymał następujące brzmienie:

„2. *Nowa stawka (zwaloryzowana) obliczana będzie zgodnie z następującą zasadą: stawka nowa (po waloryzacji) = stawka poprzednia (w ostatnim okresie przed waloryzacją) + stawka poprzednia (w ostatnim okresie przed waloryzacją) x wskaźnik waloryzacji W*”

8. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że zgodnie z pkt 7. Załącznika nr 9 do umowy „**Maksymalny wskaźnik waloryzacji stawki za jeden wozokilometr w danym roku (licząc 2 okresy waloryzacyjne łącznie w jednym roku) zawiera się w przedziale <+12,50%;-12,50%>”.** Powyżej Odwołujący wykazał powyżej, że w rzeczywistości, ze względu na wprowadzenie przez Zamawiającego przelicznika 0,85, wskaźnik waloryzacji nigdy nie osiągnie maksymalnej wysokości 12,50%. Odwołujący domaga się usunięcia przelicznika 0,85, jednak wskazuje, że

nawet w wypadku jego usunięcia maksymalny wskaźnik waloryzacji wynoszący 12,50% rocznie jest zbyt niski i w rezultacie narusza przepisy powołane powyżej. Przesądza o tym następujące względy.

W pkt 1. Załącznika nr 9 do umowy, we wzorze wskaźnika waloryzacji Zamawiający odwołał się do następujących wskaźników:

- 1) półroczny (za okres 6-miesięcy) wskaźnik zmiany przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia brutto,
- 2) półroczny (za okres 6 miesięcy) wskaźnik zmiany ceny oleju napędowego Ekodiesel,
- 3) półroczny (za okres 6 miesięcy) wskaźnik będący średnią arytmetyczną miesięcznego (miesiąc kalendarzowy) wskaźnika zmiany ceny energii elektrycznej,
- 4) półroczny (skumulowany wskaźnik obliczony na podstawie kolejnych 6-miesięcznych wskaźników) wskaźnik zmiany cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem publikowany przez Główny Urząd Statystyczny (GUS).

W ocenie Odwołującego powyższe wskaźniki zostały prawidłowo przyjęte przez Zamawiającego, z tym zastrzeżeniem, że wskaźnik zmiany ceny oleju napędowego Ekodiesel powinien dotyczyć wyłącznie autobusów napędzanych olejem napędowym a wskaźnika zmiany ceny energii elektrycznej - wyłącznie autobusów zeroemisyjnych. Zamawiający nie uwzględnił jednak w wystarczającym stopniu długiego okresu obowiązywania umowy wynoszącego 84 miesiące, czyli 7 lat (termin realizacji przedmiotu umowy to: po upływie 12 miesięcy od dnia podpisania umowy przez okres kolejnych 72 miesięcy). Rozpatrując historyczny okres ostatnich 10 lat łatwo stwierdzić, że każdy z przyjętych przez Zamawiającego półrocznych wskaźników przynajmniej raz w tym okresie był wyższy i to znacznie niż 12,5%. Taka sytuacja miała miejsce zwłaszcza w latach 2022 i 2023. Oczywiście w 2022 r. doszło do szeregu nadzwyczajnych, nieprzewidywalnych zdarzeń i zjawisk, przede wszystkim do wybuchy wojny w Ukrainie oraz do wywołanych tym zdarzeniem następstw gospodarczych, zwłaszcza wzrostu inflacji do bardzo poziomu. Nie sposób jednak wykluczyć, że w okresie od upływu terminu składania ofert zakończenia okresu obowiązywania umowy takie zjawiska znowu wystąpią. Ze względu na powyższe, rozwiązanie zaproponowane przez Zamawiającego należy uznać za fasadowe i nie spełniające swojej funkcji. W świetle dostępnych danych historycznych przekroczenie określonej przez Zamawiającego maksymalnej wysokości wskaźnika waloryzacji stawki w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia jest co najmniej prawdopodobne.

Powyższe dowodzi iluzoryczności i pozorności postanowień waloryzacyjnych przygotowanych przez Zamawiającego. Zgodnie z art. 58 kc czynność prawna sprzeczna z ustawą

sprzeczna z zasadami współżycia społecznego albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna. Mechanizm zmiany wynagrodzenia jest pozorny, gdyż maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, została ustalona na zbyt niskim poziomie i to nawet jeśli faktycznie będzie mogła sięgnąć 12,50% rocznie (po usunięciu przelicznika 0,85). W ocenie Odwołującego konieczne jest podwyższenie tej wartości do racjonalnego poziomu, uwzględniającego rzeczywiste zmiany cen materiałów i kosztów występujące w ostatnich latach. Ograniczenie wskaźnika waloryzacji na tak niskim poziomie w połączeniu z istotnym prawdopodobieństwem jego przekroczenia wpłynie na wysokość zaoferowanej stawek za wozokilometr i zmniejszy konkurencyjność ofert dla Zamawiającego, gdyż Wykonawcy będą zmuszeni uwzględnić w cenie ofert ryzyko wzrostu cen materiałów i kosztów w zakresie nieobjętym waloryzacją umowną.

9. Biorąc pod uwagę okoliczności wskazane powyżej, **Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu, aby zmodyfikował pkt 7. Załącznik nr 9 do umowy (Zasady waloryzacji wynagrodzenia) poprzez wskazanie w nim, że maksymalny wskaźnik waloryzacji stawki za jeden wozokilometr w danym roku (licząc 2 okresy waloryzacyjne łącznie w jednym roku) zawiera się w przedziale <+20%;-20%>. W konsekwencji pkt 7. Załącznik nr 9 do umowy powinien uzyskać następujące brzmienie:**

„7. Maksymalny wskaźnik waloryzacji stawki za jeden wozokilometr w danym roku (licząc 2 okresy waloryzacyjne łącznie w jednym roku) zawiera się w przedziale <+20%;-20%> W przypadku, gdy wartość wskaźnika waloryzacji stawki za jeden wozokilometr, obliczona według wzoru określonego w pkt. 1, przekracza 20%, w danym roku przyjmuje się wartość wskaźnika waloryzacji równą 20%. W przypadku, gdy wartość wskaźnika waloryzacji stawki za 1 wozokilometr obliczona wg. wzoru określonego w pkt. 1 jest mniejsza niż 20%, w danym roku przyjmuje się wartość wskaźnika waloryzacji równą 20%.”

W ocenie Odwołującego zwiększenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia Wykonawcy do 20% rocznie będzie wystarczające dla zapewnienia równowagi kontraktowej stron.

V Odnosnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 449 ust. 2 ustawy Pzp, a także art. 5 kc, art. 353¹ kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie w projekcie umowy możliwości zatrzymania przez Zamawiającego

zabezpieczenia należytego wykonania umowy w części lub w całości także w sytuacji, gdy brak będzie roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, jak również **naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 452 ust. od 8 do 10 ustawy Pzp, a także art. 353¹ kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp**, poprzez bezwzględne wymaganie, aby zabezpieczenie należytego wykonania umowy w formie niepieniężnej zostało wniesione od razu na cały wymagany okres (termin wykonania przedmiotu Umowy + 30 dni), pomimo że okres, na jaki ma zostać wniesione zabezpieczenie, przekracza 5 lat, wskazać należy, co następuje.

1. Zamawiający zarówno w pkt XVIII WYMAGANIA DOTYCZĄCE ZABEZPIECZENIA NALEŻYTEGO WYKONANIA UMOWY, ppkt 1. SWZ, jak i w § 8 Zabezpieczenie należytego wykonania umowy, ust. 1 projektu umowy wskazał, że przed zawarciem Umowy wymagane jest wniesienie przez Wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 3% ceny całkowitej podanej w ofercie (ceny brutto). Biorąc pod uwagę zakładaną przez Odwołującego wysokość stawek za wzkm jak i również ustaloną przez Zamawiającego szacunkową wartość zamówienia nie ma wątpliwości, że wymagane przez Zamawiającego zabezpieczenie będzie wynosić od co najmniej kilku do kilkunastu milionów złotych. Będzie to zatem kwota bardzo wysoka, której praktycznie żaden wykonawca nie będzie wnosić w pieniądzu, gdyż żaden wykonawca nie będzie w stanie pozwolić sobie na „zamrożenie” kilku milionów złotych na 8 lat. Jednocześnie zatrzymanie tak wysokiej kwoty przez Zamawiającego dla każdego wykonawcy będzie oznaczać co najmniej bardzo poważne problemy finansowe, jeśli nie upadłość i likwidację.

2. Zgodnie z art. 449 ust. 2 ustawy Pzp zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. W tym przepisie ustawodawca określa cel i zakres dopuszczalnego korzystania przez zamawiającego z zabezpieczenia. W odróżnieniu od pełnej swobody kształtowania celu i zakresu zabezpieczeń stosowanych w stosunkach umownych powstających poza sferą zamówień publicznych, zabezpieczenia ustanawiane w związku z umową w sprawie zamówienia publicznego mogą służyć wyłącznie zaspokojeniu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Nie jest zatem dopuszczalne rozszerzenie zakresu zabezpieczenia na roszczenia spoza szeroko rozumianego reżimu *ex contractu* (art. 471 kc). Celem instytucji zabezpieczenia jest umożliwienie zamawiającemu zaspokojenia jego roszczeń wynikłych z niewłaściwego wywiązania się wykonawcy z zobowiązania określonego treścią umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym, jeśli brak jest takich roszczeń, to zamawiający nie ma prawa skorzystać z

zabezpieczenia ani w całości, ani w części. Jako roszczenia, które Zamawiający może pokryć z zabezpieczenia, wskazuje się najczęściej roszczenie o zapłatę:

- 1) odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (art. 471 kc);
- 2) kosztów wykonania zastępczego (art. 480 kc);
- 3) odszkodowania z tytułu zwłoki w wykonaniu umowy wzajemnej (art. 491 § 1 kc);
- 4) odszkodowania z tytułu niemożności świadczenia, za którą wykonawca ponosi odpowiedzialność (art. 493 § 1 kc);
- 5) odszkodowania z tytułu szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania z umowy wzajemnej (art. 494 kc);
- 6) z tytułu zastrzeżonych w umowie kar umownych, stanowiących w świetle art. 483 kc zryczałtowane odszkodowanie za szkodę wynikłą z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego.

Reasumując, choć Zamawiający ma swobodę przy decydowaniu czy w ogóle wymaga wniesienia zabezpieczenia i ograniczoną swobodę przy określaniu wysokości zabezpieczenia, to nie ma swobody w określaniu czemu będzie służyć zabezpieczenie i w jakim wypadku zostanie zatrzymane.

3. W § 8, ust. 2 projektu umowy Zamawiający prawidłowo wskazał, że zabezpieczenie służy do pokrycia roszczeń Zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy. Niemniej jednak w § 8, ust. 3 projektu umowy Zamawiający dodał, że:

„3. Zamawiający będzie upoważniony do pobrania części lub całości kwoty zabezpieczenia, gdy:

3.1 Umowa zostanie rozwiązana z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy;

3.2 Wykonawca oświadczy, że nie będzie wykonywał Umowy lub zaniecha jej wykonywania.”

Przytoczone postanowienie jest sprzeczne z art. 449 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż wprowadza możliwość zatrzymania przez Zamawiającego zabezpieczenia należytego wykonania umowy w części lub w całości także w sytuacji, gdy brak będzie roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. To, że:

- Umowa została rozwiązana z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy lub

- Wykonawca oświadczy, że nie będzie wykonywał Umowy lub zaniecha jej wykonywania,

nie oznacza jeszcze samo przez się, że Zamawiający ma roszczenia z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Z zabezpieczenia należytego wykonania umowy Zamawiający może np. pokryć kary umowne przewidziane na wypadek, gdy:

- Umowa zostanie rozwiązana z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy lub
- Wykonawca zaniecha wykonywania Umowy,

ale najpierw musi powstać roszczenie o zapłatę tych kar umownych, czyli Zamawiający musi te kary umowne naliczyć, wystawić odpowiednią notę księgową / obciążeniową oraz przekazać ją Wykonawcy.

Tak samo oświadczenie Wykonawcy, że nie będzie wykonywał Umowy, nie kreuje żadnych roszczeń po stronie Zamawiającego, w szczególności nie wyrządza Zamawiającemu żadnej szkody. Z samego takiego oświadczenia Wykonawcy nic jeszcze nie wynika i nie stanowi ono samo w sobie niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy.

Tymczasem § 8 ust. 3. projektu umowy został sformułowany tak, jakby już samo zaistnienie wskazanych tam zdarzeń stanowiło roszczenie z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy i uprawniało Zamawiającego do pobrania części lub całości kwoty zabezpieczenia. Co więcej, w świetle § 8 ust. 3. projektu umowy Zamawiający będzie mógł pobrać (zatrzymać) część lub nawet całość kwoty zabezpieczenia według swojego uznania i bez związku z wysokością roszczenia z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Może być zatem tak, że zdarzenie wskazane w § 8 ust. 3. projektu umowy zaistnieje, ale nie będzie skutkować powstaniem jakichkolwiek roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, a i tak Zamawiający zatrzyma część lub nawet całość kwoty zabezpieczenia, według swojego uznania. Może się również zdarzyć tak, że zdarzenie wskazane w § 8 ust. 3. projektu umowy zaistnieje i będzie skutkować powstaniem roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy ale w niższej wysokości niż całość kwoty zabezpieczenia, a i tak Zamawiający zatrzyma całość kwoty zabezpieczenia, według swojego uznania.

Reasumując, postanowienia umowne, według których Zamawiający może zatrzymać część lub całość kwoty zabezpieczenia nie na pokrycie roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, ale ze względu na wystąpienie pewnych zdarzeń, są oczywiście niezgodne art. 449 ust. 2 ustawy Pzp, jak również naruszają wyrażoną w art. 353¹ kc zasadę swobody umów jako postanowienia sprzeczne z prawem.

Biorąc pod uwagę okoliczności wskazane powyżej, **Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu, aby zmodyfikował § 8 projektu umowy poprzez wykreślenie z niego w całości ustępu 3.**

4. Jak to już podniesiono powyżej, w niniejszej sprawie okres obowiązywania umowy to 84 miesiące, czyli 7 lat, gdyż termin realizacji przedmiotu umowy to: po upływie 12 miesięcy od dnia

podpisania umowy przez okres kolejnych 72 miesięcy. Zgodnie natomiast z art. 452 ust. od 8 do 10 ustawy Pzp:

8. Jeżeli okres, na jaki ma zostać wniesione zabezpieczenie, przekracza 5 lat, zabezpieczenie w pieniądzu wnosi się na cały ten okres, a zabezpieczenie w innej formie wnosi się na okres nie krótszy niż 5 lat, z jednoczesnym zobowiązaniem się wykonawcy do przedłużenia zabezpieczenia lub wniesienia nowego zabezpieczenia na kolejne okresy.

9. W przypadku nieprzedłużenia lub niewwniesienia nowego zabezpieczenia najpóźniej na 30 dni przed upływem terminu ważności dotychczasowego zabezpieczenia wniesionego w innej formie niż w pieniądzu, zamawiający zmienia formę na zabezpieczenie w pieniądzu, przez wypłatę kwoty z dotychczasowego zabezpieczenia.

10. Wypłata, o której mowa w ust. 9, następuje nie później niż w ostatnim dniu ważności dotychczasowego zabezpieczenia.

Jak wynika z literalnego brzmienia § 8 projektu umowy Zamawiający w ogóle nie uwzględnił tam powyższych przepisów. Co więcej, Zamawiający wskazał w § 8, ust. 5 projektu umowy, że:

„5. Wykonawca zobowiązuje się, że w przypadku wniesienia zabezpieczenia w poręczeniach lub gwarancjach bankowych lub ubezpieczeniowych, poręczenie lub gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa* będzie nieodwołalna, bezwarunkowa, płatna na każde pierwsze żądanie Zamawiającego. Poręczenie lub gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa ważna będzie od dnia (data zawarcia Umowy) do dnia (termin wykonania przedmiotu Umowy + 30 dni). (zapis dotyczy zabezpieczenia wnoszonego w innej formie niż w pieniądzu)”*

Zatem Zamawiający wymaga w sposób bezwzględny, aby zabezpieczenie należytego wykonania umowy w formie niepieniężnej zostało wniesione od razu na cały wymagany okres (termin wykonania przedmiotu Umowy + 30 dni), mimo że ze względu na długość terminu wykonania przedmiotu Umowy powinien uwzględnić w projekcie umowy regulację art. 452 ust. od 8 do 10 ustawy Pzp, w szczególności powinien przewidzieć w projekcie umowy wniesienie zabezpieczenia w formie niepieniężnej na okres nie krótszy niż 5 lat, z jednoczesnym zobowiązaniem się wykonawcy do przedłużenia zabezpieczenia lub wniesienia nowego zabezpieczenia na kolejne okresy. Brak takiej możliwości rażąco narusza zarówno art. 452 ust. od 8 do 10 ustawy Pzp jak i wyrażoną w art. 353¹ kc zasadę swobody umów jako postanowienie sprzeczne z prawem.

Biorąc pod uwagę okoliczności wskazane powyżej, **Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu, aby zmodyfikował § 8, ust. 5 projektu umowy poprzez:**

1) wykreślenie z niego zdania: „Poręczenie lub gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa ważna będzie od dnia (data zawarcia Umowy) do dnia (termin wykonania przedmiotu Umowy + 30 dni). (zapis dotyczy zabezpieczenia wnoszonego w innej formie niż w pieniądzu)” oraz

2) wprowadzenie w miejsce wykreślonego zdania następujących postanowień: „Ponieważ okres, na jaki ma zostać wniesione zabezpieczenie, przekracza 5 lat, zabezpieczenie w pieniądzu wnosi się na cały ten okres, a zabezpieczenie w innej formie wnosi się na okres nie krótszy niż 5 lat, z jednoczesnym zobowiązaniem się wykonawcy do przedłużenia zabezpieczenia lub wniesienia nowego zabezpieczenia na kolejne okresy. W przypadku nieprzedłużenia lub niewwniesienia nowego zabezpieczenia najpóźniej na 30 dni przed upływem terminu ważności dotychczasowego zabezpieczenia wniesionego w innej formie niż w pieniądzu, Zamawiający zmienia formę na zabezpieczenie w pieniądzu, przez wypłatę kwoty z dotychczasowego zabezpieczenia. Wypłata, o której mowa w zdaniu poprzedzającym, następuje nie później niż w ostatnim dniu ważności dotychczasowego zabezpieczenia.”

Dodatkowo Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu, aby zmodyfikował § 8 projektu umowy poprzez wskazanie w jego treści, że zabezpieczenie może być tworzone przez potrącenia z należności za częściowo wykonane usługi oraz że w takim przypadku w dniu zawarcia Umowy Wykonawca jest obowiązany wnieść co najmniej 30% kwoty zabezpieczenia a Zamawiający wpłaca kwoty potrącane na rachunek bankowy w tym samym dniu, w którym dokonuje zapłaty faktury. Odwołujący wskazuje, że taki sposób wniesienia zabezpieczenia został przewidziany w art. 452 ust. od 4 do 6 ustawy Pzp a brak jest jakichkolwiek racjonalnych podstaw do tego, aby Zamawiający nie wyraził zgody na jego zastosowanie.

VI Odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 434 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 436 pkt 1 Pzp, a także naruszenie art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2 kc i art. 353¹ kc w związku z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez ukształtowanie postanowień umowy dotyczących prawa Zamawiającego do odstąpienia od umowy w sposób sprzeczny z ww. przepisami, a tym samym w sposób naruszający naczelne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zasadę przejrzystości i zasadę proporcjonalności (adekwatności), jak również w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współzycia społecznego, przepisami obowiązującego prawa oraz niegwarantujący zachowania wzajemności świadczeń i uczciwej konkurencji, tj. niejasne i niezrozumiałe sformułowanie postanowień

dotyczących odstąpienia od umowy przez Zamawiającego, **jak również naruszenie art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 395 § 1 kc, art. 58 § 1 i 2 kc i art. 353¹ kc w związku z art. 8 ust. 1 Pzp** poprzez brak wskazania w projekcie umowy terminu na skorzystanie przez Zamawiającego z prawa odstąpienia w części przypadków przewidzianych w projekcie umowy, mimo że skuteczne zastrzeżenie umownego prawa odstąpienia wymaga oznaczenia terminu na skorzystanie z niego, wskazać należy, co następuje.

1. Zgodnie z § 6 Umowne prawo odstąpienia i rozwiązania umowy, ust. 1., pkt 1.1 projektu umowy:

1. Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od Umowy w całości lub w części w przypadkach przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych, ustawie Kodeks Cywilny oraz w przypadkach, o których mowa w niniejszym paragrafie, jeżeli:

1.1 Wykonawca nienależyście realizuje Umowę, uporczywie naruszając warunki określone w § 3 oraz wymagania dotyczące taboru określonego w § 2 i Załączniku numer 2, jak również w sytuacji opisanej w § 5 ust. 3 pkt 3.4 Zamawiający wezwie Wykonawcę, aby w ciągu 14 dni kalendarzowych od otrzymania pisemnego wezwania wypełnił nałożone na niego obowiązki. Po bezskutecznym upływie 14-dniowego lub ww. terminu Zamawiający może odstąpić od Umowy;

Niezrozumiałe i ewidentnie błędne jest tutaj odesłanie do sytuacji opisanej w § 5 ust. 3 pkt 3.4 projektu umowy. W § 5 ust. 3 pkt 3.4 nie ma żadnego nawiązania do § 6 i do opisanej tam procedury poprzedzającej odstąpienie od umowy, natomiast takie odesłanie jest w § 5 ust. 3 **pkt 3.5:**

„3.5 w przypadku, gdy pomimo ponownego wyznaczenia terminu autobusy nie będą spełniać wymagań, Zamawiający naliczy karę umowną zgodnie z Załącznikiem numer 7 pkt 2.2 do Umowy od dnia odpowiadającego terminowi wyznaczonemu zgodnie z postanowieniami ust. 3 pkt 3.4 do dnia, w którym Zamawiający potwierdzi spełnienie przez wszystkie autobusy wymagań. Po upływie tego terminu Zamawiający zastosuje procedurę opisaną w § 6 ust. 1 Umowy;”

Niezrozumiałe jest też wskazanie w § 6, ust. 1., pkt 1.1 projektu umowy, że: Po bezskutecznym upływie 14-dniowego lub ww. terminu Zamawiający może odstąpić od Umowy.

Nie wiadomo o jaki „ww. termin” tutaj chodzi, gdyż w § 6, ust. 1., pkt 1.1 projektu umowy określono tylko 1 termin, tj. 14 dni kalendarzowych od otrzymania pisemnego wezwania.

Biorąc pod uwagę okoliczności wskazane powyżej, **Odwolujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu, aby zmodyfikował § 6, ust. 1., pkt 1.1 projektu umowy poprzez:**

1) zastąpienie odesłania do sytuacji opisanej w § 5 ust. 3 pkt 3.4 Umowy odesłaniem do sytuacji opisanej w § 5 ust. 3 pkt 3.5 Umowy oraz

2) usunięcie z jego treści sformułowania „lub ww. terminu”.

2. W kolejnych punktach w § 6, ust. 1. projektu umowy Zamawiający wskazał w jakich przypadkach będzie mu przysługiwać prawo odstąpienia od Umowy w całości lub w części. Zamawiający nie określił jednak dla wszystkich przypadków terminu na skorzystanie przez niego z umownego prawa odstąpienia. Takiego terminu brak w pkt 1.1, 1.2 i 1.3, gdyż wskazano w nich jedynie jakie warunki muszą zostać spełnione, aby Zamawiający mógł odstąpić od umowy, nie wskazano natomiast w jakim terminie może on z tego prawa skorzystać. Analogiczny brak występuje w § 6, ust. 2. projektu umowy, w którym wskazano, że:

„Wykonawcy przysługuje prawo odstąpienia od Umowy w całości lub w części w przypadkach przewidzianych w ustawie Prawo Zamówień Publicznych, ustawie Kodeks Cywilny oraz w przypadkach, o których mowa w niniejszym paragrafie, jeżeli Zamawiający nie wykonuje lub nienależyte realizuje Umowę w zakresie obowiązku określonego w § 4 ust. 12 Wykonawca wezwie Zamawiającego, aby w ciągu 14 dni kalendarzowych od otrzymania pisemnego wezwania dokonał zapłaty należnego mu wynagrodzenia. Po bezskutecznym upływie 14-dniowego terminu Wykonawca może odstąpić od Umowy.”

Zatem również tutaj określone zostały jedynie warunki, które muszą zostać spełnione, aby Wykonawca mógł odstąpić od umowy, nie wskazano natomiast w jakim terminie może on z tego prawa skorzystać.

Tymczasem zgodnie z regulacją art. 395 § 1. kc: *Można zastrzec, że jednej lub obu stronom przysługiwać będzie w ciągu oznaczonego terminu prawo odstąpienia od umowy. Prawo to wykonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie.*

Zatem warunkiem koniecznym do skutecznego zastrzeżenia umownego prawa odstąpienia jest określenie w umowie w jakim terminie uprawniona strona będzie mogła z niego skorzystać. W postanowieniach umowy wskazanych powyżej Zamawiający tego nie zrobił, co ma bardzo poważne konsekwencje. W orzecznictwie przyjmuje się bowiem powszechnie, że zastrzeżenie umownego prawa odstąpienia od umowy jest nieważne, gdy nie zawiera wymaganego przez art. 395 § 1 kc oznaczonego terminu, w ciągu którego prawo odstąpienia przysługiwałoby stronie. Takie stanowisko zostało wyrażone m.in. w wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 31 grudnia 2021 r., I ACa 639/21, w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2017 r., I CSK 718/16, oraz w wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 26 sierpnia 2016 r., I ACa 264/16. Powyższe stanowisko jest również powszechnie spotykane w orzecznictwie KIO. Przykładowo, w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2014 r., KIO 139/14, Izba

wskazał, że: „Przesłanką ważności zastrzeżenia umownego prawa odstąpienia jest określenie terminu, w którym odstąpienie może nastąpić. Wymóg ten, odnoszący się do każdego przypadku zastrzeżenia umownego prawa odstąpienia ma na celu wyeliminowanie stanu niepewności, jaki wprowadza do stosunku zobowiązaniowego zastrzeżenie prawa odstąpienia.”

Biorąc pod uwagę okoliczności wskazane powyżej, **Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu**, aby zmodyfikował § 6, ust. 1., pkt 1.1, 1.2 i 1.3 oraz ust. 2 projektu umowy poprzez określenie w ich treści terminu, w ciągu którego prawo odstąpienia przysługuje uprawnionej stronie. W ocenie Odwołującego termin ten powinien w każdym z ww. przypadków wynosić 1 miesiąc.

VII Odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 434 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 436 pkt 1 Pzp, a także naruszenie art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2 kc i art. 353¹ kc w związku z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez ukształtowanie postanowień umowy dotyczących prawa Zamawiającego do rozwiązania umowy w trybie natychmiastowym bez jej wypowiedzenia w sposób sprzeczny z ww. przepisami, a tym samym w sposób naruszający naczelne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zasadę przejrzystości i zasadę proporcjonalności (adekwatności), jak również w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przepisami obowiązującego prawa oraz niegwarantujący zachowania wzajemności świadczeń i uczciwej konkurencji, tj. poprzez przyznanie Zamawiającemu prawa do rozwiązania umowy w trybie natychmiastowym bez jej wypowiedzenia w przypadku gdy Wykonawca stracił płynność finansową lub nastąpiło zagrożenie płynności finansowej, a Wykonawca nie powiadomił o tym fakcie Zamawiającego, mimo że umowę w sprawie zamówienia publicznego zawiera się na czas określony, a jednostronne rozwiązanie umowy przez Zamawiającego powinno mieć charakter absolutnie wyjątkowy i dopuszczalny wyłącznie w przypadkach, gdy Wykonawca w sposób rażący i uporczywy narusza istotne postanowienia umowy, wskazać należy, co następuje.

1. Zamawiający wskazał w § 6 Umowne prawo odstąpienia i rozwiązania umowy, ust. 5., pkt 5.2 projektu umowy, że:

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

(...)

5.2 Wykonawca stracił płynność finansową lub nastąpiło zagrożenie płynności finansowej, a Wykonawca nie powiadomił o tym fakcie Zamawiającego;

Jak wynika z powyższego, podstawą do rozwiązania umowy w trybie natychmiastowym jest zarówno utrata przez Wykonawcę płynności finansowej jak i samo zagrożenie płynności finansowej, jeśli Wykonawca nie powiadomił o tym fakcie Zamawiającego. Co istotne, Zamawiający nigdzie nie zdefiniował ani pojęcia płynności finansowej, ani pojęcia utraty płynności finansowej ani pojęcia zagrożenia płynności finansowej. W przypadku płynności finansowej dość powszechnie przyjmuje się, że jest to zdolność podmiotu do wywiązywania się (spłacania) w terminie najbardziej wymagalnych (krótkoterminowych) zobowiązań (np. związanych z zapłatą kontrahentom za wyroby i usługi, wypłatą wynagrodzeń, itp.). Jednak nawet przy przyjęciu takiego rozumienia płynności finansowej pojawia się zasadnicza wątpliwość w jakiej konkretnie sytuacji można mówić o utracie płynności finansowej. Czy za utratę płynności finansowej uznać należy sytuację, w której wykonawca nie jest w stanie opłacić jakiegokolwiek (choćby jednego) wymagalnego zobowiązania, nawet jeśli jego wysokość jest niewielka? Nie wiadomo, projekt umowy tego nie rozstrzyga.

Równie niejasne i nieprecyzyjne jest wskazane w projekcie umowy „zagrożenie płynności finansowej”, uznać bowiem należy, że nie jest to sytuacja, w której wykonawca utracił zdolność do wywiązywania się (spłacania) w terminie najbardziej wymagalnych (krótkoterminowych) zobowiązań, ale kiedy pojawia się zagrożenie, że taką zdolność utraci. Jest to zatem kwestia bardzo ocenna i niejednoznaczna, bowiem praktycznie każda sytuacja występująca w toku prowadzenia działalności gospodarczej może być uznana za „zagrożenie płynności finansowej”.

Konsekwencją niejasnych i nieprecyzyjnych określeń użytych w § 6, ust. 5., pkt 5.2 projektu umowy jest to, że Wykonawca może uznać, iż nie stracił płynności finansowej, względnie iż nie nastąpiło zagrożenie jego płynności finansowej, i na tej podstawie nie informować Zamawiającego. Z kolei Zamawiający może uznać, że stało się inaczej a że Wykonawca nie powiadomił o tym fakcie Zamawiającego, to Zamawiający może rozwiązać Umowę w trybie natychmiastowym. Zatem kwestionowana przesłanka rozwiązania umowy w trybie natychmiastowym jest bardzo niebezpieczna dla Wykonawcy, gdyż w bardzo wielu sytuacjach Zamawiający może uznać, że nastąpiło np. zagrożenie płynności finansowej Wykonawcy, o którym powinien zostać poinformowany a nie został. Sposób sformułowania kwestionowanej przesłanki rozwiązania umowy jest tak ogólny, że de facto pozwala Zamawiającemu na zupełnie dowolne rozwiązanie umowy, pod każdym pretekstem i w każdej sytuacji.

Drugą kwestią jest to, że projekt umowy nie określa żadnego terminu, w którym Wykonawca ma powiadomić Zamawiającego o utracie płynności finansowej lub o zagrożeniu płynności finansowej. Tymczasem to dopiero brak powiadomienia o tym fakcie uprawnia Zamawiającego do rozwiązania umowy w trybie natychmiastowym. Jest zatem konieczne, aby Wykonawca wiedział w jakim terminie musi powiadomić Zamawiającego o powyższym zdarzeniu, bowiem nie sposób oczekiwać, aby powiadomił o nim natychmiast, zaraz po jego wystąpieniu. Projekt umowy takiego, choćby minimalnego terminu nie określa, co oczywiście jeszcze bardziej ułatwia Zamawiającemu skorzystanie z prawa rozwiązania umowy w trybie natychmiastowym. Nawet bowiem jeśli Wykonawca ustali, że utracił płynność finansową, i będzie chciał o tym poinformować Zamawiającego niezwłocznie, tj. już następnego dnia, to Zamawiający będzie mógł wcześniej odstąpić od umowy, uznając, że Wykonawca nie dokonał wymaganego powiadomienia o tym fakcie.

2. Odwołujący wskazuje i podkreśla, że zgodnie z art. 434 ust. 1 ustawy Pzp umowę w sprawie zamówienia publicznego zawiera się na czas oznaczony (wyjątki dopuszczające zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego na czas nieokreślony zostały wskazane w art. 435 ustawy Pzp). Odpowiednio do tego w art. 436 pkt 1 ustawy Pzp wskazano, że umowa w sprawie zamówienia publicznego zawiera postanowienia określające w szczególności planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną.

Na podstawie powyższych przepisów ustawy Pzp przyjmuje się, że co do zasady umowy w sprawach zamówień publicznych zawierane są na czas oznaczony, a cechą takich umów jest ich trwałość rozumiana w ten sposób, że przepisy Pzp nie przewidują możliwości dowolnego rozwiązywania takich umów zarówno przez zamawiającego, jak i wykonawcę. Jeżeli taka umowa jest wykonywana należycie, to powinna obowiązywać do upływu terminu jej wykonywania. W wyroku z dnia 22 stycznia 2014 r., KIO 24/14, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że: *„Cechą tego stosunku zobowiązaniowego jest trwałość, rozumiana w ten sposób, że ustawa nie przewiduje możliwości dowolnego rozwiązywania tego stosunku przez żadną ze stron. Jest to całkowicie zrozumiałe, biorąc pod uwagę, iż wykonawcy mogą racjonalnie skalkulować cenę, wysokość opłat oraz inne parametry finansowe, a także przewidzieć ryzyko związane z kontraktem (w tym ryzyko czy poniesione przez nich nakłady zostaną zrekompensowane*

przychodami uzyskanymi w określonym okresie obowiązywania umowy), jedynie wówczas, gdy mogą przewidzieć, przez jaki odcinek czasu strony umowy pozostaną nią związane.”

Podobnie w wyroku z dnia 26 stycznia 2023 r., KIO 104/23, skład orzekający uznał, że: „cechą stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umów zawieranych w reżimie prawa zamówień publicznych jest trwałość, rozumiana w ten sposób, że ustawa Pzp nie przewiduje możliwości dowolnego rozwiązywania tego stosunku przez żadną ze stron. Ustawodawca dał wyraz zasadzie trwałości i ciągłości stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy o udzielenie zamówienia publicznego poprzez określenie w Rozdziale 4 ustawy Pzp sytuacji uzasadniających odstąpienie do realizacji umowy oraz jej unieważnienie. Przyznanie podmiotom publicznym możliwość dowolnego rozwiązywania umów, w oparciu o nieweryfikowalne obiektywnie i dowolne przestanki stoi w sprzeczności z interesem publicznym oraz zasadą racjonalnego i efektywnego gospodarowania środkami publicznymi. Celem bowiem postępowania o zamówienie publiczne jest wybór oferty najkorzystniejszej w perspektywie całego okresu jej obowiązywania i realizacja na podstawie takiej umowy określonych potrzeb publicznych. Zamawiający nie może wprowadzać do wzoru umowy postanowień, które de facto powodują, że wybór oferty i zawarcie umowy ma charakter „tymczasowy”, lub „warunkowy”, z uwagi na to, że podmiot publiczny zastrzega sobie prawo rozwiązania umowy na podstawie dowolnej, niedającej się jednoznacznie i obiektywnie zweryfikować przestanki, zastosowanie której jest wyłącznie zależne woli zamawiającego co do kontynuacji finansowania zamówienia.” Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła też, że: „zasada ciągłości stosunku zobowiązaniowego wynikająca z umów o udzielenie zamówienia publicznego leży u podstaw kalkulacji kosztów realizacji zamówienia przez wykonawców, jak również stanowi istotny element strategii rozwoju działalności gospodarczej wykonawców. Rozwój zaś gospodarczy podmiotów prywatnych poprzez udział w rynku zamówień publicznych, pewność relacji handlowych z partnerami publicznymi stanowi istotny i niezwykle ważny czynnik w rozwoju gospodarczego kraju. Gdyby zatem dopuścić możliwość rozwiązywania umów przez podmioty publiczne w oparciu o nieskonkretyzowane przestanki, niemające oparcia w przepisach ustawy Pzp, niewątpliwie takie działania stanowiłyby istotne zagrożenia dla stabilności relacji gospodarczych z podmiotami publicznymi, a tym samym stałyby w sprzeczności z dążeniem do budowania silnego, przewidywalnego i konkurencyjnego rynku zamówień publicznych.”

Powyższe wypowiedzi Izby w całej rozciągłości stosują się w niniejszej sprawie i przesądzają o nielegalności § 6, ust. 5., pkt 5.2 projektu umowy.

Biorąc pod uwagę okoliczności wskazane powyżej, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu, aby zmodyfikował § 6, ust. 5. projektu umowy poprzez usunięcie z niego pkt 5.2.

VIII Odnosnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp a także art. 353¹ kodeksu cywilnego i art. 483 § 1 kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie w projekcie umowy możliwości nałożenia dwóch różnych kar umownych za ten sam przypadek nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego przez Wykonawcę, mimo że zgodnie z art. 483 § 1 kodeksu cywilnego kary umowne mogą być kumulowane, ale tylko jeśli chodzi o kary zastrzeżone za różne postacie nienależytego wykonania zobowiązania, wskazać należy, co następuje.

1. Zamawiający wskazał w § 7 Kary umowne, ust. 1. projektu umowy, że: „Zasady i wysokość kar umownych określone są w Załączniku numer 7.” Z kolei w Załączniku nr 7 do umowy (Zasady naliczania i wielkość kar umownych) Zamawiający przewidział 2 różne kary umowne za to samo, tj. za niedopełnienie obowiązku z § 3 ust. 6 pkt 6.13 projektu umowy:

„3. 2 000 zł za niewywiązywanie się z obowiązków określonych w Umowie:

(...)

3.4. § 3 ust. 6 pkt 6.13 – za każdy przypadek braku sprawności instalacji niezbędnej do prawidłowego działania systemu URBANCARD, stwierdzony przez serwis operatora tego systemu;

(...)

4. 1 000 zł za niewywiązywanie się z obowiązków określonych w Umowie:

(...)

4.5 § 3 ust. 6 pkt 6.13 - za każdy dzień kalendarzowy, w którym autobus jeździł z niedziałającymi kasownikami elektronicznymi z powodu niesprawnej instalacji, o której mowa w Załączniku numer 13;”

Zgodnie z § 3 ust. 6 pkt 6.13 projektu umowy Wykonawca w okresie trwania Umowy jest zobowiązany do: „utrzymania w sprawności instalacji niezbędnej do działania urządzeń systemu URBANCARD (kasowników elektronicznych i jednostek centralnych) zainstalowanych w autobusach”. W świetle przytoczonych powyżej postanowień Załącznika nr 7 do umowy okazuje się, że Wykonawca za to samo uchybienie, tj. brak sprawności instalacji niezbędnej do prawidłowego działania systemu URBANCARD, będzie mógł być ukarany dwa razy, tj. dwiema różnymi karami umownymi. Choć przesłanki naliczenia ww. dwóch kar umownych zostały

sformułowane w nieco odmienny sposób, to w rzeczywistości praktycznie każdy przypadek braku sprawności instalacji niezbędnej do prawidłowego działania systemu URBANCARD będzie mógł być zakwalifikowany jako podstawa do naliczenia zarówno kary umownej z pkt 3. ppkt 3.4. jak i kary umownej z pkt 4. ppkt 4.5. Co więcej, z żadnego postanowienia Załącznika nr 7 do umowy oraz projektu umowy nie wynika, że Zamawiający będzie mógł naliczyć tylko jedną z dwóch ww. kar umownych za ten sam przypadek braku sprawności instalacji niezbędnej do prawidłowego działania systemu URBANCARD. Należy zatem przyjąć, że Zamawiający może za to samo zdarzenie nałożyć jednocześnie obie ww. kary.

Odwołujący respektuje prawo Zamawiającego do zabezpieczenia należytego wykonania umowy poprzez przewidzenie kar umownych na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań niepieniężnych przez Wykonawcę. Jednak zastrzeżenie dwóch różnych kar umownych za to samo uchybienie nie ma żadnego uzasadnienia i powoduje, że zastrzeżone kary mają charakter wyłącznie represyjny a nie odszkodowawczy. Ponadto utrwalony jest już w orzecznictwie pogląd, iż dopuszczalne jest zastrzeżenie w jednej umowie kilku kar umownych, tj. że mogą one być kumulowane, ale tylko jeśli chodzi o kary zastrzeżone za różne postacie nienależytego wykonania zobowiązania. Dopuszczalność zastrzeżenia kilku kar umownych możliwa jest zatem jedynie wówczas, o ile każda z nich związana jest z innym przejawem niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania i o ile kary te wzajemnie się nie wykluczają. Powyższe potwierdza stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwale z dnia 16 stycznia 1984 roku (sygn. III CZP 70/83), zgodnie z którym kary umowne za to samo zachowanie nie podlegają kumulacji, a co za tym idzie w przypadku takiego zastrzeżenia, w zależności od okoliczności faktycznych, przysługuje jedynie jedna z zastrzeżonych kar.

2. Biorąc pod uwagę okoliczności wskazane powyżej, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu, aby zmodyfikował Załącznik nr 7 do umowy (Zasady naliczania i wielkość kar umownych) poprzez usunięcie z niego pkt 3. ppkt 3.4. o treści:

„3.4. § 3 ust. 6 pkt 6.13 – za każdy przypadek braku sprawności instalacji niezbędnej do prawidłowego działania systemu URBANCARD, stwierdzony przez serwis operatora tego systemu;”

IX **Odnosnie zarzutu naruszenia naruszenie art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 433 pkt 2 ustawy Pzp, a także naruszenie art. 483 § 1 kc, art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2 kc i art. 353¹ kc w związku z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez przewidzenie w projekcie umowy kary**

umownej (w postaci pomniejszenia wynagrodzenia Wykonawcy na podstawie Załącznika numer 8 do umowy) w przypadku niepodpisania aneksu do umowy przez Wykonawcę w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, mimo że zgodnie z obowiązującymi przepisami projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem a kara umowna ma służyć naprawieniu szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego, wskazać należy, co następuje.

1. W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, że zgodnie z postanowieniami § 7 Kary umowne, zawartymi w projekcie umowy, kary umowne to nie tylko kary naliczane na zasadach i w wysokościach określonych w Załączniku numer 7 do umowy, ale także pomniejszenie wynagrodzenia Wykonawcy na podstawie Załącznika numer 8 do umowy. Powyższe wynika jasno i wyraźnie z:

1) § 7, ust. 2. projektu umowy, zgodnie z którym: „*Przed ostateczną decyzją o naliczeniu kary przez Zamawiającego Wykonawca o tym fakcie zostanie powiadomiony pisemnie. Wykonawca ma prawo odwołania się od nałożonej kary w terminie 5 dni roboczych (za dzień roboczy Zamawiający uznaje dni robocze przypadające od poniedziałku do piątku) od otrzymania takiej informacji. Zamawiający rozpatruje odwołanie Wykonawcy w terminie 10 dni roboczych i w tym okresie ma prawo żądania przedstawienia przez Wykonawcę dodatkowych dokumentów, wyjaśnień w zakresie dozwolonym przez obowiązujące prawo. **Powyższe zapisy nie dotyczą naliczania kar z tytułu braku wymagań w zakresie punktualności i jakości usług przewozowych, o których mowa w Załączniku numer 8.***”;

2) § 7, ust. 14. projektu umowy, zgodnie z którym: „*Łączna wielkość kar umownych z tytułu niewłaściwej realizacji Umowy nie może przekroczyć 20% wartości wynagrodzenia brutto określonego w § 4 ust.1 (**suma kar z Załącznika numer 7 i pomniejszenia wynagrodzenia z Załącznika numer 8**). Jest to maksymalna wielkość kar umownych których mogą dochodzić Strony.*”

Zatem do pomniejszania wynagrodzenia Wykonawcy na podstawie Załącznika numer 8 do umowy stosują się wszystkie przepisy dotyczące kar umownych. Najważniejszym przepisem jest tutaj oczywiście art. 483 § 1. kc, zgodnie z którym można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). W orzecznictwie i literaturze przedmiotu nie budzi wątpliwości, że kara umowna jest umowną sankcją cywilnoprawną, która przewidziana

jest na wypadek naruszenia więzi obligacyjnej przez dłużnika (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 27 września 2013 r., I CSK 748/12). Umożliwia ona w wypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika dochodzenie od niego przez wierzyciela określonej sumy pieniężnej, którą określa się technicznie jako karę umowną. Aby postanowienie umowne regulujące karę umowną było ważne i mogło wyrzucić skutki prawne, musi zawierać określone *essentialia negotii*. Do takich elementów kary umownej należy zaliczyć przede wszystkim określenie zobowiązania, a przynajmniej pojedynczego obowiązku, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie rodzi obowiązek zapłaty kary, a więc wskazanie tytułu jej naliczenia.

Z kolei art. 433 pkt 2 ustawy Pzp odnośnie umów w sprawie zamówienia publicznego wskazuje, że projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem. Kary umowne nie powinny bowiem prowadzić do nieuzasadnionego bogacenia się zamawiającego. Podstawowymi funkcjami kar umownych są funkcje odszkodowawcza i dyscyplinująca, motywujące wykonawcę do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy, wobec czego powinny być one z nim związane. Już na gruncie ustawy Pzp z 2004 r. KIO wskazała (zon. wyrok z 27 marca 2014 r., KIO 487/14), że zastrzegane w umowach o zamówienie publiczne kary umowne winny zmierzać do zabezpieczenia należytego wykonania umowy i pozostawać w związku z zasadniczymi obowiązkami wykonawcy, wynikającymi z przedmiotu zamówienia. Izba uznała za niedopuszczalne zastrzeżenie kar umownych niezwiązanych z uchybieniami wykonawcy w wykonaniu przedmiotu zamówienia, wskazując, że stanowią one przekroczenie przysługującego zamawiającemu uprawnienia do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Analogiczne stanowisko Izba wyraziła też w wyroku KIO z 23 listopada 2021 r., KIO 3277/21.

2. W nawiązaniu do powyższego Odwołujący wskazuje, że w Załączniku nr 8 do umowy (Stawki wynagrodzenia) w pkt 4. przewidziano pomniejszenie wynagrodzenia Wykonawcy:

„4. W przypadku niepodpisania aneksu do umowy przez Wykonawcę w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie oraz sytuacji opisanej w Załączniku nr 9 pkt 5.

0,80 ceny wozokilometra dla wszystkich typów autobusów wymienionych w ust. 1 pomnożonej przez liczbę planowanych wozokilometrów zrealizowanych od wyznaczonego terminu podpisania aneksu lub dostarczenia wymaganych danych o których mowa w Załączniku nr 9 pkt 5.”

Przewidziane powyżej obniżenie ceny wozokilometra dla wszystkich typów autobusów do 0,80 (80%) danej stawki w przypadku niepodpisania aneksu do umowy przez Wykonawcę w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie w sposób oczywisty i rażąco narusza obowiązujące przepisy.

Przed wszystkim wskazać trzeba, że kwestionowane postanowienie jest tak ogólnie sformułowane, że obejmuje przypadek niepodpisania jakiegokolwiek aneksu do umowy przez Wykonawcę w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie – zatem sam fakt niepodpisania jakiegokolwiek aneksu będzie skutkował pomniejszeniem ceny wozokilometra dla wszystkich typów autobusów. W rezultacie Wykonawca jest tutaj zmuszany do podpisania każdego aneksu do umowy, który zaproponuje mu Zamawiający, w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, niezależnie od przedmiotu tego aneksu i skutków, jakie wywoła, pod rygorem utraty 20% należnego wynagrodzenia (!). Jest oczywiste, że podpisanie aneksu do umowy, tak samo jak podpisanie samej umowy, wymaga dobrowolnej zgody wykonawcy i nie może być na nim wymuszane, gdyż narusza to zasadę swobody umów. Co więcej, opisując w § 11 Zmiana umowy, ust. 4 projektu umowy sytuacje, w których dopuszczalna będzie zmiana umowy, Zamawiający prawidłowo wskazał, że: *4. Okoliczności, o których mowa ust. 2 stanowią katalog ewentualnych zmian postanowień Umowy, na które Zamawiający może wyrazić zgodę, jednakże nie stanowią one zobowiązania do wyrażenia takiej zgody przez Zamawiającego.*

Dokładnie ta sama zasada powinna obowiązywać w odniesieniu do Wykonawcy. Wykonawca nie ma obowiązku zgodzić się na każdą zmianę postanowień umowy (na podpisanie jakiegokolwiek aneksu do umowy) i nie przyjmuje na siebie takiego obowiązku poprzez zawarcie umowy z Zamawiającym. Wykonawca, składając ofertę i wnosząc wadium, zobowiązuje się do zawarcia umowy na warunkach określonych w ofercie. Nie zobowiązuje się natomiast do podpisania każdego aneksu do umowy, który zaproponuje Zamawiający. Brak takiego zobowiązania po stronie Wykonawcy jest przy tym oczywisty, gdyż rażąco sprzeczna z zasadą swobody umów byłaby umowa, w której jedna ze stron zobowiązałaby się z góry do podpisania każdego aneksu do umowy, który zaproponuje druga strona, niezależnie od przedmiotu tego aneksu i skutków, jakie wywoła.

Kwestionowane powyżej postanowienie prowadzi do tego, że jeżeli np. Zamawiający zaproponuje zmianę umowy pomniejszającą wynagrodzenie Wykonawcy, to Wykonawca będzie się musiał na taką zmianę zgodzić pod rygorem utraty 20% należnego wynagrodzenia (!). Tak samo będzie w sytuacji gdy, Zamawiający zaproponuje zmianę umowy skracającą okres realizacji zamówienia, zmniejszającą liczbę wzm do wykonania czy wprowadzającą obowiązek realizacji

pracy przewozowej wyłącznie autobusami zeroemisyjnymi czy inne zmiany skutkujące zmniejszeniem wynagrodzenia wykonawcy lub zwiększeniem kosztów, jakie będzie musiał ponieść. Takie uregulowanie wzajemnych praw i obowiązków stron umowy jest wręcz rażąco niesprawiedliwe i krzywdzące dla Wykonawcy.

Dodatkowo wskazać należy, że projekt umowy nie określa żadnego minimalnego terminu, który Zamawiający będzie musiał zachować, wyznaczając Wykonawcy termin do podpisania aneksu. Można zatem sobie wyobrazić sytuację, w której Zamawiający wyznaczy termin bardzo krótki i praktycznie niemożliwy do dotrzymania, np. jedną godzinę od momentu otrzymania przez Wykonawcę wezwania do podpisania aneksu, a po jego upływie zacznie stosować karę umowną przewidzianą w Załączniku nr 8 do umowy w pkt 4.

Trzeba też podkreślić, że kara umowna w postaci pomniejszenia wynagrodzenia Wykonawcy za niepodpisanie aneksu do umowy przez Wykonawcę w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie jest rażąco niezgodna zarówno art. 483 § 1. Kc jak i z art. 433 pkt 2 ustawy Pzp. Nie jest to bowiem kara umowna przewidziana na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika, gdyż podpisując umowę z Zamawiającym Wykonawca nie przyjmuje na siebie obowiązku podpisania każdego aneksu do umowy, który zaproponuje Zamawiający. Nie jest to też kara umowa za zachowanie wykonawcy związane choćby pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem, przedmiotem umowy nie jest bowiem zobowiązanie się wykonawcy do podpisania każdego aneksu do umowy, który zaproponuje Zamawiający, natomiast odmowa podpisania aneksu zaproponowanego przez Zamawiającego nie ma żadnego związku z prawidłowym wykonaniem umowy, w szczególności nie jest przypadkiem nieprawidłowego wykonania umowy.

3. Odwołujący wskazuje ponadto, że również przewidziane w pkt 4. Załącznika nr 8 do umowy obniżenie ceny wozokilometra dla wszystkich typów autobusów do 0,80 (80%) danej stawki w przypadku zaistnienia sytuacji opisanej w Załączniku nr 9 pkt 5. w sposób oczywisty i rażąco narusza obowiązujące przepisy. Chodzi bowiem o sytuację, w której Wykonawca nie dostarczył Zamawiającemu danych potrzebnych do wyliczenia wskaźników, o których mowa w Załączniku nr 9 do umowy, pkt. 1. Nie jest to zatem kara umowa za zachowanie wykonawcy związane choćby pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem, przedmiotem umowy nie jest bowiem dostarczanie danych potrzebnych do wyliczenia wskaźników, o których mowa w Załączniku nr 9 do umowy, pkt. 1., a brak dostarczenia ww. danych nie ma żadnego związku z prawidłowym wykonaniem umowy, w szczególności nie jest przypadkiem

nieprawidłowego wykonania umowy. Jest oczywiste, że w sytuacji, w której Wykonawca nie dostarczył Zamawiającemu wymaganych danych potrzebnych do wyliczenia wskaźników, o których mowa w Załączniku nr 9 pkt. 1., wystarczającą „karą” będzie brak waloryzacji stawek wynagrodzenia wskazanych w Załączniku numer 8 do umowy. Scenariusza, w którym wskaźnik waloryzacji będzie ujemny, w świetle doświadczeń ostatnich 10 lat nie ma sensu tutaj rozważać.

Z tych samych względów Odwołujący kwestionuje również ostatnie zdanie w pkt 5. Załączniku nr 9 do umowy (Zasady waloryzacji wynagrodzenia), tj.: *„Brak ich dostarczenia w wyznaczonym terminie Zamawiający potraktuje jako celowy i pomniejszy wynagrodzenie do czasu ich otrzymania zgodnie z zapisami Załącznika numer 8 pkt 4”*. Zdanie to jest ściśle powiązane z kwestionowanymi postanowieniami pkt 4. Załącznika nr 8 do umowy i tym samym również narusza obowiązujące przepisy.

4. Biorąc pod uwagę okoliczności wskazane powyżej, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu, aby zmodyfikował pkt 4. w Załączniku nr 8 do umowy (Stawki wynagrodzenia) poprzez:

- 1) usunięcie z jego treści wszelkich postanowień dotyczących niepodpisania aneksu do umowy przez Wykonawcę, oraz
- 2) wskazanie w jego treści, że w sytuacji opisanej w Załączniku nr 9 pkt 5. waloryzacja stawek wynagrodzenia, wskazanych w Załączniku numer 8 do umowy, nie zostanie przeprowadzona a wynagrodzenie Wykonawcy będzie obliczane przy uwzględnieniu dotychczasowej wysokości stawek wynagrodzenia wskazanych w Załączniku numer 8 do umowy, do momentu dostarczenia przez Wykonawcę wymaganych danych.

Odpowiednio do powyższego Odwołujący także wnosi o nakazanie Zamawiającemu, aby zmodyfikował pkt 5. w Załączniku nr 9 do umowy (Zasady waloryzacji wynagrodzenia) poprzez:

- 1) usunięcie z jego treści ostatniego zdania, tj.: *„Brak ich dostarczenia w wyznaczonym terminie Zamawiający potraktuje jako celowy i pomniejszy wynagrodzenie do czasu ich otrzymania zgodnie z zapisami Załącznika numer 8 pkt 4”* oraz
- 2) wskazanie w jego treści, że w sytuacji w nim opisanej waloryzacja stawek wynagrodzenia, wskazanych w Załączniku numer 8 do umowy, nie zostanie przeprowadzona a wynagrodzenie Wykonawcy będzie obliczane przy uwzględnieniu dotychczasowej wysokości stawek wynagrodzenia wskazanych w Załączniku numer 8 do umowy, do momentu dostarczenia przez Wykonawcę wymaganych danych.

X Odnosnie zarzutu naruszenia naruszenie art. 353¹ kc, art. 58 § 1 i 2 kc, art. 5 kc, w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp, art. 431 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie szeregu postanowień projektu umowy w sposób sprzeczny z ww. przepisami, a tym samym w sposób naruszający naczelne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zasadę przejrzystości i zasadę proporcjonalności (adekwatności), jak również w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współzycia społecznego, przepisami obowiązującego prawa oraz niegwarantujący zachowania wzajemności świadczeń i uczciwej konkurencji, jak również **naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie i wycenę oferty a także utrudnia uczciwą konkurencję, poprzez narzucenie Wykonawcy obowiązków niemożliwych do wykonania w terminach umownych, które powodują niemożliwy do oszacowania wzrost kosztów realizacji zamówienia a tym samym uniemożliwiają dokonanie rzetelnej wyceny oferty, wskazać należy, co następuje.**

1. Zamawiający wskazał w pkt III. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA, ppkt 5., że: *„Szczegółowe informacje dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia przedstawione zostały w Załączniku nr 1 do SWZ –Projekt umowy.”* Zatem przedmiot zamówienia został opisany w postanowieniach projektu umowy oraz w Załącznikach do projektu umowy. Skoro tak, to postanowienia te powinny spełniać wszystkie ustawowe wymagania dotyczące opisu przedmiotu zamówienia. Analiza postanowień projektu umowy nie pozostawia żadnych wątpliwości, że tak nie jest.

2. Zamawiający wskazał w § 2 Tabor, ust. 1., że:

„1. W celu realizacji usług przewozowych Wykonawca zobowiązany jest dysponować autobusami podstawowymi (w liczbie wskazanej w Załączniku numer 1a), dodatkowymi (w liczbie określonej w § 14) oraz zastępczymi (w liczbie, którą Wykonawca uzna za wystarczającą do właściwej realizacji usług przewozowych – liczba ta musi być większa od 0) o parametrach wskazanych w Załącznikach numer 2, 3, 4, 5, 10, 11, 12 i 13 do Umowy oraz spełniających wymogi ustawy z dnia 20 czerwca 1997 roku Prawo o ruchu drogowym (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1251) oraz przepisów wykonawczych do tej ustawy.”

Zamawiający zatem nie narzucił wykonawcom konkretnej liczby autobusów zastępczych, wskazał jedynie, że liczba ta musi być większa od 0, zatem musi się mieścić w

przedziale od 1 do $+\infty$. W rezultacie jest niemal pewne, że poszczególni wykonawcy na potrzeby kalkulacji ceny oferty przyjmą różne liczby autobusów zastępczych, przykładowo jeden wykonawca ograniczy się do minimum wymaganego przez Zamawiającego i przyjmie do kalkulacji 1 autobus zastępczy, natomiast drugi wykonawca podejdzie do sprawy rozsądnie i przyjmie do kalkulacji, że autobusów zastępczych będzie potrzebnych co najmniej kilka. To różne podejście wykonawców oczywiście przełoży się na wysokość zaoferowanych przez nich cen, gdyż wykonawca, który przyjmie do kalkulacji 1 autobus zastępczy, uwzględni w cenie oferty znacznie niższe koszty niż wykonawca, który przyjmie do kalkulacji, że autobusów zastępczych będzie potrzebnych co najmniej kilka. Przy tak sformułowanych postanowieniach umowy i zarazem opisie przedmiotu zamówienia każdy z wykonawców będzie mógł zupełnie inaczej określić koszty dotyczące autobusów zastępczych, co może doprowadzić i zapewne doprowadzi do złożenia nieporównywalnych ofert.

Powyższe niebezpieczeństwo pogłębia dodatkowo fakt, że Zamawiający nie określił także typu autobusu, którym może być autobusem zastępczym. Tymczasem w projekcie umowy jest przewidzianych aż sześć różnych typów autobusów (patrz Załącznik numer 2 do Umowy - minimalne wymagania techniczne dla autobusów i ich wyposażenia). Jest przy tym oczywiste, że zupełnie inne są koszty pozyskania i eksploatacji np. autobusu typu A (MINI), autobusu typu C (MAXI) oraz autobusu typu Ce (zeroemisyjny). Te autobusy różnią się nie tylko typem napędu (diesel / silnik elektryczny) ale także szeregiem innych parametrów, w tym przede wszystkim liczbą miejsc pasażerskich siedzących i stojących. Te wszystkie różnice przekładają się bezpośrednio na cenę zakupu i koszty eksploatacji ww. typów autobusów, które będą się od siebie różnić w zasadniczy sposób. Zatem w pełni realne jest niebezpieczeństwo, że jeden wykonawca przyjmie do kalkulacji 1 autobus zastępczy typu A, natomiast drugi wykonawca przyjmie do kalkulacji kilka autobusów zastępczych typu C, co może doprowadzić i zapewne doprowadzi do złożenia nieporównywalnych ofert.

Biorąc pod uwagę okoliczności wskazane powyżej, **Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu, aby zmodyfikował § 2, ust. 1. projektu umowy poprzez wskazanie w jego treści konkretnej liczby autobusów zastępczych, którymi Wykonawca ma dysponować, oraz określenie jakim konkretnie typem autobusu spośród typów przewidzianych w umowie ma być autobus zastępczy.**

3. Zamawiający wskazał w § 2 Tabor, ust. 6., pkt 6.1. projektu umowy, że:

„6. Autobus zastępczy powinien być uruchomiony przez Wykonawcę również w następujących przypadkach:

6.1 w przypadku eliminacji skutków narastającego opóźnienia z powodu wystąpienia kongestii - spóźnienia większego niż interwał wynikający z częstotliwości kursowania lub jeżeli interwał jest większy niż 15 minut - spóźnienia większego niż 14:59 minut;”

Po pierwsze, Zamawiający nigdzie nie zdefiniował pojęcia kongestii a potoczna definicja tego pojęcia nie jest precyzyjna. Przykładowo, w Wikipedii² kongestię zdefiniowano jako: chroniczne zjawisko większego natężenia ruchu środków transportu od przepustowości wykorzystywanej przez nie infrastruktury. Biorąc pod uwagę ogólność oraz nieprecyzyjność powyższej definicji w konkretnym wypadku może być naprawdę trudne albo wręcz niemożliwe do ustalenia, czy narastające opóźnienie wynika z wystąpienia kongestii czy jest może efektem zdarzenia uniemożliwiającego kontynuowanie jazdy autobusu podstawowego (w tym także zdarzenia niezależnego od Wykonawcy), o którym mowa w § 2, ust. 5, pkt 5.1 projektu umowy. Prawidłowe rozróżnienie czy mamy do czynienia z sytuacją opisaną w § 2, ust. 6., pkt 6.1. czy z sytuacją opisaną w § 2, ust. 5 pkt 5.1, ma natomiast zasadnicze znaczenie, gdyż w § 2, ust. 5, pkt 5.1 został precyzyjnie określony czas na uruchomienie autobusu zastępczego, zresztą bardzo krótki: „w czasie nie dłuższym niż 14:59 minut, a w przypadku jeżeli interwał wynikający z częstotliwości kursowania jest większy niż 45 minut – w czasie nie dłuższym niż 30 minut od rozkładowej godziny odjazdu z przystanku, od którego następuje włączenie”. Natomiast w § 2, ust. 6., pkt 6.1. nie ma żadnego wyznaczonego czasu na uruchomienie autobusu zastępczego, określono jedynie w jakich warunkach autobus zastępczy musi być uruchomiony.

Po drugie, zgodnie z § 2, ust. 7., pkt 7.2 projektu umowy:

„Autobusy zastępcze powinny być zgłoszone Zamawiającemu:

(...)

7.2 autobus zastępczy wykorzystywany zgodnie z ust. 6 (miejsce postoju, jego numer taborowy, zakres uruchomienia) - najpóźniej do godziny 7:00 dnia roboczego, którego dotyczy zgłoszenie z wyjątkiem dni wolnych od pracy (na przykład sobota, niedziela, święta) - w takim wypadku Wykonawca informuje wyprzedzająco Zamawiającego w dzień roboczy poprzedzający dzień wolny od pracy do godziny 7:00.”

Z powyższego postanowienia wynika zatem, że autobus zastępczy wykorzystywany zgodnie z ust. 6, czyli także autobus zastępczy uruchomiony przez Wykonawcę w przypadku

² <https://pl.wikipedia.org/wiki/Kongestia>

eliminacji skutków narastającego opóźnienia z powodu wystąpienia kongestii, musi zostać zgłoszony przez Wykonawcę **wyprzedzająco**, tj. najpóźniej do godziny 7:00 dnia roboczego, którego dotyczy zgłoszenie, albo wręcz na kilka dni wcześniej, tj. w przypadku dni wolnych od pracy - w dzień roboczy poprzedzający dzień wolny od pracy do godziny 7:00. Zatem w świetle kwestionowanych postanowień umowy wykonawca musi przewidzieć zarówno wystąpienie kongestii jak i to, że spóźnienie spowodowane kongestią będzie większe niż interwał wynikający z częstotliwości kursowania lub jeżeli interwał jest większy niż 15 minut - większe niż 14:59 minut. To w wielu wypadkach może się okazać bardzo trudne czy wręcz niemożliwe do spełnienia, gdyż wymaga od wykonawcy umiejętności przewidywania przyszłości, i to nieraz na kilka dni naprzód, bowiem w przypadku dni wolnych od pracy Wykonawca ma informować wyprzedzająco Zamawiającego w dzień roboczy poprzedzający dzień wolny od pracy do godziny 7:00. Jednocześnie jeśli wykonawca „źle przewidzi przyszłość”, to zostanie ukarany karą umowną. Zgodnie bowiem z § 2, ust. 8. projektu umowy: *„W przypadku braku zgłoszenia autobusu zastępczego Zamawiający naliczy karę zgodnie z Załącznikiem numer 7.”* Zamawiający wymaga zatem od wykonawców rzeczy niemożliwej, gdyż nikt nie jest w stanie przewidzieć ze 100% pewnością czy zjawisko kongestii wystąpi w przyszłości i czy przełoży się na spóźnienia większe niż interwał wynikający z częstotliwości kursowania lub jeżeli interwał jest większy niż 15 minut - większe niż 14:59 minut.

Reasumując, Zamawiający przerzuca na wykonawcę obowiązek i związane z nim ryzyko prawidłowego ustalenia, czy narastające opóźnienie wynika z wystąpienia kongestii czy jest może efektem zdarzenia uniemożliwiającego, jak również obowiązek i związane z nim ryzyko prawidłowego przewidzenia, czy zjawisko kongestii wystąpi w przyszłości. Takie obowiązki umowne są praktycznie niemożliwe do zrealizowania i nie sposób ustalić kosztów wiążących się z ich niewykonaniem, w szczególności kosztów uruchomienia autobusów zastępczych czy kar umownych przewidzianych w umowie.

Biorąc pod uwagę okoliczności wskazane powyżej, **Odwolujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu, aby zmodyfikował:**

- 1) § 2, ust. 6., pkt 6.1. projektu umowy poprzez precyzyjne i jednoznaczne określenie co uznaje się za wystąpienie kongestii i jak odróżnić wystąpienie kongestii od zdarzenia uniemożliwiającego kontynuowanie jazdy autobusu podstawowego (w tym także zdarzenia niezależnego od Wykonawcy), o którym mowa w § 2, ust. 5, pkt 5.1 projektu umowy, oraz
- 2) § 2, ust. 7., pkt 7.2 projektu umowy poprzez:
 - wykreślenie go w całości albo

- zmodyfikowanie jego treści poprzez wskazanie w wyraźny sposób, że dotyczy wyłącznie autobusu zastępczego wykorzystywanego zgodnie z § 2, ust. 6, pkt 6.2 Umowy.

4. Zamawiający wskazał w § 2 Tabor, ust. 5., pkt 5.1. projektu umowy, że:

„5. Autobus zastępczy powinien być uruchomiony przez Wykonawcę w następujących przypadkach:

5.1 w przypadku zdarzenia uniemożliwiającego kontynuowanie jazdy autobusu podstawowego (w tym także zdarzenia niezależnego od Wykonawcy) w czasie nie dłuższym niż 14:59 minut, a w przypadku jeżeli interwał wynikający z częstotliwości kursowania jest większy niż 45 minut – w czasie nie dłuższym niż 30 minut od rozkładowej godziny odjazdu z przystanku, od którego następuje włączenie;”

Jak wynika z powyższego czas na uruchomienie autobusu zastępczego jest bardzo krótki i w większości wypadków będzie wynosił nie więcej niż 14:59 minut. Biorąc pod uwagę warunki ruchu drogowego na obszarze Wrocławia jak i to, że Wrocław od wielu lat znajduje się na pierwszym miejscu w rankingu najbardziej zakorkowanych miast w Polsce, dotrzymanie czasu na uruchomienie autobusu zastępczego będzie w większości wypadków niemożliwe. Według raportu "Traffic Index" za 2024 rok średni czas przejazdu 10 km na obszarze Wrocławia to 28 minut i 56 sekund a statystyczny mieszkaniec Wrocławia stracił w 2024 roku 107 godzin stojąc w korkach. Co więcej, nie tylko, że Wrocław znalazł się na szczycie zestawienia najbardziej zakorkowanych miast w Polsce, jednocześnie zajął on pod tym względem 44. miejsce na świecie – spośród analizowanych 500 miast (!). Wobec tak wysokiego zatłoczenia dróg narzucony przez Zamawiającego czas na uruchomienie autobusu zastępczego trudno określić inaczej niż nierealny.

Co więcej, w Załączniku numer 8 do Umowy Zamawiający przewidział kary umowne w postaci pomniejszenie wynagrodzenia Wykonawcy w razie:

1) „2.1.6 odjazdu opóźnionego na podstawie danych z SAKP (a w przypadku braku jego działania na podstawie własnych kontroli w terenie) - na danym odcinku trasy danego kursu (w tym spowodowane opóźnieniem w wyniku uruchomienia autobusu zastępczego), tylko na odcinku na którym nastąpiło opóźnienie” – obniżenie do 0,80 ceny wozokilometra;

2) „2.2.3 odjazdu znacznie opóźnionego na podstawie danych z SAKP (a w przypadku braku jego działania na podstawie własnych kontroli w terenie) - na danym odcinku trasy danego kursu (w tym spowodowane znacznym opóźnieniem w wyniku uruchomienia autobusu zastępczego), tylko na odcinku na którym nastąpiło opóźnienie” – obniżenie do 0,60 ceny wozokilometra;

3) w przypadku wystąpienia odjazdów niezrealizowanych - stawka za wszystkie kursy na danej linii wyliczona z uwzględnieniem procentu uchybień w stosunku do pozostałych przystanków na danej linii w zaokrągleniu w górę.

W Załączniku numer 4 do umowy wyjaśniono natomiast, że:

„2.2. *za odjazd opóźniony uważa się każdy przypadek spóźnienia większego niż 2:59 minut i mniejszego niż 14:59 minut w stosunku do czasu ustalonego w rozkładzie jazdy;*

2.3. *za odjazd znacznie opóźniony uważa się każdy przypadek spóźnienia większego niż 14:59 minut i mniejszego niż 29:59 minut w stosunku do czasu ustalonego w rozkładzie jazdy;*

(...)

2.6. *za odjazd niezrealizowany uważa się każdy przypadek:*

(...)

2.6.5. *opóźnienia powyżej 29:59 minut w stosunku do czasu ustalonego w rozkładzie jazdy.”*

Powyższe postanowienia, zwłaszcza biorąc pod uwagę opisane powyżej warunki ruchu drogowego na obszarze Wrocławia, trudno oceniać inaczej niż jako bardzo restryktywne.

Odwołujący wykazał powyżej, że Zamawiający powinien dopuścić, aby autobusy dodatkowe (w liczbie określonej w § 14 Umowy) mogły być wykorzystywane w celu realizacji usług przewozowych jako autobusy zastępcze, o których mowa w Umowie. Ponadto Odwołujący wykazał powyżej, że Zamawiający powinien wskazać konkretną liczbę autobusów zastępczych, którymi Wykonawca ma dysponować, oraz określić jakim konkretnie typem autobusu spośród typów przewidzianych w umowie ma być autobus zastępczy. Jednak nawet wprowadzenie powyższych zmian nie będzie łagodziło nadmiernej surowości postanowień umowy. W związku z powyższym, **Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu, aby zmodyfikował Załącznik numer 8 do Umowy - Stawki wynagrodzenia, względnie § 7 Kary umowne w projekcie umowy, poprzez wprowadzenie w jednym z ww. postanowienia, zgodnie z którym Wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności i nie nastąpi pomniejszenie jego wynagrodzenia według Załącznika numer 8 jeśli wystąpienie odjazdu opóźnionego, odjazdu znacznie opóźnionego lub odjazdu niezrealizowanego będzie wynikać z wykorzystania przez Wykonawcę do realizacji przewozów wszystkich posiadanych przez Wykonawcę autobusów dodatkowych i zastępczych, o których mowa w Umowie.**

Odwołujący podkreśla, że powyższa modyfikacja postanowień umownych to **absolutne minimum**, niezbędne do racjonalnego i sprawiedliwego ograniczenia odpowiedzialności Wykonawcy za wystąpienie odjazdu opóźnionego, odjazdu znacznie opóźnionego lub odjazdu niezrealizowanego. Nie sposób bowiem obciążać Wykonawcy odpowiedzialnością za to, że ze

względu na wykorzystanie przez Wykonawcę do realizacji przewozów wszystkich posiadanych przez Wykonawcę autobusów dodatkowych i zastępczych, o których mowa w Umowie, Wykonawca nie będzie miał żadnych innych autobusów, które mógłby wykorzystać w celu uniknięcia wystąpienia odjazdu opóźnionego, odjazdu znacznie opóźnionego lub odjazdu niezrealizowanego. Trzeba też podkreślić, że Wykonawca nie ma też żadnych innych narzędzi, które mógłby wykorzystać w ww. celu. Jest przy tym oczywiste, że każdy wykonawca będzie dysponował określoną, zamkniętą liczbą autobusów dodatkowych i zastępczych, o których mowa w Umowie, i tej liczby nie da się nagle zwiększyć, zwłaszcza w czasie w czasie nie dłuższym niż 14:59 minut czy 29:59 minut. Zatem tylko w razie ograniczenia odpowiedzialności Wykonawcy w postulowany powyżej sposób będzie można uznać, że interes Wykonawcy jest chroniony przynajmniej w elementarny sposób.

5. Zamawiający wskazał w § 2 Tabor, ust. 11. projektu umowy, że:

„11. W razie wątpliwości, co do stanu technicznego autobusu powstałego w wyniku niewypełnienia określonych w Umowie wymogów, Zamawiający po wcześniejszym powiadomieniu Wykonawcy zastrzega sobie prawo żądania wycofania autobusu z ruchu i skierowania na badania techniczne do wybranej stacji kontroli pojazdów. W przypadku negatywnego wyniku badania technicznego autobusu przeprowadzonego na zlecenie Zamawiającego niewykonane kursy traktuje się jako niezrealizowane z winy Wykonawcy. Koszt badania i podstawienia autobusu zastępczego ponosi Wykonawca.”

Z powyższego postanowienia wynika, że Zamawiający ma wcześniej powiadomić Wykonawcę o możliwym żądaniu wycofania autobusu z ruchu i skierowania na badania techniczne do wybranej stacji kontroli pojazdów. Jednak umowa nie określa żadnego minimalnego terminu, który musi upłynąć pomiędzy wcześniejszym powiadomieniem a dalszymi żądaniem Zamawiającego. Oznacza to, że wystarczy powiadomienie np. nr 5 minut wcześniej, co oczywiście nie daje Wykonawcy żadnych realnych szans na przygotowanie się do wycofania autobusu z ruchu i skierowania na badania techniczne do wybranej stacji kontroli pojazdów.

Dalej, z powyższego postanowienia wynika, że niewykonane kursy traktuje się jako niezrealizowane z winy Wykonawcy tylko w przypadku negatywnego wyniku badania technicznego autobusu. Natomiast niezależnie od wyniku badania, czyli w każdym wypadku, koszt badania i podstawienia autobusu zastępczego ponosi Wykonawca. O ile poniesienie takich kosztów przez Wykonawcę w przypadku negatywnego wyniku badania technicznego autobusu jest zrozumiałe, o tyle brak jest jakichkolwiek podstaw do tego, aby Wykonawca ponosił te

koszty, jeśli wynik badania technicznego autobusu będzie pozytywny. Podkreślić trzeba, że ww. badanie odbywa się przecież na żądanie Zamawiającego, jego przeprowadzenie jest zatem decyzją Zamawiającego a nie Wykonawcy.

Biorąc pod uwagę okoliczności wskazane powyżej, **Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu**, aby zmodyfikował ostatnie zdanie w § 2 Tabor, ust. 11. projektu umowy poprzez wyraźne wskazanie w jego treści, że koszt badania i podstawienia autobusu zastępczego Wykonawca ponosi wyłącznie w przypadku negatywnego wyniku badania technicznego autobusu przeprowadzonego na zlecenie Zamawiającego.

6. Zamawiający wskazał w § 3 Warunki realizacji usług objętych umową, ust. 6., pkt 6.12 projektu umowy, że zobowiązuje się Wykonawcę w okresie trwania Umowy do:

6.12 udostępnienia Zamawiającemu na każdorazowe żądanie, w wyznaczonym przez niego terminie, niezbędnej dokumentacji dotyczącej usług stanowiących przedmiot Umowy w zakresie wymaganych przepisami prawa (w tym dokumentów z kontroli o której mowa w ust. 6.10) dokumentacji technicznej lub oświadczenia producenta potwierdzającego spełnienie określonych w Umowie parametrów technicznych autobusów i jego wyposażenia;

Z powyższego postanowienia jasno wynika, że termin do udostępnienia Zamawiającemu żądanej przez niego dokumentacji czy oświadczenia producenta potwierdzającego spełnienie określonych w Umowie parametrów technicznych autobusów i jego wyposażenia, będzie wskazywany każdorazowo przez Zamawiającego. Co najważniejsze, umowa nie gwarantuje wykonawcy żadnego minimalnego terminu na udostępnienie Zamawiającemu żądanych przez niego dokumentów. Może dojść zatem do sytuacji, że Zamawiający zażąda np. właśnie oświadczenia producenta potwierdzającego spełnienie określonych w Umowie parametrów technicznych autobusów i jego wyposażenia oraz wyznaczy termin 1 dnia na przedstawienie takiego oświadczenia, co będzie oczywiście terminem nierealnym i niemożliwym do dotrzymania.

Biorąc pod uwagę okoliczności wskazane powyżej, **Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu**, aby zmodyfikował § 3, ust. 6., pkt 6.12 projektu umowy poprzez wskazanie w jego treści, że wyznaczony przez Zamawiającego termin będzie nie krótszy niż 2 tygodnie w przypadku dokumentów posiadanych przez Wykonawcę, natomiast w przypadku dokumentów, których Wykonawca nie posiada - nie krótszy niż 2 miesiące.

7. Zamawiający wskazał w § 3 Warunki realizacji usług objętych umową, ust. 14. projektu umowy, że:

14. W trakcie realizacji zamówienia Zamawiający uprawniony jest do wykonywania czynności kontrolnych wobec Wykonawcy, odnośnie spełniania przez Wykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności wskazane w ust. 13. Zamawiający uprawniony jest w szczególności do żądania:

14.1 dokumentacji w zakresie potwierdzenia spełniania ww. wymogów i dokonywania ich oceny, przez którą rozumie się w szczególności:

14.1.1 oświadczenie zatrudnionego pracownika,

14.1.2 oświadczenie Wykonawcy o zatrudnieniu pracownika na podstawie umowy o pracę,

14.1.3 poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię umowy o pracę zatrudnionego pracownika,

14.1.4 inne dokumenty

- zawierające informacje w tym dane osobowe, niezbędne do weryfikacji zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, w szczególności imię i nazwisko zatrudnionego pracownika, datę zawarcia umowy o pracę, rodzaj umowy o pracę oraz zakres obowiązków pracownika;

14.2 wyjaśnień w przypadku wątpliwości w zakresie potwierdzenia spełniania ww. wymogów.

Dokumenty oraz wyjaśnienia, o których mowa powyżej Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć w terminie wskazanym przez Zamawiającego, **nie dłuższym** jednak niż 5 dni. Jeżeli Wykonawca nie przedstawi dokumentów, o których mowa powyżej, w tym terminie albo jeżeli przedstawione dokumenty lub wyjaśnienia potwierdzają brak wymaganego zawarcia umowy o pracę z osobą wymienioną w ust. 13, Zamawiający jest uprawniony do naliczenia Wykonawcy kary umownej i odstąpienia od Umowy.

Z końcowego akapitu § 3, ust. 14. projektu umowy wynika zatem jasno, że termin do przedłożenia Zamawiającemu żądanych przez niego dokumentów oraz wyjaśnień będzie wskazywany każdorazowo przez Zamawiającego. Co więcej, umowa nie gwarantuje wykonawcy żadnego minimalnego terminu na przedłożenie Zamawiającemu żądanych przez niego dokumentów oraz wyjaśnień, wskazuje tylko, że **termin ten nie będzie dłuższy niż 5 dni**, co dla wykonawcy nie jest żadnym zabezpieczeniem, gdyż **termin ten może być dowolnie krótszy niż 5 dni**. Może dojść zatem do sytuacji, w której Zamawiający zażąda dokumentów lub wyjaśnień wskazanych powyżej i wyznaczy termin 1 dnia czy nawet 1 godziny na ich przedstawienie, co będzie oczywiście terminem nierealnym i niemożliwym do dotrzymania. Jednocześnie za brak przedstawienia dokumentów w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie wykonawcy grożą

surowe sankcje, gdyż w takim przypadku Zamawiający jest uprawniony do naliczenia Wykonawcy kary umownej i odstąpienia od Umowy.

Biorąc pod uwagę okoliczności wskazane powyżej, **Odwolujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu**, aby zmodyfikował § 3, ust. 14. projektu umowy poprzez wskazanie w jego końcowym akapicie, że dokumenty oraz wyjaśnienia, o których mowa powyżej Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć w terminie wskazanym przez Zamawiającego, nie krótszym jednak niż 5 dni roboczych w przypadku wyjaśnień oraz dokumentów posiadanych przez Wykonawcę, natomiast w przypadku dokumentów, których Wykonawca nie posiada - nie krótszym niż 2 miesiące.

XI Odnośnie zarzutu naruszenia art. 353¹ kc, art. 58 § 1 i 2 kc, art. 5 kc, w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp, art. 431 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie postanowień projektu umowy dotyczących potrącenia wierzytelności w sposób niejasny i wewnętrznie sprzeczny, czyli niezgodnie z ww. przepisami, a tym samym w sposób naruszający naczelną zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zasadę przejrzystości i zasadę proporcjonalności (adekwatności), jak również w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współzycia społecznego, przepisami obowiązującego prawa oraz niegwarantujący zachowania wzajemności świadczeń i uczciwej konkurencji, wskazać należy, co następuje.

Zamawiający zawarł w § 16 Pozostałe postanowienia, ust. 7. i 9. projektu umowy następujące postanowienia:

„7. Wierzytelności Wykonawcy wynikające z niniejszej Umowy nie mogą być przedstawiane do potrącenia ustawowego (art. 498 Kodeksu cywilnego i nast.) z wierzytelnościami Zamawiającego.

(...)

9. Każda ze Stron jest uprawniona do potrącenia swych wymagalnych wierzytelności z wymagalnymi wierzytelnościami drugiej Strony (w tym kar umownych).”

Te dwa postanowienia są ze sobą sprzeczne i jedno wyklucza drugie. Skoro bowiem zgodnie z ust. 9 każda ze Stron jest uprawniona do potrącenia swych wymagalnych wierzytelności z wymagalnymi wierzytelnościami drugiej Strony, to takie uprawnienie przysługuje także Wykonawcy w stosunku do Zamawiającego. Jednocześnie w ust. 7 zastrzeżono, że wierzytelności Wykonawcy wynikające z niniejszej Umowy nie mogą być

przedstawiane do potrącenia ustawowego (art. 498 Kodeksu cywilnego i nast.) z wierzytelnościami Zamawiającego. Tymczasem ust. 9 dotyczy właśnie potrącenia ustawowego, gdyż dotyczy sytuacji opisanej w art. 498 Kodeksu cywilnego. Innymi słowy ust. 9 nie wprowadza żadnej odrębnej regulacji względem przepisu art. 498 Kodeksu cywilnego.

Ponadto brak jest jakichkolwiek podstaw do tego, aby wierzytelności Wykonawcy wynikające z Umowy nie mogły być przedstawiane do potrącenia ustawowego (art. 498 Kodeksu cywilnego i nast.) z wierzytelnościami Zamawiającego. Takie postanowienie umowne jest po prostu niesprawiedliwe i krzywdzące dla Wykonawcy, gdyż wierzytelności Zamawiającego wynikające z Umowy mogą być przedstawiane do potrącenia ustawowego (art. 498 Kodeksu cywilnego i nast.) z wierzytelnościami Wykonawcy. Ponadto to postanowienie jest pozbawione sensu, gdyż wynika z niego, że wierzytelności Wykonawcy wobec Zamawiającego niewynikające z niniejszej Umowy mogą być przedstawiane do potrącenia ustawowego (art. 498 Kodeksu cywilnego i nast.) z wierzytelnościami Zamawiającego. Zatem do potrącenia wierzytelności Wykonawcy z wierzytelnościami Zamawiającego i tak może dojść.

Biorąc pod uwagę okoliczności wskazane powyżej, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu, aby zmodyfikował § 16 Pozostałe postanowienia w projekcie umowy poprzez wykreślenie z niego ust. 7 i pozostawienie ust. 9

XII Odnosnie wszystkich omówionych powyżej zarzutów, dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i projektu umowy, Odwołujący wskazuje, co następuje.

1. Stosownie do art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, do czynności Zamawiającego podejmowanych w postępowaniu oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej.

Trzeba przy tym pamiętać, że jakkolwiek przygotowanie projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego, leży w zakresie uprawnień (i zarazem obowiązków) Zamawiającego, to zgodnie z art. 5 kc nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Nadto, także z art. 58 § 1 i 2 kc wynika, że czynności Zamawiającego nie mogą być sprzeczne nie tylko z przepisami prawa, ale i z zasadami współżycia społecznego.

Kwestionowane w odwołaniu postanowienia SWZ naruszają zarówno przepisy ustawy Pzp jak i kc.

2. Zamawiający w szeregu postanowień umowy przerzucił na Wykonawcę ryzyka, a także określił obowiązki Wykonawcy w sposób zbyt daleko idący i dolegliwy lub też niedookreślony, co w prawidłowych i partnerskich relacjach pomiędzy Stronami umowy nie powinno mieć miejsca. Takie uregulowanie wzajemnych praw i obowiązków narusza art. 16 i 431 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w celu należytej realizacji zamówienia.

Cel ten ustawodawca planuje osiągnąć poprzez zachęcenie zamawiających w szczególności do odejścia od jednostronnego kształtowania umów i bardziej proporcjonalnego podziału praw i obowiązków stron oraz ryzyk z tym związanych. W uzasadnieniu ustawy Pzp wskazano, że wielu zamawiających, kierując się często uproszczonym postrzeganiem interesu zamawiającego, sporządza umowy nazbyt restrykcyjne i nieproporcjonalne do rodzaju i wartości zamówienia publicznego – w szczególności w zakresie przerzucania nawet niemożliwych do oszacowania ryzyk na wykonawców. *„Paradoksalnym skutkiem takiego działania jest niekorzystny wpływ na efektywność wydatkowania środków publicznych, przez wyższe ceny wskazywane przez wykonawców uwzględniające koszt nieproporcjonalnego ryzyka po ich stronie, a także zmniejszanie konkurencyjności postępowań, przez rezygnację potencjalnych wykonawców z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego (Uzasadnienie..., VIII kadencja, druk sejm. nr 3624)”. Zdaniem tych samych autorów „nie powinno budzić wątpliwości stwierdzenie, że współdziałanie stron w trakcie umowy będzie lepsze, gdy postanowienia umowy będą je umożliwiać”.*

Przepis ten (art. 431 ustawy Pzp) jawi się jako przepis w istocie powtarzający postanowienia art. 354 § 1 i 2 k.c., normującego obowiązek współpracy stron przy wykonaniu zobowiązania. Wskazane przepisy Kodeksu cywilnego stanowią, że dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom, zaś wierzyciel w taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania. Postrzeganie art. 431 ustawy Pzp jedynie w kategoriach powtórzenia regulacji kodeksowej wydaje się jednak nieuprawnione. Traktować należy go raczej jako wyeksponowanie wynikającego bezpośrednio z mocy prawa obowiązku współpracy zamawiającego i wykonawcy, jako wierzyciela (i zarazem dłużnika w zakresie zapłaty) oraz dłużnika (i zarazem wierzyciela w zakresie roszczenia o zapłatę).

Dlatego uprawniony jest pogląd J. Jerzykowskiego³, że art. 431 ustawy Pzp ma także wymiar dyrektywy skierowanej do zamawiającego, aby projektowanymi postanowieniami umowy tworzyć ramy dla partnerskiej współpracy stron.

W związku z tym należy uznać, iż konstruowanie postanowień w sposób kwestionowanym w niniejszym odwołaniu jest sprzeczne zarówno z art. 16 ustawy Pzp, jak i art. 431 ustawy Pzp.

Naruszenie zasady proporcjonalności poprzez zbyt restrykcyjne obowiązki nałożone na wykonawcę prowadzi do zachwiania równowagi stron i naruszenia konkurencji (art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 431 ustawy Pzp).

Należy także zwrócić uwagę na treść orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z 18 maja 2015 r., sygn. akt KIO 897/15, w którym Izba zauważyła, że ustalenie przez zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż nie może on nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 353¹ Kodeksu cywilnego oraz klauzula generalna z art. 5 Kodeksu cywilnego. Odwołujący w ślad za stanowiskiem zaprezentowanym przez Izbę wskazuje, iż uprawnienie Zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SWZ (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby Zamawiającego.

3. Poza tym niedopuszczalne w świetle art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp (stanowiącego odpowiednik poprzednio obowiązującego art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp z 2004 r.) jest przenoszenie na wykonawcę nadmiernego ryzyka związanego z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, co potwierdza dotychczasowe orzecznictwo KIO, m.in. wyroki:

- 1) KIO 1555/19: *„Zamawiający nie może przenosić na wykonawców ryzyka związanego z prawidłową wyceną przedmiotu zamówienia w ofercie, w szczególności biorąc pod uwagę, że nie można prawidłowo wycenić ryzyka, którego nie można prawidłowo i w pełni zidentyfikować.”*
- 2) KIO 1265/17: *„Zamawiający musi tak określić przedmiot zamówienia, w tym w zakresie warunków realizacji umowy, by wykonawca, już na etapie składania oferty, mógł prawidłowo ustalić zakres swojego zobowiązania przez cały czas trwania umowy, swoje ryzyko biznesowe, oraz - przede wszystkim - nakłady i koszty, które będzie musiał ponieść*

³ J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 431.

na jego realizację, oraz potencjalny zysk, a tym samym prawidłowo ustalić ceny jednostkowe poszczególnych części usługi oraz cenę oferty."

4. Zamawiający nie powinien konstruować projektu umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na ilość złożonych w przetargu ofert. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę. Postanowienia umowy powinny zostać przy tym określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie określić cen ofertową. W sytuacji, w której nie jest możliwe podanie katalogu zamkniętego okoliczności, z którymi wiąże się określone następstwa, Zamawiający powinien dążyć do jak najpełniejszego ich wyszczególnienia.

Tytułem przykładu powołać można w tym zakresie wyrok KIO z dnia 6 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 411/13), wyrok KIO z dnia 14 września 2016 r. (sygn. akt KIO 1607/16) czy wyrok KIO z dnia 8 kwietnia 2016 r. (sygn. akt KIO 437/16), w ramach których konsekwentnie podkreślano m.in. okoliczność, iż obciążanie wykonawców w całości ryzykiem wystąpienia okoliczności nieznanych na etapie ofertowania jest niewłaściwe, a opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle precyzyjny, aby umożliwiał skalkulowanie ceny ofertowej. Niewątpliwie, naganność praktyk nieuwzględniających powyższych postulatów wzmożona jest przy takich zamówieniach, w ramach których skala ryzyk związanych z każdą niedoprecyzowaną i nieznaną okolicznością wiąże się z ogromnymi kosztami, które spowodować mogą w konsekwencji nieopłacalność kontraktu, a w skrajnych przypadkach nawet upadłość podmiotu realizującego dane zamówienie. Dlatego też jak wskazywała KIO w wyroku z 14 września 2016 r. (sygn. akt: KIO 1607/16) „*opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element dokumentacji, która jest przygotowana przez zamawiającego i nie może być on ogólny, szacunkowy ; niedookreślony, wzajemnie niespójny, przenoszący na wykonawców składających ofertę ciężar jego dookreślenia. Nadużywanie praw podmiotowych przez zamawiającego do ustalania warunków zamówienia, nie służy realizacji celów zakładanych przez ustawę Prawo zamówień publicznych - otwartych na konkurencję. Zniechęca wykonawców do uczestnictwa w takim postępowaniu, gdzie granice przedmiotu zamówienia, które przyjdzie im realizować, nie zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawcę obarcza się nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty. W warunkach tak prowadzonego postępowania, każdy z wykonawców będzie mógł inaczej identyfikować poszczególne ryzyka, co może doprowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert*".

W związku z powyższym zasadne jest żądanie Odwołującego, by Zamawiający dokonał zmian kwestionowanych postanowień SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

XIII Z uwagi na fakt, że kwestionowany warunek udziału, sposób obliczenia ceny, opis przedmiotu zamówienia oraz projektu umowy są niezgodne z przepisami ustawy Pzp i kc, Odwołujący zmuszony jest do wstrzymania się z przygotowaniem oferty do czasu modyfikacji wskazanych postanowień SWZ. Sam Zamawiający przygotowywał się do przeprowadzenia Postępowania przez wiele tygodni, zatem powinien zrozumieć, że również Wykonawcy – w celu rzetelnego przygotowania oferty – obowiązani są do dokonania szczegółowej analizy wymagań Zamawiającego. Tylko wówczas bowiem Wykonawcy będą w stanie należycie określić optymalne rozwiązania, które powinny być użyte przy realizacji zamówienia, ustalić i wyliczyć wszystkie koszty realizacji zamówienia oraz ustalić warunki handlowe z kontrahentami itp.

W związku z wszystkimi okolicznościami wskazanymi powyżej, Odwołujący wnosi o dokonanie modyfikacji postanowień ogłoszenia o zamówieniu i treści SWZ poprzez przedłużenie termin składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty, tj. o co najmniej 4 tygodnie od dokonania modyfikacji postanowień treści SWZ.

W tym stanie rzeczy wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości.

Z poważaniem

r.pr. Dariusz Ziemiński

Załączniki:

1. pełnomocnictwa wraz z dowodami uiszczenia opłaty skarbowej
2. wydruk z KRS dla Odwołującego
3. dowód uiszczenia wpisu od odwołania
4. dowód przestania kopii odwołania Zamawiającemu