Sygn. akt: KIO 1836/20

WYROK

z dnia 27 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu,

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Siemyśl,

orzeka:

1. Oddala odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami 1 i 5;

2. W pozostałym zakresie umarza postępowanie odwoławcze;

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Koszalinie.

Przewodniczący:

Zamawiający - Gmina Siemyśl - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Wykonanie usług przewozu uczniów i dzieci z terenu gminy Siemyśl. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 27 lipca 2020 r. pod numerem 566616-N-2020.

W dniu sierpnia 2020 r. wykonawca Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w następującym

zakresie:

1) ustanowienie nieprecyzyjnych, utrudniających kalkulacje oferty i sprzecznych z zasadą uczciwej konkurencji, zapisów OPZ, dotyczących wynagradzania wykonawcy za wykonanie zadania częściowego nr 1, w myśl których wynagrodzenie wykonawcy uzależnione jest od liczby uczniów/zamawianych w danym miesiącu biletów miesięcznych przy równoczesnym zastrzeżeniu, że ich liczba może się zmienić bez żadnego ograniczenia, a wykonawca musi zapewnić dowóz i odwóz na warunkach określonych w ofercie i bez ustalenia mechanizmu zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany liczby dzieci/biletów;

2) braku wprowadzenie do OPZ dla obydwu zadań częściowych zapisów regulujących

wynagrodzenie na wypadek wprowadzenia ograniczenia funkcjonowania jednostek oświatowych w wyniku epidemii COVID-19, w tym zapisów o zmianie umowy w przypadku wpływu COVID 19 na jej wykonywanie i nieustalenia wynagrodzenia za gotowość do świadczenia usługi;

3) ustalenie w Rozdziale XIII SIWZ, że przy wyborze najkorzystniejszej oferty

zamawiający będzie się kierował jedynym kryterium, jakim jest najniższa cena - dla każdego zadania częściowego, mimo że Zamawiający nie określił w SIWZ i opisie przedmiotu zamówienia wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia, oraz ustalonych standardów jakościowych co utrudnia potencjalnemu wykonawcy zdolnego do realizacji usługi, skonstruowanie oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia;

4) wskazanie w wyjaśnieniach do specyfikacji z 30 lipca 2020 r., że wynagrodzenie wykonawcy nie ulegnie zmianie w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług, nadużywający pozycji dominującej;

5) ustanowienie nieprecyzyjnych, utrudniających kalkulacje oferty i sprzecznych z zasadą uczciwej konkurencji, zapisów OPZ, dotyczących warunków wykonywania i wynagradzania wykonawcy za wykonanie zadania częściowego nr 2, poprzez nieprecyzyjne określenie ilu uczniów dotyczy usługa, podaniu jedynie orientacyjnej, a nie dokładnej liczby kilometrów i rozkładu jazdy oraz zastrzeżenie we wzorze Umowy § 5 ust. 5, że Zamawiający może w sposób dowolny ograniczyć przedmiot umowy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 141 ust. 1 oraz art. 353 [1] w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego, art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z 91 ust. 2 lit. a ustawy Pzp.

Ad 1

Odwołujący podniósł, że każdy wykonawca kalkuluje cenę oferty na podstawie tras przewozu, częstotliwości kursowania oraz postawionych wymagań zdolności technicznej i zawodowej (liczba i rodzaj autobusów, liczba kierowców). Cena biletu określana jest później poprzez podzielenie ceny oferty przez prognozowaną liczbę biletów miesięcznych zadeklarowaną przez Zamawiającego. Spadek liczby biletów w stosunku do prognozy oznacza niższe przychody zarówno w postaci niższego wynagrodzenia od Gminy (51% przychodów) jak i niższych wpływów z dopłat (49% przychodów) przy zachowaniu zakresu realizowanych przewozów - a więc koszty nie ulegną zmianie. Brak określenia możliwości zmiany ceny biletu miesięcznego przy zmianie liczby uczniów, wobec braku informacji, jaka może być skala zmniejszenia liczby uczniów, nie pozwala na prawidłowe skalkulowanie oferty.

Odwołujący podkreślił, że podstawowym dokumentem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest SIWZ oraz ogłoszenie o zamówieniu. To na podstawie zapisów tych dokumentów, wykonawcy przygotowują składane następnie oferty. Ww. dokumenty są wiążące dla wykonawców, dlatego powinny być wyczerpujące, precyzyjne i czytelne, a postanowienia tych dokumentów nie mogą stwarzać wykonawcom problemu z ich rozumieniem, czy też uzyskaniem niezbędnych informacji do złożenia oferty jak

w przedmiotowym przypadku.

W ocenie Odwołującego uzależnienie wynagrodzenia od liczby uczniów objętych dowożeniem przy równoczesnym zastrzeżeniu, że zmiana liczby uczniów nie będzie skutkować roszczeniem wykonawcy o rekompensatę tj. zmianę cen za bilety miesięczne

i wskazaniu, że zmiana ilości zamawianych biletów nie stanowi zmiany umowy jest nadużyciem ze strony Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego aktualna treść SIWZ nakłada na wykonawcę zbyt duże ryzyko. Każdy zainteresowany wykonaniem przedmiotowego zamówienia przedsiębiorca nie jest w stanie oszacować swoich przychodów z ewentualnego wykonywania przedmiotowej usługi. Nie może bowiem przewidzieć jaki będzie rzeczywisty zakres wykonania usługi. Wobec tego nie ma możliwości złożenia rentownej, rynkowej oferty cenowej. Postępowanie Zamawiającego uniemożliwia sporządzenie i należytą wycenę oferty. Uprawnienie Zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego Wykonawca na etapie składania oferty musi mieć pewność co do zakresu wykonywania usługi. Przynajmniej jego orientacyjnego zakresu. Niedopuszczalna jest pełna dowolność w zmianie zakresu wykonania zamówienia publicznego.

Odwołujący stwierdził, że proponowane przez niego rozwiązanie polegające na wprowadzenie mechanizmu zmiany ceny jednostkowej biletu, jeśli liczba dzieci podana w SIWZ się zmieni lub ewentualnie wprowadzenie marginesu dopuszczalnych zmian bez konieczności zmiany umowy ma służyć zachowaniu zasady pewności obrotu, umożliwi każdemu wykonawcy oszacowanie przychodów jakie osiągnie z wykonania przedmiotowej usługi tym samym umożliwi mu to skonstruowanie oferty.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie sprostał obowiązkom opracowania precyzyjnych i jasnych postanowień SIWZ, tak aby dokument ten był pozbawiony pola do domysłów i dedukcji przez wykonawców, bez potrzeby prowadzenia procesu wnioskowania co należy uczynić w jej wykonaniu, aby ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Szczególnie krytycznie Odwołujący ocenia zapis o tym, że liczba uczniów korzystających z usługi/zamawianych biletów może być dowolnie zmieniana przy jednoczesnym zastrzeżeniu, że wykonawca bez względu na charakter i wielkość tej zmiany musi zapewnić ich dowóz i odwóz na warunkach określonych w ofercie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany § 5 ust. 3 Projektu umowy dotyczącego zadania częściowego nr 1 nadanie mu następującego brzmienia: Cena biletu miesięcznego brutto = miesięczna wartość usługi brutto Wynikająca z oferty tj. zł liczba uczniów i dzieci w danym miesiącu), ewentualnie ustalenia w SIWZ i we Wzorze Projektu Umowy do zadania częściowego nr 1, że zwiększenie o 5 % i zmniejszenie o 5 % podanej w SIWZ w Rozdziale lll .ust. 3.1 liczby zamawianych biletów która określa tym samym liczbę przewożonych w ramach wykonywania przedmiotowej usługi dzieci może nastąpić bez konieczności zmiany ceny jednostkowej biletu.

Ad 2

Odwołujący przedstawił analogiczną argumentację, jak w odniesieniu do zarzutu nr 1 i podniósł, że zgodnie z obecną treścią SIWZ, wykonawcy nie będzie przysługiwało roszczenie wynagrodzenia, co stanowi skrajne nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego. Zachowując obecną treść SWIZ, dopuszczalna będzie sytuacja w której wykonawca będzie pozostawał w gotowości do realizacji usługi i utrzymywania zasobów koniecznych do jej wykonania (min. kierowcy, autobusy) bez jakiegokolwiek wynagrodzenia ze strony Zamawiającego. Tym samym Zamawiający nakłada na potencjalnego wykonawcę zbyt duże ryzyko, utrudnia prawidłowe skalkulowanie oferty i dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym w sposób prawidłowy wykonać przedmiot zamówienia. Aktualna treść zapisów SIWZ uzależnia w całości zakres wykonywanej usługi od zdarzeń przyszłych i niepewnych. Jest to niedopuszczalne.

Odwołujący podkreślił, że w orzecznictwie ukształtowała się zasada, zakazująca redagowania postanowień umowy o zamówienie publiczne w taki sposób, że zakres czy wolumen zamówienia zależy w całości od zdarzeń przyszłych i niepewnych. Brak zapisów mówiących o wynagrodzeniu wykonawcy w okresie niewykonywania przewozów (wynagrodzenie za gotowość) jest niedopuszczalna.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- dodania do Projektu Wzoru Umowy dla zadania częściowego nr 1 zapisu, zgodnie

z którym: w przypadku wystąpienia sytuacji, w której w okresie obowiązywania umowy, w danym miesiącu kalendarzowym i na cały miesiąc kalendarzowy wprowadzone zostanie zdalne nauczanie lub ograniczenie funkcjonowania jednostek oświatowych, skutkujące ograniczeniem realizacji usługi przewozu, utrzymanie gotowości do świadczenia usługi przez Wykonawcę w danym miesiącu kalendarzowym będzie zrekompensowane w ten sposób, że cena jednostkowa biletu miesięcznego w okresie odpowiadającym liczbie miesięcy, w których usługa nie była realizowana będzie wyższa o 60% w stosunku do ceny jednostkowej wskazanej w ofercie. W przypadku, gdy z uwagi na upływ okresu obowiązywania umowy lub z innych przyczyn, zastosowanie postanowień zdania pierwszego nie będzie możliwe w całości lub w części, to w takim zakresie Wykonawca otrzyma wynagrodzenie za czas gotowości do świadczenia usługi w wysokości 120% miesięcznej wartości usługi wynikającej z oferty, za każdy miesiąc pozostawania w gotowości do świadczenia usługi, oraz zapisu zgodnie z którym Zamawiający, po stwierdzeniu, że po podpisaniu

niniejszej Umowy zaistnieją okoliczności związane z wystąpieniem COYID-19, nieznanych w chwili zawierania Umowy, które mają wpływ na należyte wykonanie niniejszego zamówienia publicznego, w uzgodnieniu z Wykonawcą dokona zmiany niniejszej Umowy, zgodnie z przepisem art.77 pkt 20 lit. „a" ustawy z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami C0VID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem C0VID-19;

dodania do Projektu Wzoru Umowy dla zadania częściowego nr 2 zapisu zgodnie

z którym w przypadku wystąpienia sytuacji, w której w okresie obowiązywania umowy, wprowadzone zostanie zdalne nauczanie lub ograniczenie funkcjonowania jednostek oświatowych, skutkujące ograniczeniem realizacji usługi przewozu, utrzymanie gotowości do świadczenia usługi przez Wykonawcę w danym miesiącu kalendarzowym będzie zrekompensowane w ten sposób, że Wykonawca otrzyma wynagrodzenie za czas gotowości do świadczenia usługi w wysokości 60% wynagrodzenia za dzień świadczenia usługi wynikającego z oferty za każdy dzień w którym usługa nie będzie realizowana z przyczyn niezależnych od Wykonawcy

oraz zapisu, zgodnie z którym, Zamawiający, po stwierdzeniu, że po podpisaniu niniejszej Umowy zaistnieją okoliczności związane z wystąpieniem COVID-l9, nieznanych w chwili zawierania Umowy, które mają wpływ na należyte wykonanie niniejszego zamówienia publicznego, w uzgodnieniu z Wykonawcą dokona zmiany niniejszej Umowy, zgodnie z przepisem art.77 pkt 20 lit. „a" ustawy z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID~19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COYID-19.

Ad 3

Odwołujący podniósł, że warunkiem zastosowania ceny jako jedynego kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60% jest określenie w opisie przedmiotu zamówienia standardów jakościowych odnoszących się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia. Przez „ustalone standardy jakościowe" należy rozumieć powtarzalne cechy jakościowe i techniczne rzeczy (dostaw), usług lub robót budowlanych, niewymagające skomplikowanego opisu. Określone zamówienia mają „standardy jakościowe" tylko wówczas, gdy niezależnie od tego, kto będzie ich wykonawcą, jedyną różnicą będzie zaoferowana cena, a usługa, dostawa lub robota budowlana co do zasady będą identyczne. Standard, który jest ustalany każdorazowo indywidualnie, nie może być z samej istoty standardem, o którym mowa w art. 91 ust. 2a.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający określając w Rozdziale XIII, że przy wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający będzie się kierował jedynym kryterium, jakim jest

najniższa cena - dla każdego zadania częściowego, postąpił wbrew ustawie, gdyż zastosowane przez niego kryterium nie gwarantuje wykonywania usługi przewozu

w odpowiednim standardzie.

Zdaniem Odwołującego w przedmiotowym przypadku nie zostały spełnione przesłanki z art. 91 ust. 2a ustawy Pzp. Oznacza to, że nie jest możliwe ustanowienie

kryterium ceny o wadze 100 %.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany Rozdziału XIII SIWZ poprzez ustalenie, że za najkorzystniejszą zostanie uznana w każdej części oferta z najlepszym bilansem punktów w następujących kryteriach: Kryterium nr 1 „cena ofertowa brutto" o wartości 60 % i Kryterium nr 2 „kryterium środowiskowe" o wartości 40 %, z przyjęciem opisanego w odwołaniu sposobu przyznawania punktów w poszczególnych kryteriach.

Ad 4

Odwołujący wskazał, że przesłanki dopuszczalności zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego zostały określone w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Stosownie do postanowienia tego przepisu zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Tym samym ustawodawca przyjął w odniesieniu do umów w sprawach zamówień publicznych jako zasadę trwałość stosunku umownego nawiązanego w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe stanowi ograniczenie obowiązującej w odniesieniu do umów cywilnoprawnych zasady swobody umów, wyrażonej w art. 353^1 k.c.

Odwołujący stwierdził, że zmiana stawki podatku VAT jest zdarzeniem zewnętrznym niezależnym od woli stron umowy. Przy tym dotyczy ona w równym stopniu wszystkich podmiotów będących podatnikami tego podatku. Zmiana stawki podatku VAT może zatem stanowić obiektywnie uzasadnioną przyczynę zmiany wynagrodzenia ustalonego pierwotnie w umowie. Zmiana taka powinna być traktowana, jako nadzwyczajna zmiana stosunków, w sytuacji gdy jest niemożliwa do przewidzenia przez nie w chwili zawarcia umowy, co do zakresu i kształtu przyjętych zmian, jeżeli wpływa istotnie na sytuację nie tylko dłużnika, ale i wierzyciela. W te ramy wpisuje się także zasadnicza, zaskakująca zmiana stawek podatkowych (tak wyrok SN z dnia 16 maja 2007 r., sygn. akt III CSK 452/06).

W ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien przewidywać różne okoliczności mogące mieć wpływ na wykonanie zamówienia publicznego. Zapis o niedopuszczalności zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany wysokości stawki podatku VAT jest niedopuszczalny.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia do wzoru Umowy i SIWZ postanowienia o tym, że w przypadku zmiany stawki podatku VAT w czasie wykonywania niniejszej Umowy, wynagrodzenie Wykonawcy zostanie odpowiednio zmienione poprzez uwzględnienie aktualnej stawki podatku od towarów i usług.

Ad 5

Odwołujący podniósł, że za niedopuszczalny należy uznać zapis z § 5 ust. 5, że Zamawiający uprawniony jest ograniczyć przedmiot umowy w stosunku do ilości i zakresu usług określonych w § 1 i ograniczenie to nie stanowi niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez zamawiającego, a w związku z tym nie jest podstawą do podnoszenia jakichkolwiek roszczeń w stosunku do zamawiającego, ze względu na wyjątkową sytuację nie wynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, w szczególności z powodu odwołania zajęć, po wcześniejszym przekazaniu wykonawcy informacji o tym fakcie telefonicznie, faksem lub drogą elektroniczną przez zamawiającego lub inną osobę upoważnioną przez zamawiającego, nie później niż do godziny 6:45 danego dnia.

Odwołujący przywołał w tym zakresie argumentację przedstawioną w odniesieniu do zarzutów nr 1 i 2.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu jednoznacznego doprecyzowania, ilu uczniów/dzieci dotyczy przewóz, podanie dokładnego a nie orientacyjnego rozkładu jazdy i dokładnej a nie orientacyjnej liczby kilometrów, które przewiduje Zamawiający w ramach realizacji zamówienia i wykreślenia § 5 ust. 5 Wzoru Umowy.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 2, 3 i 4, Odwołujący bowiem złożył na posiedzeniu Izby oświadczenie o ich wycofaniu.

W zakresie podtrzymanych zarzutów nr 1 i 5 odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu nr 1 Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W punkcie I.1 Opisu przedmiot zamówienia Zamawiający podał następujące informacje o zakresie usługi przewozu:

A. Szkoła Podstawowa im. Noblistów Polskich, ul. Szkolna 10, 78-123 Siemyśl obejmuje dowóz i odwóz uczniów i dzieci do szkół oraz oddziałów przedszkolnych z poszczególnych miejscowości gminy Siemyśl.

Przywóz uczniów i dzieci do szkoły w godzinach 7:30 - 7:50.

Ilość dzieci z poszczególnych miejscowości:

1) Trzynik - 55 uczniów

11) Byszewo - 13

Razem: 148 uczniów i dzieci

Odwozy uczniów i dzieci w godzinach: 13:35; 15:25.

B. Szkoła Podstawowa im. Armii Krajowej, ul. Wojska Polskiego 11, 78-122 Charzyno, obejmuje dowóz i odwóz uczniów i dzieci do szkół oraz oddziałów przedszkolnych z poszczególnych miejscowości gminy Siemyśl:

1) Kędrzyno - 12 uczniów i dzieci

2) Niemierze - 10

Razem: 22 uczniów i dzieci

Przewóz uczniów do szkoły na godzinę 7:50.

Odwóz: godzina 14:30 do miejscowości: Niemierze, Kędrzyno.

Zgodnie z rozdziałem XII (Opis sposobu obliczenia ceny) pkt 1 SIWZ:

Wykonawca zobowiązany jest podać w ofercie ceny brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia dla zadania częściowego, którego dotyczy oferta (podając je w zapisie liczbowym), uwzględniające podatek od towarów i usług w stawce właściwej na dzień złożenia oferty:

a) dla zadania częściowego nr 1 - cenę brutto będącą iloczynem jednostkowej ceny ryczałtowej brutto za 1 bilet miesięczny i planowanej ilości biletów miesięcznych objętej przedmiotem zamówienia oraz jednostkową cenę ryczałtową brutto za 1 bilet miesięczny za

przewóz z danej miejscowości i z powrotem (...).

Stosownie do § 2 projektu umowy dla zadania częściowego nr 1:

ust. 1: Dowóz i odwóz uczniów i dzieci realizowany będzie na podstawie biletów miesięcznych.

ust. 2: Zamawiający do dnia 25 każdego miesiąca poprzedzającego miesiąc, w którym usługa będzie świadczona przekaże imienne listy uczniów i dzieci uprawnionych do przewozu na poszczególnych trasach, zatwierdzony przez dyrektorów szkół.

ust. 3: Brak listy w wyznaczonym terminie będzie oznaczał, że lista uczniów i dzieci objętych dowozem nie uległ zmianie w stosunku do miesiąca poprzedzającego.

ust. 3: Listy uczniów i dzieci będą podstawą do ustalenia wynagrodzenia wykonawcy danym miesiącu. Liczba zakupionych biletów miesięcznych w roku szkolnym 2020/2021 może ulec zmianie. W przypadku zwiększenia liczby dowożonych uczniów i dzieci, wykonawca musi zapewnić ich dowóz i odwóz na warunkach określonych w ofercie.

Zgodnie z § 5 ust. 3 projektu umowy dla zadania częściowego nr 1, wykonawca za realizację przedmiotu umowy będzie otrzymywał wynagrodzenie miesięczne stanowiące iloczyn liczby dzieci ustalonej na podstawie list, o których mowa w § 2 ust. 2 i wynagrodzenia brutto za jeden bilet miesięczny, określonego w § 5 ust. 1.

Stosownie do punktu I.2 Opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający zastrzega sobie prawo zmiany liczby uczniów.

W odniesieniu do zarzutu nr 5 Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zadanie częściowe nr 2 obejmuje przewóz uczniów posiadających orzeczenia o potrzebie kształcenia specjalnego do Szkoły Podstawowej Nr 5 z Oddziałami Integracyjnymi w Kołobrzegu oraz do Specjalnego Ośrodka Szkolno-Wychowawczego

„OKRUSZEK” w Kołobrzegu.

W rozdziale II Opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający podał następujące informacje o lokalizacji i czasie trwania usług:

1. Trasy dowozu poszczególnych dzieci oraz przybliżoną odległość miejsca zamieszkania dziecka od placówki oświatowej, do której uczęszcza, przedstawia poniższa

tabela:

Wiek dziecka (lata)	Trasa dowozu		Orientacyjna długość (km)
	Adres zamieszkania	Adres placówki oświatowej	
10	Charzyno	SOSW "Okruszek", ul. Brzozowa 2, Kołobrzeg	12
9	Siemyśl	Szkoła Podstawowa nr 5 z Oddziałami Integracyjnymi w Kołobrzegu	19
19	Białokury	SOSW "Okruszek", ul. Brzozowa 2, Kołobrzeg	23

2. Łączna (maksymalna) ilość dni wykonywania usług objętych przedmiotem umowy

wynosi 188 dni.

Zgodnie z § 5 ust. 5 projektu umowy dla zadania częściowego nr 2, Zamawiający uprawniony jest ograniczyć przedmiot umowy w stosunku do ilości i zakresu usług

określonych w § 1 i ograniczenie to nie stanowi niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez zamawiającego, a w związku z tym nie jest podstawą do podnoszenia jakichkolwiek roszczeń w stosunku do zamawiającego, ze względu na wyjątkową sytuację nie wynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, w szczególności z powodu odwołania zajęć, po wcześniejszym przekazaniu wykonawcy informacji o tym fakcie telefonicznie, faksem lub drogą elektroniczną przez zamawiającego lub inną osobę upoważnioną przez zamawiającego, nie później niż do godziny 6:45 danego dnia.

W dniu 31 lipca 2020 r. Zamawiający dokonał następujących zmian w treści SIWZ:

1) wprowadzenie do rozdziału II punktu 2a w brzmieniu: Liczba osób objętych usługą przewozu nie przekroczy 3 uczniów.

2) wykreślenie z § 7 ustępu 6, który miał brzmienie: Zamawiający zastrzega, iż liczba uczniów oraz dni, w których będą następowały przewozy może ulec zmianie.
W przypadku zwiększenia liczby uczniów wynagrodzenie ryczałtowe nie ulega zmianie.

Zgodnie z art. 29 ustawy Pzp:

- ust. 1: Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

- ust. 2: Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Stosownie do art. 7 ustawy Pzp:

- ust. 1: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

- ust. 3: Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zgodnie z art. 353^1 Kc strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Stosownie do 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.

Art. 487 § 2 Kc stanowi, że umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej.

W ocenie Izby zaskarżone postanowienia SIWZ nie naruszają przytoczonych wyżej przepisów prawa, których naruszenie zarzucał Zamawiającemu Odwołujący.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że odwołania dotyczące postanowień SIWZ (w tym postanowień przyszłej umowy), tak jak dotyczące każdej innej czynności lub zaniechania zamawiającego, służą ochronie wykonawców przed działaniami niezgodnymi z przepisami prawa (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp), a Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji, gdy stwierdzi naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy mające wpływ lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp). Nie korzystają zatem z ochrony prawnej dążenia wykonawców ukierunkowane jedynie na ukształtowanie korzystniejszej dla siebie treści SIWZ, jeżeli treść nadana przez Zamawiającego nie narusza bezwzględnie obowiązujących przepisów. W ocenie Izby rozpoznawane zarzuty nie zmierzają do wyeliminowania działań Zamawiającego naruszających przepisy prawa, ale jedynie do nadania postanowieniom SIWZ bardziej korzystnej dla wykonawcy treści.

Po pierwsze, Izba nie dopatrzyła się w zaskarżonych postanowieniach SIWZ naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby opis przedmiotu zamówienia zawiera informacje niezbędne do sporządzenia oferty.

W odniesieniu do zadania częściowego nr 1 Zamawiający określił lokalizację wykonania poszczególnych usług, godziny przewozów i liczbę dzieci z poszczególnych miejscowości, które według stanu na dzień wszczęcia postępowania będą korzystać z usług przewozu. Zgodnie postanowieniami SIWZ wynagrodzenie wykonawcy za 1 bilet miesięczny ma charakter ryczałtowy, a miesięczne wynagrodzenie stanowić będzie iloczyn liczby dzieci ustalonej na podstawie listy uczniów i dzieci korzystających z przewozu w danym miesiącu (objętych listą przekazywaną przez Zamawiającego na dany miesiąc) i wynagrodzenia brutto za jeden bilet miesięczny. Zdaniem Izby, wbrew twierdzeniom Odwołującego, informacje te pozwalają wykonawcy sporządzić ofertę i skalkulować jej cenę. Oceny tej nie zmienia fakt, że kalkulacja ta musi uwzględniać ryzyko zmian w liczbie osób korzystających z przewozu, w stosunku do liczby podanej przez Zamawiającego na dzień ogłoszenia postępowania. Należy przy tym wziąć pod uwagę fakt, że specyfiką zamówienia na usługi przewozu uczniów do szkół jest to, że nie jest możliwe ustalenie sztywnej liczby osób korzystających z tych usług przez cały okres realizacji zamówienia, zmiany w tym zakresie są bowiem nieuniknione. W związku z tym Zamawiający wskazał przewidywaną liczbę tych osób i na podstawie tej liczby należało skalkulować cenę biletu miesięcznego. Jednocześnie liczba ta będzie uaktualniana w okresach miesięcznych, w listach osób przekazywanych przez Zamawiającego przed rozpoczęciem każdego miesiąca i będących podstawą ustalenia wynagrodzenia wykonawcy za dany miesiąc.

W ocenie Izby profesjonalny wykonawca, znając przewidywaną liczbę osób korzystających z przewozu i przy opisanym wyżej mechanizmie ustalania wynagrodzenia miesięcznego powinien być w stanie skalkulować cenę oferty, w tym oszacować i uwzględnić w niej ryzyko wynikające z możliwych zmian liczby uczniów.

Analogicznie należy ocenić zaskarżone postanowienia SIWZ odnoszące się do zadania częściowego nr 2 (zarzut nr 5). W tym zakresie Zamawiający określił trasy poszczególnych przewozów, liczbę dni ich wykonywania oraz liczbę osób objętych tą usługą.

Zauważenia wymaga, że zgodnie z postanowieniami SIWZ po zmianach z 31 lipca 2020 r. liczba osób objętych usługą przewozu nie przekroczy 3 uczniów. Ponadto Zamawiający wykreślił z projektu umowy postanowienie: Zamawiający zastrzega, iż liczba uczniów oraz dni, w których będą następowały przewozy może ulec zmianie. W przypadku

zwiększenia liczby uczniów wynagrodzenie ryczałtowe nie ulega zmianie. W tej sytuacji postanowienia SIWZ należy uznać za wystarczająco precyzyjne, pozwalające skalkulować cenę oferty.

Odnosząc się do przedstawionych przez Odwołującego kalkulacji obrazujących zmianę rentowności w zależności od zmiany liczby osób korzystających z usług przewozu, należy wskazać, że istnienie takiej zależności trudno kwestionować. Nie dowodzi to jednak, że znając szacowane liczby uczniów i mając wiedzę o możliwych zmianach w tym zakresie, wykonawca nie jest w stanie oszacować oferty z uwzględnieniem ryzyka towarzyszącego realizacji tego rodzaju umowy.

Należy więc stwierdzić, że zaskarżone postanowienia SIWZ nie naruszają przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący nie wykazał również, aby naruszały one uczciwą konkurencję. Biorąc pod uwagę, że określone przez Zamawiającego zasady ustalania liczby uczniów objętych przewozem i ich powiązania z wynagrodzeniem wykonawcy dotyczą wszystkich wykonawców na takich samych zasadach, trudno dopatrzeć się w nich naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Nie stawiają one żadnego z wykonawców w uprzywilejowanej pozycji, a ryzyko związane ze specyfiką przedmiotu zamówienia obciąża ich w takim samym stopniu. Wbrew twierdzeniom Odwołującego dotyczy to tak samo wykonawcy realizującego wcześniej na rzecz Zamawiającego usługi przewozu uczniów, również ten wykonawca nie ma bowiem pewności co do ostatecznej liczby osób korzystających z przewozu i musi uwzględnić ryzyko z tym związane w cenie oferty. To od konkretnego wykonawcy i od jego polityki handlowej zależy, w jaki sposób zostanie to ujęte w cenie oferty.

Z pewnością zmiany SIWZ, których domaga się Odwołujący, uczyniłyby postanowienia SIWZ bardziej korzystnymi dla wykonawców, eliminując wszelkie ryzyko związane ze wahaniami w liczbie osób korzystających z przewozu, czy też przerzucając to ryzyko na Zamawiającego. Jak jednak wyżej wskazano, środki ochrony prawnej nie służą wyeliminowaniu postanowień SIWZ w jakikolwiek sposób niedogodnych dla wykonawcy,

a wyłącznie zapewnieniu ich zgodności z przepisami prawa. W ocenie Izby ryzyko związane ze zmianami liczby osób korzystających z przewozu jest nieodłącznym elementem tego rodzaju usług i może być wkalkulowane w cenę oferty.

Odnosząc się do zarzucanych naruszeń przepisów Kodeksu cywilnego stwierdzić należy, że zakwestionowane postanowienia przyszłej umowy dotyczą kwestii, które nie są regulowane przepisami bezwzględnie obowiązującymi, a Odwołujący nie wykazał, aby swoboda Zamawiającego w ich kształtowaniu przekraczała granice wyznaczone ww.

przepisami. Wniosek jaki wynika z uzasadnienia tych zarzutów jest tylko taki, że zakwestionowane postanowienia stanowią dla wykonawcy określoną dolegliwość i są dla niego niekorzystne, czego jednak nie można utożsamiać z naruszeniem przepisów

ustawowych.

Zauważenia wymaga, że zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, Zamawiający zobowiązany jest podać w specyfikacji istotnych warunków zamówienia istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Ustawa przyznaje więc zamawiającym możliwość określenia istotnych postanowień przyszłej umowy i podania ich do wiadomości wykonawców, którzy akceptują te postanowienia przystępując do udziału w postępowaniu. Fakt skorzystania przez Zamawiającego z przyznanego ustawowo uprawnienia kształtowania treści umowy nie stanowi sam w sobie o nadużyciu zasady swobody umów i naruszeniu zasad współżycia społecznego. Odwołujący natomiast nie przedstawił argumentacji, która świadczyłaby o wystąpieniu takiego naruszenia w niniejszej sprawie.

Trudno też dopatrzeć się naruszenia art. 487 § 2 Kc, który to przepis zawiera definicję umowy wzajemnej. Nie ma wątpliwości, że umowa, która ma być w przedmiotowej sprawie zawarta odpowiada tej definicji, odpowiednikiem usług świadczonych przez wykonawcę będzie otrzymywane przez niego wynagrodzenie. To wykonawca wskazuje oferowaną cenę, do niego więc należy taka wycena przyszłych świadczeń i związanego z nimi ryzyka, aby stanowiły one ekwiwalent usług, które będzie świadczył.

Na zakończenie zauważyć należy, że nie jest zrozumiałe zarzucanie Zamawiającemu naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, w sytuacji gdy nie wykazano, aby umowa o udzielenie przedmiotowego zamówienia została już zawarta.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1

2018
r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący: .....