Sygn. akt: KIO 2365/21
KIO 2368/21
KIO 2369/21

WYROK

z dnia 29 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik
Piotr Kozłowski
Justyna Tomkowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie 16 września 2021 r. i 24 września 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 sierpnia 2021 roku przez:

1) wykonawcę Transgór spółkę akcyjną z siedzibą w Mysłowicach, sygn. akt KIO 2365/21;

2) wykonawcę Mobilis spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, sygn. akt KIO 2368/21;

3) A 21 spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żorach, sygn. akt KIO 2369/21;

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zarząd Transportu Metropolitalnego z siedzibą w Katowicach,

orzeka:

sygn. akt KIO 2365/21

1. Umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutów wskazanych w pkt 1 litera a), pkt 2 i 3 petitum odwołania, wobec ich uwzględnienia przez Zamawiającego oraz co do zarzutu w pkt 1 litera b) petitum odwołania, wobec jego częściowego uwzględnienia przez Zamawiającego.

2. Umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutu wskazanego w pkt 1 litera b) petitium odwołania, wobec jego wycofania w pozostałym zakresie, w jakim zarzut ten nie został uwzględniony przez Zamawiającego oraz co do zarzutu w pkt 1 litera d) petitum odwołania, wobec jego wycofania.

3. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

3.1. zmniejszenie limitu wysokości kar umownych do 20% łącznej wartości przedmiotu umowy z wyłączeniem przypadku naliczenia kary umownej za odstąpienie lub rozwiązanie umowy, o którym mowa w pkt 3 litera e), f) oraz g) załącznika nr 11 do wzoru umowy, wraz z uwzględnieniem konsekwencji wprowadzonej zmiany w

pozostałych postanowieniach dokumentacji postępowania,

3.2. zmianę pkt 7 Załącznika nr 7 do wzoru umowy przez wprowadzenie zasady, zgodnie z którą maksymalny wskaźnik waloryzacji stawki za jeden wozokilometr w danym roku wynosi 1,10. W przypadku, gdy wartość wskaźnika waloryzacji stawki za jeden wozokilometr, obliczona według wzoru określonego w ust. 1, przekracza wskazaną wyżej maksymalną wartość, w danym roku przyjmuje się wartość wskaźnika waloryzacji równą 1,10. W przypadku, gdy wskaźnik waloryzacji będzie powodował zmniejszenie wynagrodzenia Wykonawcy nie może być on niższy niż 0,90. W przypadku, gdy wartość wskaźnika waloryzacji stawki za jeden wozokilometr, obliczona według wzoru określonego w ust. 1, jest niższa niż 0,90, w danym roku przyjmuje się wartość wskaźnika waloryzacji równą 0,90, wraz z uwzględnieniem konsekwencji wprowadzonej zmiany w pozostałych postanowieniach dokumentacji postępowania,

4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:

4.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty zastępstwa przed Izbą poniesione zarówno przez Odwołującego jak i Zamawiającego;

4.2. Zasądza od zamawiającego Zarządu Transportu Metropolitalnego z siedzibą w Katowicach, na rzecz odwołującego Transgór spółki akcyjnej z siedzibą w Mysłowicach kwotę 18 600zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy).

sygn. akt KIO 2368/21

1. Umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutu wskazanego w pkt I.2) petitum odwołania, wobec jego wycofania.

2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu wskazanego w pkt I.3) petitum odwołaniaw części odnoszącej się do żądania zmiany pkt 7 Załącznika nr 7 do wzoru umowy i nakazuje Zamawiającemu zmianę pkt 7 Załącznika nr 7 do wzoru umowy przez wprowadzenie zasady, zgodnie z którą maksymalny wskaźnik waloryzacji stawki za jeden wozokilometr w danym roku wynosi 1,10. W przypadku, gdy wartość wskaźnika waloryzacji stawki za jeden wozokilometr, obliczona według wzoru określonego w ust. 1, przekracza wskazaną wyżej maksymalną wartość, w danym roku przyjmuje się wartość wskaźnika waloryzacji równą 1,10. W przypadku, gdy wskaźnik waloryzacji będzie powodował zmniejszenie wynagrodzenia Wykonawcy nie może być on niższy niż 0,90. W przypadku, gdy wartość wskaźnika waloryzacji stawki za jeden wozokilometr, obliczona według wzoru określonego w ust. 1, jest niższa niż 0,90, w danym roku przyjmuje się wartość wskaźnika waloryzacji równą 0,90, wraz z uwzględnieniem konsekwencji wprowadzonej zmiany w pozostałych postanowieniach dokumentacji postępowania.

3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego w % i Odwołującego w % i:

4.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty zastępstwa przed Izbą poniesione zarówno przez Zamawiającego jak i Odwołującego;

4.2. Zasądza od zamawiającego Zarządu Transportu Metropolitalnego z siedzibą w Katowicach, na rzecz odwołującego Mobilis spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą połowę uiszczonego wpisu. Koszty poniesione przez strony z tytułu zastępstwa przed Izbą znosi wzajemnie.

sygn. akt KIO 2369/21

1. Umarza postępowanie co do zarzutów wskazanych w pkt II Ad 1) litera a) oraz pkt II Ad 2) litera c) w petitum odwołania, wobec ich wycofania oraz co do zarzutów wskazanych w pkt II Ad 1) litera g), pkt II Ad 2) litera a) oraz pkt II Ad 2) litera

b)petitum odwołania, wobec ich częściowego wycofania.

2. Umarza postępowanie co do zarzutów wskazanych w pkt II Ad 1) litera b), f), h), i) wobec ich uwzględnienia przez Zamawiającego oraz co do zarzutu wskazanego w pkt II Ad 2) litera a) zakresie, w jakim Zamawiający częściowo uwzględnił odwołanie.

3. Uwzględnia odwołanie co do zarzutu wskazanego w pkt II Ad 2) litera a) w części odnoszącej się do żądania zmiany treści §10 ust. 2 litera a) Wzoru umowy i nakazuje Zamawiającemu doprecyzowanie treści postanowienia §10 ust. 2 litera a) Wzoru umowy w taki sposób, aby wynikały z jego treści konkretne rodzaje naruszeń dające Zamawiającemu prawo odstąpienia od umowy.

4. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

5. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego w 1/13 i Odwołującego w 12/13 i:

5.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę po 3 600 zł 00 gr(słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty zastępstwa przed Izbą poniesione zarówno przez Zamawiającego jak i Odwołującego oraz kwotę 807 zł 27 gr (słownie: osiemset siedem złotych dwadzieścia siedem groszy) stanowiącą koszty dojazdu Odwołującego;

5.2. Zasądza od zamawiającego Zarządu Transportu Metropolitalnego z siedzibą w Katowicach, na rzecz odwołującego A 21 spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żorach kwotę 1 492 zł 86 gr (słownie: tysiąc czterysta dziewięćdziesiąt dwa złote osiemdziesiąt sześć groszy), stanowiącą 1/13 kosztów poniesionych z przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania, kosztów zastępstwa przed Izbą oraz kosztów dojazdu oraz zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 323 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące trzysta dwadzieścia trzy złote zero groszy z stanowiącą 12/13 kosztów Zamawiającego poniesionych z tytułu zastępstwa przed Izbą.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 2365/21
KIO 2368/21
KIO 2369/21

UZASADNIENIE

Zarząd Transportu Metropolitarnego z siedzibą w Katowicach (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Świadczenie usług autobusowego transportu publicznego na obszarze

działania Zarządu Transportu Meropolitarnego”, Numer postępowania:

OP/14/ZP/11/21.Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 27 lipca 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 143-381489.

Postępowanie to prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129) - dalej: „ustawa Pzp”.

W postępowaniu tym następujący wykonawcy6sierpnia 2021 r. złożyli odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

1) Transgór spółka akcyjna z siedzibą w Mysłowicach (dalej: „Odwołujący Transgór”),

sygn. akt KIO 2365/21;

2) Mobilis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej:

„Odwołujący Mobilis”), sygn. akt KIO 2368/21;

3) A 21 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żorach (dalej:

„Odwołujący A21”), sygn. akt KIO 2369/21;

sygn. akt KIO 2365/21

Odwołujący Transgór wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na sporządzeniu specyfikacji zamówienia (dalej: „SWZ”) oraz projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp.

Odwołujący Transgór zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1) naruszenie:

a) art. 353^1 k.c., art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Ustawy, art. 431 Ustawy, art. 431Ustawy, art. 354 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Ustawy, art. 58 §1 i 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Ustawy, art. 455 ust. 1 pkt 1 Ustawy, art. 16 pkt 3 Ustawy, przez oparcie wskaźnika służącego do naliczania kar umownych na postanowieniach Taryfy cen biletów, ustalanej jednostronnie przez Zamawiającego,

b) art. 353^1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Ustawy, art. 16 pkt 3 Ustawy, art. 431Ustawy, art. 58 §2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Ustawy przez określenie wygórowanej wysokości kar umownych,

c) art. 436 pkt 3 Ustawy, art. 353^1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Ustawy, art. 16 pkt3 Ustawy przez ustalenie maksymalnej wysokości kar umownych na poziomie50% łącznego wynagrodzenia wykonawcy za realizację przedmiotu umowy,

d) art. 353^1 k.c. i art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Ustawy, art. 16 pkt 3 Ustawy, art. 431 Ustawy, przez sformułowanie przesłanki rozwiązania umowy przewidzianej w §10 ust. 5 lit e projektu Umowy,

e) art. 353^1 k.c. i art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Ustawy, art. 16 pkt 3 Ustawy, art. 431 Ustawy, przez określenie zasad waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, które wprowadzają maksymalny wskaźnik waloryzacji stawki wynagrodzenia w danym roku wynoszący 1,05 i odpowiadającą mu maksymalną zmianę wysokości wynagrodzenia wykonawcy w wysokości 40,71%;

2) naruszenie art. 99 ust. 4 Ustawy oraz art. 16 pkt 1 i 3 Ustawy przez taki opis przedmiotu zamówienia, który wyklucza wykorzystanie do realizacji umowy pojazdów o długości od 8,01 do 8,99 m.

3) naruszenie art. 99 ust. 4 Ustawy oraz art. 16 pkt 1 i 3 Ustawy przez taki opis przedmiotu zamówienia, który formułuje wymóg niskiej podłogi dla autobusów BN i CN na całej długości pojazdu (tj. od szyby czołowej do szyby tylnej) zamiast wymogu

niskiej podłogi na całej powierzchni podłogi przeznaczonej dla pasażerów stojących.

Odwołujący Transgór wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) modyfikacji specyfikacji warunków zamówienia, stosownie do wskazań zawartych w uzasadnieniu odwołania,

2) przyznanie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący Transgór wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący Transgór wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący Transgór wskazał, że jest podmiotem świadczącym usługi komunikacji miejskiej na obszarze działania Zamawiającego wobec czego może ponieść szkodę, wyrażającą się w szczególności brakiem możliwości lub utrudnieniem uzyskania zamówienia lub realizacji zamówienia na warunkach odbiegających od stanu równowagi kontraktowej stron, bez odzwierciedlenia zmian czynników rynkowych wpływających na koszty realizacji zamówienia, z nadmiernym obciążeniem ryzykiem naliczenia wysokich kar umownych. Ponadto Odwołujący Transgór wskazał, że wprowadzenie w projekcie umowy niezasadnych postanowień pozwalających Zamawiającemu rozwiązać umowę może uniemożliwić realizację zamówienia i uzyskanie zysku z jego realizacji, w przypadku wyboru oferty Odwołującego Transgór.

Następnie, Odwołujący Transgór wyjaśnił, że 27 lipca 2021 r. Zamawiający umieścił na stronie internetowej miniportal.uzp.gov.pl SWZ. W tym dniu ukazało się także ogłoszenie o zamówieniu. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług autobusowego transportu publicznego na obszarze działania Zamawiającego.

Ad zarzutu naruszenia art. 353^1 k.c., art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Ustawy, art. 431 Ustawy, art. 431Ustawy, art. 354 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Ustawy, art. 58 §1 i 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Ustawy, art. 455 ust. 1 pkt 1 Ustawy, art. 16 pkt 3 Ustawy, przez oparcie wskaźnika służącego do naliczania kar umownych na postanowieniach Taryfy cen biletów, ustalanej jednostronnie przez Zamawiającego.

Odwołujący Transgór wskazał, że w załączniku nr 7 do SWZ Zamawiający określił projektowane postanowienia umowne, natomiast w Załączniku nr 11 do projektu umowy zawarto zasady naliczania kar umownych. Odwołujący wyjaśnił, że w punkcie 2 tego załącznika wskazano, że kary będą naliczane w oparciu o dwa parametry: wartość umowy oraz wielokrotności ceny biletu jednorazowego o najniższym nominale, zgodnie z Taryfą obowiązującą w dacie stwierdzenia okoliczności stanowiącej podstawę naliczenia kary.

Odwołujący Transgór wskazał, że „Taryfa", na którą wskazuje Zamawiający w omawianym punkcie, to dokument, którego autorem jest sam Zamawiający. Taryfa wprowadzana jest w życie uchwałą Zarządu Górnośląsko-Zagłębiowskiej Metropolii. Obecnie obowiązująca Taryfa została określona w Uchwale nr 92/2021 Zarządu Górnośląsko-Zagłębiowskiej Metropolii z dnia17 marca 2021 r. w sprawie przyjęcia „Taryfy przewozu osób i bagażu w komunikacji zbiorowej organizowanej przez Zarząd Transportu Metropolitalnego (ZTM). Obecna cena biletu papierowego o najniższym nominale wynosi 4 zł.

Zdaniem Odwołującego Transgór, odwołanie się do wskaźnika, który w rzeczywistości ustalany jest przez Zamawiającego oznacza, że wysokość kar umownych ustalona została w taki sposób, że zmiana wysokości kar może być wprowadzona jednostronnie przez Zamawiającego, bez konieczności uzyskiwania akceptacji dla zmiany ze strony wykonawcy. Tak ukształtowane postanowienia dotyczące kar oznaczają, zdaniem Odwołującego Transgór, zachwianie równowagi kontraktowej stron, określenie obowiązków wykonawcy z naruszeniem zasad współżycia społecznego a nadto naruszenie zasady wynikającej z art. 455 ust. 1 pkt 1 Ustawy przewidującego warunki dokonania zmiany umowy. Odwołujący Transgór argumentował, że modyfikacja postanowień umownych może nastąpić wyłącznie w wyniku zmiany umowy, czyli dwustronnego oświadczenia woli. Jak wskazał Odwołujący Transgór, powołanie się na wskaźnik, którego wysokość jest zależna od

woli jednej ze stron umowy, oznacza faktycznie przekazanie tej stronie kompetencji do jednostronnej modyfikacji umowy, ponieważ jednostronny akt woli określający wysokość wskaźnika automatycznie wpływa na postanowienia umowne. Zdaniem Odwołującego Transgór, o ile dopuszczalne byłyby zmiany wysokości kar umownych, w sytuacji, w której wskaźnik na który strony się powołały jest niezależnym od stron, o tyle za niedopuszczalne należy uznać modyfikowanie postanowień dotyczących kar umownych przez powołanie się na wskaźnik, którego wartość wynika w całości z decyzji jednej ze stron kontraktu. Odwołujący Transgór wskazał, że dochodzi wówczas do jednostronnej modyfikacji postanowień umownych, które w dodatku nie są ograniczone żadnymi ramami. Druga strona pozbawiona jest wówczas wpływu na zakres swoich zobowiązań umownych a zmiany poziomu ryzyka kontraktowego uzależnione są wyłącznie od woli kontrahenta.

Odwołujący Transgór wskazał, że usunięcie naruszenia powinno nastąpić przez modyfikację zasady naliczania kari odwołanie się do stałego wskaźnika lub niezależnego od woli stron.

Ad zarzutu naruszenia art. 353^1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Ustawy, art. 16 pkt 3 Ustawy, art. 431 Ustawy, art. 58 §2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Ustawy przez określenie wygórowanej wysokości kar umownych.

Odwołujący Transgór wskazał, że Zamawiający przewidział kary umowne za określone przypadki niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań przez wykonawcę (Załącznik nr 11 do projektu Umowy). Zamawiający określił aż 131 przypadków uzasadniających naliczenie kar umownych.

Odwołujący Transgór wyjaśnił, że najdotkliwsze sankcje w postaci kar umownych określone zostały jako 1000 krotność wskaźnika podstawowego, który obecnie wynosi 4 zł.W dotychczasowej praktyce Zamawiającego najwyższy wskaźnik dla kar umownych określony był przez 500 krotność. Odwołujący Transgór zwrócił uwagę, że obecny projekt umowy oznacza więc dwukrotny wzrost ryzyka kontraktowego w niektórych aspektach realizacji umowy w stosunku do poprzednio realizowanych zobowiązań.

Zgodnie z punktem 3 lit c, punktem 4 lit d, punktem 7 lit. d, punktem 13 lit. e, punktem 14lit b Załącznika nr 11 do projektu umowy, mogą być nałożone najwyższe kary wynoszące4000 zł za każdy przypadek. Spośród tych postanowień Odwołujący Transgór wskazał na następujące przykłady:

- 4000 zł za niewłaściwą informację o trasie przejazdu na tablicy zewnętrznej lub inny wpis wprowadzony przez kierującego za każdy przypadek,

- 4000 zł umieszczenie niewłaściwych informacji na tablicach elektronicznych wewnętrznych za każdy przypadek,

- 4000 zł za świadczenie usług taborem starszym niż w zapisach dot. średniej wieku - za każdy dzień,

- 4000 zł za niestosowanie się do zapisów określonych w zasadach sprzedaży biletów - za każdy przypadek,

- 4000 zł za niestosowanie się do zapisów dot. wyposażenia w urządzenia do poboru opłat - za każdy przypadek.

Ponadto Odwołujący Transgór wskazał, że umowa przewiduje 9 przypadków naliczenia kar umownych opartych na wskaźniku500 krotności, co na obecny moment oznacza karę w wysokości 2000 zł. Odwołujący Transgór zwrócił uwagę, że powyżej wymienione przewinienia nie zasługują na miano najcięższych naruszeń zobowiązań wynikających z umowy. Zdaniem Odwołującego Transgór powyższe przypadki zostały zrównane rangą np. z przypadkiem spożywania alkoholu lub środków odurzających, którego również dotyczy wskaźnik 1000 krotności, a który to wskaźnik jest uzasadniony, w relacji do rangi naruszenia polegającej na prowadzenie pojazdu pod wpływem alkoholu czy środków odurzających. Odwołujący Transgór podkreślił, że część z wymienionych wyżej naruszeń może być krótkotrwała, jak chociażby opisy na tablicach świetlnych. Ponadto, odwołując się do praktyki Zamawiającego, Odwołujący Transgór wskazał, że w przeważającej ilości przypadków Zamawiający nalicza kary umowne na podstawie informacji uzyskiwanych od osób kontrolujących pojazdy w czasie pracy eksploatacyjnej. Pewna część tych przypadków

opiera się wyłącznie na zapisanych w protokole spostrzeżeniach kontrolera, nie będąc udokumentowanymi, jak np. czystość pojazdu. Odwołujący Transgór zwrócił uwagę, na duże ryzyko, że naliczone zostaną kary umowne za wymienione powyżej krótkotrwałe przypadki wyświetlenia niewłaściwych opisów na tablicach, bez udokumentowania takich przypadków i bez możliwości przeprowadzenia przez wykonawcę dowodu przeciwnego wskazującego na wyświetlanie prawidłowych opisów w przeważającej części kursu.

W ocenie Odwołującego Transgór, obciążenie w takich przypadkach tak wysokimi karami, zdecydowanie podnosi ryzyko kontraktowe po stronie wykonawcy, który pozostaje bez środków dowodowych umożliwiających skorzystanie z narzędzi obrony przez zarzutami, opartymi chociażby na treści art. 484 §2 k.c. Takie ukształtowanie postanowień dotyczących kar umownych narusza, zdaniem Odwołującego Transgór, treść reguł wynikających z art. 353^1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Ustawy, art. 16 pkt 3 Ustawy, art. 431Ustawy, art. 58 §2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Ustawy. Naruszenie wynika, zdaniem Odwołującego Transgór, z opracowania takich projektowanych postanowień umownych, które sprzeciwiają się naturze stosunku zobowiązaniowego i zasadom współżycia społecznego. Do naruszonych zasad współżycia społecznego można zaliczyć zasadę przewidującą konieczność zachowania partnerskich relacji w stosunkach gospodarczych oraz zachowania równowagi kontraktowej stron. Odwołujący Transgór wskazał, że w dotychczasowym stanie prawnym dopuszczalne były pewne nieznaczne nierówności w pozycji stron, lecz niewykraczające ponad to co wynika z reprezentowania przez Zamawiającego interesu publicznego wyrażającego się koniecznością dyscyplinowania wykonawcy zamówienia publicznego. Zamawiający wychodząc z pozycji podmiotu mogącego narzucić pewne warunki prowadzące do uzyskania przewagi kontraktowej wynikającej z faktu reprezentowania interesu publicznego, nie prowadząc jednak do uzyskania nadmiernego obniżenia pozycji kontraktowej wykonawcy. Odwołując się do treści uzasadnienia projektu Ustawy Prawo zamówień publicznych, obowiązującej od 01.01.2021 r., Odwołujący Transgór zwrócił uwagę, że „ustawodawca dostrzegł potrzebę wzmocnienia regulacji dotyczących wykonywania umowy, uznając, że należyte wykonanie zamówienia publicznego zależy od współdziałania obu stron umowy z poszanowaniem wzajemnych interesów (zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy - Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 83). Nakaz współdziałania stron przy wykonywaniu umowy realizuje tym samym generalną zasadę równoważenia pozycji wykonawcy i zamawiającego, wpisaną w szereg przepisów działu VII PZP. (Prawo zamówień publicznych. Komentarz. red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Wyd.2021).

Odwołujący Transgór przywołał również stanowisko Izby wyrażone w wyroku KIO z 28.12.2018 r. sygn. akt KIO 2574/18: „Wysokość kary pieniężnej za spóźnienie w realizacji usługi nie może prowadzić do rażąco wygórowanej odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy. W przeciwnym razie kara zmienia swój charakter odszkodowawczy i może doprowadzić do wypaczenia celu odpłatnej umowy. Nie można akceptować takich mechanizmów, które pozbawią wykonawcy przychodu z tytułu świadczonej usługi. Kara umowna powinna mieć wysokość, która będzie odczuwalna w stopniu dyscyplinującym stronę umowy, ale nie w stopniu prowadzącym do rażącego wzbogacenia jednej strony kosztem drugiej, a wręcz czyniącym niecelowym jej wykonywanie."

Odwołujący Transgór wskazał, że usunięcie powyższego naruszenia powinno polegać na zmniejszeniu wskaźnika naliczenia kar we wskazanych wyżej przypadkach z 1000 krotności do 200 krotności.

Ad naruszenia art. 436 pkt 3 Ustawy, art. 353^1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Ustawy, art. 16 pkt 3 Ustawy przez ustalenie maksymalnej wysokości kar umownych na poziomie 50% łącznego wynagrodzenia wykonawcy za realizację przedmiotu umowy.

Odwołujący Transgór wskazał, że z §9 ust. 13 projektu Umowy wynika, że

maksymalna wysokość kar umownych nie może przekroczyć wartości 50% łącznego wynagrodzenia wykonawcy za realizację Umowy. Takie określenie wysokości maksymalnej wysokości kar umownych stanowi, zdaniem Odwołującego Transgór, iluzoryczne wykonanie obowiązku wynikającego z treści art. 436 pkt 3 Ustawy. Ratio legis tego uregulowania jest bowiem konieczność określenia maksymalnego poziomu ryzyka kontraktowego strony umowy w sprawie zamówienia publicznego, głównie wykonawcy. Odwołujący Transgór powołał się na Komentarz do Ustawy: Realizacja tego obowiązku umożliwia przede wszystkim oszacowanie ryzyka związanego niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy. Obowiązek określenia limitu kar umownych zapobiegać ma patologicznym przypadkom naliczania kar umownych w rażąco wygórowanej wysokości, potrącania ich z wynagrodzenia wykonawcy lub należytego wykonania zamówienia i w konsekwencji

pozostawiania jedynie sądowej drogi do ich miarkowania. (Prawo zamówień publicznych. Komentarz. red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Wyd. 2021).

Odwołujący Transgór wskazał, że gdyby kary miały rzeczywiście osiągnąć poziom 50% wysokości wynagrodzenia wykonawcy, to dawno wykonawca ten straciłby zdolność do realizacji zamówienia, z uwagi na brak możliwości pokrycia bieżących kosztów realizacji zamówienia. Takie określenie poziomu ryzyka kontraktowego, zdaniem Odwołującego, w żaden sposób tego ryzyka nie ogranicza.

Jak wskazał Odwołujący Transgór, usunięciem powyższego naruszenia będzie zmniejszenie limitu wysokości kar umownych do wysokości stanowiącej istotnie o zawężeniu ryzyka gospodarczego realizacji umowy, tj. do 15% łącznej wartości przedmiotu Umowy, w wyłączeniem przypadku naliczenia kary umownej za odstąpienie lub rozwiązanie Umowy (pkt 3 lit e, f, g Załącznika nr 11 do projektu Umowy).

Ad zarzutu naruszenia art. 353^1 k.c. i art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Ustawy, art. 16 pkt 3 Ustawy, art. 431 Ustawy, przez sformułowanie przesłanki rozwiązania umowy przewidzianej w §10 ust. 5 lit e projektu Umowy.

Odwołujący Transgór wskazał, że w §10 ust. 5 lit e projektu Umowy przyznano Zamawiającemu uprawnienie do rozwiązania Umowy ze skutkiem natychmiastowym, jeśli „wykonawca uporczywie świadczy Usługi pojazdami innymi niż określone w Umowie, przez co Zamawiający rozumie świadczenie usług pojazdami innymi niż określone w Umowie co najmniej przez okres 30 następujących po sobie dni lub stwierdzone co najmniej 3 razy w okresie obowiązywania Umowy świadczenie usług pojazdami innymi niż określone w Umowie, bez względu na okres świadczenia usług takimi pojazdami". Zdaniem Odwołującego Transgór, postanowienie umowy jest wewnętrznie sprzeczne, ponieważ zamawiający jako zasadę określił uporczywe realizowanie umowy pojazdami innymi niż określone w umowie, a następnie rozwinął rozumienie zwrotu uporczywie, podając dwa przypadki, z których tylko pierwszy znaczeniowo może stanowić definicję zwrotu „uporczywie" tj. świadczenie usług przez co najmniej 30 dni innymi pojazdami niż określono w umowie. Natomiast, zdaniem Odwołującego Transgór, świadczenie usług zaledwie 3 razy innymi pojazdami z pewnością nie może być traktowane jako uporczywe, a nadto zaprzecza poprzedniemu rozumieniu uporczywości. Odwołujący Transgór wskazał, że po 3 dniach świadczenia usług innymi pojazdami wykonawca spełniłby już warunki do uznania tego za 3 przypadki świadczenia usług innymi pojazdami, co dawałoby prawo do rozwiązania umowy. Przy takiej redakcji postanowień, za iluzoryczne zdaniem Odwołującego Transgór należy uznać, zastrzeżenie o konieczności upływu okresu 30 dni świadczenia usług innymi pojazdami, skoro już po 3 dniach Zamawiający nabyłby prawo do rozwiązania umowy.

Odwołujący Transgór wskazał, że usunięciem naruszenia będzie wykreślenie zwrotu: „lub stwierdzone co najmniej 3 razy w okresie obowiązywania Umowy świadczenie Usług pojazdami innymi niż określone w Umowie bez względu na okres świadczenia Usług takimi pojazdami."

Ad zarzutu naruszenia art. 353^1 k.c. i art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Ustawy, art. 16 pkt 3 Ustawy, art. 431 Ustawy, przez określenie zasad waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, które wprowadzają maksymalny wskaźnik waloryzacji stawki wynagrodzenia w danym roku wynoszący 1,05 i odpowiadającą mu maksymalna zmianę wysokości wynagrodzenia wykonawcy w wysokości 40,71%.

Odwołujący Transgór wskazał, że w Załączniku nr 12 do projektu Umowy Zamawiający określił zasady waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy. W punkcie 7 tego załącznika, wskazano, że maksymalny wskaźnik waloryzacji stawki w danym roku wynosi 1,05. W konsekwencji maksymalną wielkość zmiany wynagrodzenia w efekcie zastosowania waloryzacji określono na poziomie 40,71% wynagrodzenia umownego.

Odwołujący Transgór mając na uwadze powyższe, zwrócił uwagę, że po pierwsze wskazano wyłącznie ograniczenie waloryzacji wynagrodzenia w górę, bez ograniczenia waloryzacji, która polegałaby na obniżeniu wynagrodzenia wykonawcy. Ponadto, jak wskazał Odwołujący Transgór, ograniczenie waloryzacji do 5% w skali roku należy ocenić jako nie

odpowiadające realiom rynkowym i zbyt niskie. Przecież przyjęte założenia do waloryzacji obejmują zmiany przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia, zmiany cen paliw, oraz inflację. W obecnych realiach rynkowych wzrost tych wskaźników o 5% w skali roku jest bardzo łatwo wyobrażalny. Sam tylko wskaźnik inflacji za 2020 r. wyniósł 3,4%, a obecnie następuje dalszy wzrost tego wskaźnika. Zdaniem Odwołującego Transgór przyjęty graniczny poziom waloryzacji może doprowadzić do sytuacji, że to wykonawca będzie musiał zaliczyć wyłącznie w swoje koszty wzrost kosztów wynikających ze zmian rynkowych, co będzie skutkowało spadkiem rentowności realizowanego przedsięwzięcia.

Takie ukształtowanie warunków umowy stanowi, zdaniem Odwołującego Transgór, zaburzenie równowagi kontraktowej stron i uprzywilejowanie pozycji zamawiającego. Zdaniem Odwołującego Transgór usunięcie narusza powinno polegać na wykreśleniu ograniczenia wysokości waloryzacji, skoro waloryzacja oparta została o wskaźniki rynkowe, względnie podwyższenie maksymalnego poziomu zmiany do co najmniej 15% i wprowadzenie tożsamego ograniczenia odnośnie waloryzacji polegającej na obniżeniu wynagrodzenia wykonawcy oraz odpowiedniej modyfikacji maksymalnej wielkości zmiany wynagrodzenia w efekcie zastosowania postanowień o waloryzacji.

Ad zarzutu naruszenia art. 99 ust. 4 Ustawy oraz art. 16 pkt 1 i 3 Ustawy przez taki opis przedmiotu zamówienia, który wyklucza wykorzystanie do realizacji umowy pojazdów o długości od 8,01 do 8,99 m.

Odwołujący Transgór wskazał, że w załączniku nr 1 do projektu umowy określono wymagania wobec pojazdów wykonawcy, którymi świadczone mają być usługi. W punkcie 5 wskazano długości pojazdów w poszczególnych typach i tak pojazdy:

- MN - długość do 8 m;

- AN - długość 9-10,6 m;

- BN - długość 11,5-12,5 m; do obsługi połączeń taborem klasy BN zalicza się też pojazdy trzyosiowe jednoczłonowe o długości do 15 m;

- CN - długość 17,5-18,75 m;

Odwołujący Transgór zauważył, że pojazdy o długościach przewyższających 8 metrów, lecz mniejszych niż 9 metrów zostały wykluczone z wykorzystania przy realizacji zamówienia. Zdaniem Odwołującego Transgór takie określenie parametrów skutkuje wykluczeniem części pojazdów z udziału w zamówieniu, pomimo tego, że oprócz długości spełniają one wszystkie pozostałe wymagane parametry.

Jako przykład takiego pojazdu, odwołujący wskazał Isuzu Novocity Life o długości 8,01 m, posiadający 21miejsc siedzących i 60 miejsc ogółem, a zatem spełniający parametry dla pojazdu AN, lecz wykluczony z wykorzystania z uwagi na mniejszą niż 9 metrów długość.

Zdaniem Odwołującego Transgór zawarcie w opisie przedmiotu zamówienia, postanowień, które wykluczają pojazdy o długości pomiędzy 8,01 m do 8,99 m z wykorzystania w postępowaniu jest bezzasadne i nie znajduje racjonalnych podstaw, a przez to stanowi naruszenie art. 99ust. 4 Ustawy oraz art. 16 pkt 1 i 3 Ustawy.

Odwołujący Transgór wskazał, że usunięcie naruszenia polegać powinno na zmianie parametrów dla pojazdów AN, których długość winna wynosić powyżej 8 do 10,6 m.

Ad zarzutu naruszenia art. 99 ust. 4 Ustawy oraz art. 16 pkt 1 i 3 Ustawy przez taki opis przedmiotu zamówienia, który formułuje wymóg niskiej podłogi dla autobusów BN i CN na całej długości pojazdu (tj. od szyby czołowej do szyby tylnej) zamiast wymogu niskiej podłogi na całej powierzchni podłogi przeznaczonej dla pasażerów stojących.

Odwołujący Transgór wskazał, że w załączniku nr 1 do projektu umowy określono wymagania wobec pojazdów wykonawcy, którymi świadczone mają być usługi. W punkcie 11 tego załącznika sformułowano wymaganie dotyczące poziomu podłogi dla określonych typów pojazdów, w taki sposób, że poziom podłogi w pojazdach powinien spełniać wymagania zgodnie z podziałem taboru na klasy:

- MN - niskowejściowy, niskopodłogowy, z niskim pomostem bez żadnych stopni umieszczonym przynajmniej w jednych drzwiach,

- AN - niskowejściowy, niskopodłogowy, maksymalna wysokość wejścia na progu każdych drzwi wynosi 340 mm od poziomu jezdni,

- BN - niskopodłogowy na całej długości pojazdu, maksymalna wysokość wejścia na progu każdych drzwi wynosi 340 mm od poziomu jezdni,

- CN - niskopodłogowy na całej długości pojazdu, maksymalna wysokość wejścia na progu każdych drzwi wynosi 340 mm od poziomu jezdni.

Odwołujący Transgór zauważył, że w przypadku pojazdu BN i CN, wskazano żemają być niskopodłogowe na „całej długości pojazdu". Literalnie rozumiejąc taki waruneknależy uznać zdaniem Odwołującego Transgór, że niska podłoga ma przebiegać od przodu pojazdu wyznaczonego szybą czołową, do tyłu pojazdu wyznaczonego szyną tylną. Zdaniem Odwołującego Transgór zapis ten nie został celowo użyty przez Zamawiającego i stanowi swego rodzaju pomyłkę lub przejaw braku zachowania precyzji przy wyznaczaniu parametrów technicznych.

Odwołujący Transgór wskazał, że zgodnie z punktem 1.2.15 Polskich Norm PN-S-47010 autobus niskopodłogowy to pojazd, w którym co najmniej 35% podłogi przeznaczonej dla pasażerów stojących tworzy jednolitą powierzchnię bez stopni, do której dostęp jest zapewniony przez co najmniej jedne drzwi z pojedynczym stopniem.

Odwołujący Transgór wskazał też, że podobnie definiuje to Załącznik nr 1 do Dyrektywy 2001/85/WE PARLAMENTUEUROPEJSKIEGO I RADY z dnia 20 listopada 2001 r. odnoszącej się do przepisów szczególnych dotyczących pojazdów wykorzystywanych do przewozu pasażerów i mających więcej niż osiem siedzeń poza siedzeniem kierowcy oraz zmieniającej dyrektywy70/156/EWG i 97/27/WE (pkt 2.1.4). Odwołujący Transgór zwrócił uwagę, że akcent pada na podłogę przeznaczoną dla pasażerów stojących, więc wyłącza się podłogę pod siedzeniami. Odwołujący Transgór wyjaśnił, że w większości przypadków pojazdy typu BN i CN posiadają na końcu wzdłuż tylnej szyby rząd siedzeń zamontowanych na podłodze podwyższonej w stosunku do pozostałej części podłogi. Takie pojazdy przy literalnym rozumieniu wymagań zamawiającego byłyby wyłączone z obsługi niniejszego zamówienia. Byłoby to bezzasadne i ze szkodą dla konkurencji w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego Transgór usunięcie naruszenia powinno polegać na następującym sformułowaniu wymagań dla pojazdów BN i CN: „niskopodłogowy na całej przestrzeni podłogi przeznaczonej dla pasażerów stojących, bez stopni pośrednich pomiędzy drzwiami autobusu, maksymalna wysokość wejścia na progu każdych drzwi wynosi 340 mm od poziomu jezdni".

sygn. akt KIO 2368/21

Odwołujący Mobilis wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na sporządzeniu SWZ oraz projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp, w szczególności w zakresie warunków udziału w postępowaniu, opisu przedmiotu zamówienia (okres świadczenia usług) oraz waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy.

Odwołujący Mobilis zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 112 w zw. z art. 116 w zw. z art. 16 Pzp przez ustanowienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez wymaganie, aby wykonawca w dniu złożenia ofert dysponował pojazdami z homologacją, które spełniają wymagania dodatkowe postanowione przez Zamawiającego, czym ograniczył krąg podmiotów mogących wziąć udział w Postępowaniu wyłącznie do wykonawców obecnie świadczących usługi na obszarze działania Zarządu Transportu Metropolitalnego;

2) art. 99 w zw. z art. 16 Pzp przez określenie daty rozpoczęcia realizacji świadczenia usług w sposób naruszający zasady równego traktowania wykonawców przez wymaganie rozpoczęcie świadczenia usług od 1 stycznia 2022 roku, co powoduje, że ofertę w postępowaniu mogą złożyć wyłącznie wykonawcy, którzy obecnie świadczą usługi na obszarze działania Zarządu Transportu Metropolitalnego;

3) art. 439 ust. 2 pkt 4) Pzp w zw. art. 433 pkt 3 Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 Pzp w zw. z art. 3531 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny („KC"), przez

ukształtowanie projektowanych postanowień umowy w zakresie waloryzacji wynagrodzenia w ten sposób, że Zamawiający przerzuca wszystkie ryzyka związane z wahaniami na ryku w zakresie prowadzącym do obniżenia wynagrodzenia wykonawcy, w sposób niczym nieograniczony i pozwalający na nieograniczone obniżenie wysokości stawki za jeden wozokilometr, w sytuacji gdy wzrost wynagrodzenia wykonawcy w oparciu o klauzulę waloryzacyjną został ograniczony poprzez maksymalny wskaźnik waloryzacji równy 1,05, który nie odpowiada tendencjom wzrostu cen na rynku usług przewozowych.

Odwołujący Mobiliswniósł o uwzględnienie odwołania i:

1) nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień SWZ i projektowanych postanowień umowy poprzez nadanie im brzmienia lub dodanie postanowienia w brzmieniu:

a) zmianę pkt. 4 SWZ przez nadanie mu brzmienia „Świadczenie usług autobusowego transportu publicznego na obszarze działania Zarządu Transportu Metropolitalnego trwać będzie przez okres 96 miesięcy. Termin rozpoczęcia realizacji Usług - od pierwszego dnia miesiąca przypadającego po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia Umowy";

b) zmianę: pkt 3.5. 1) lit. a) - b), pkt 3.5. 2) lit. a) - b), pkt 3.5. 2) lit. a) - b), pkt 3.5. 3) lit. a) - b), pkt 3.5. 4) lit. a) - b), pkt 3.5. 5) lit. a) - b), pkt 3.5. 6) lit. a) - b) oraz pkt 3.5. 7) lit. a) - b) w zakresie ujętych tam w tabelach „Okresów realizacji zamówienia" w taki sposób, aby uwzględniały fakt, iż termin rozpoczęcia realizacji Usług nastąpi od pierwszego dnia miesiąca przypadającego po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia Umowy (zamiast wskazanych tam aktualnie określonych okresów czasu), zaś każdy kolejny „okres realizacji" (tytuł kolumny pierwszej w tabelach) rozpocznie się odpowiednio po upływie kolejnych dwóch miesięcy od dnia rozpoczęcia etapu poprzedzającego (tj. odpowiednio: pierwszy okres - pierwszy dzień miesiąca po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy, drugi okres - pierwszy dzień miesiąca po upływie 8 miesięcy od dnia zawarcia umowy, trzeci okres - pierwszy dzień miesiąca po upływie 10 miesięcy od dnia zawarcia umowy);

c) zmianę pkt. 5.1. 3) SWZ przez nadanie mu brzmienia „dysponuje lub będzie dysponował w dniu przystąpienia do realizacji przedmiotu Zamówienia pojazdami z homologacją spełniającymi wymagania określone w przepisach ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. - Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. z 2021 r. poz. 450, z późn. zm.) i przepisach wykonawczych do niej dla autobusów miejskiej regularnej komunikacji publicznej w tym wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U. z 2016 r. poz. 2022, z późn. zm.) oraz następujące wymagania dodatkowe: (...)" - dalej jak w SWZ;

d) zmianę pkt. 15. 1 SWZ przez nadanie mu brzmienia: „Wykonawca, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, przed zawarciem umowy poda Zamawiającemu w wyznaczonym terminie, informacje niezbędne do podpisania umowy, w tym m.in.: numer konta bankowego, adres poczty elektronicznej, polisę OC a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na sumę ubezpieczenia (sumę gwarancyjną) równą co najmniej: dla części I - 1,7 mln zł; dla części II - 1,5 mln zł; dla części III - 1,2 mln zł; dla części IV - 1 mln zł; dla części V - 1 mln zł; dla części VI - 1,5 mln zł; dla części VII - 2 mln zł, ważną na dzień zawarcia umowy, dane identyfikacyjne pojazdów przeznaczonych do obsługi Segmentu (dane do wykazu pojazdów - Załącznik nr 13 do umowy, przy czym uzupełniony Załącznik 13 do Umowy zostanie złożony nie później niż na 14 dni przed terminem rozpoczęcia świadczenia usług), oraz całodobowo dostępny numer telefonu Wykonawcy zgodnie z Załącznikiem nr 7 do SWZ (wzór umowy) oraz przedłoży pisemną zgodę właściciela pojazdu na instalację i montaż urządzeń poboru opłat wariant „Metrolinia". Zamawiający dopuszcza podanie w załączniku nr 13 do umowy pojazdu innego niż podany przez Wykonawcę w: dla części I - Załączniku nr 4a do SWZ; dla części II Załączniku nr 4b do SWZ; dla części III - Załączniku nr 4c do SWZ; dla części IV - Załączniku nr 4d do SWZ; dla części V - Załączniku nr 4e do SWZ; dla części VI - Załączniku nr 4f do SWZ; dla części VII - Załączniku nr 4g do SWZ, pod warunkiem, że pojazd w nim wymieniony będzie spełniał właściwe dla danej części wszystkie minimalne wymagania zawarte w pkt 5.1 ppkt. 3) SWZ oraz w ofercie. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, Zamawiający może zażądać umowy regulującej współpracę tych Wykonawców. Dla podwykonawców należy przedłożyć zezwolenie lub ważną licencję w oryginale do wglądu, o których mowa w pkt 5.1 ppkt. 1 SWZ";

e) zmianę postanowienia pkt 7 Załącznika numer 7 do Umowy - Waloryzacja

wynagrodzenia przez nadanie mu brzmienia: „Maksymalny wskaźnik waloryzacji stawki za jeden wozokilometr w danym roku wynosi 1,10. W przypadku, gdy wartość wskaźnika waloryzacji stawki za jeden wozokilometr, obliczona według wzoru określonego w ust. 1, przekracza wskazaną wyżej maksymalną wartość, w danym roku przyjmuje się wartość wskaźnika waloryzacji równą 1,10. W przypadku, gdy wskaźnik waloryzacji będzie powodował zmniejszenie wynagrodzenia Wykonawcy nie może być on niższy niż 0,90. W przypadku, gdy wartość wskaźnika waloryzacji stawki za jeden wozokilometr, obliczona według wzoru określonego w ust. 1, jest niższa niż 0,90, w danym roku przyjmuje się wartość wskaźnika waloryzacji równą 0,90";

f) zmianę postanowienia pkt 8 Załącznika numer 7 do Umowy - Waloryzacja wynagrodzenia poprzez nadanie mu brzmienia: „Maksymalna wielkość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień dotyczących waloryzacji wynagrodzenia, wynosi 95%, w odniesieniu do wartości wynagrodzenia określonej w § 7 ust. 1 Umowy"

g) dodanie pkt. 9 w Załączniku numer 7 do Umowy - Waloryzacja wynagrodzenia poprzez nadanie mu brzmienia: „Całkowita wielkość obniżenia wynagrodzenia Wykonawcy w efekcie zastosowania w okresie realizacji Umowy postanowień dotyczących waloryzacji, nie może przekroczyć 10% wartości wynagrodzenia określonego w § 7 ust. 1 Umowy";

2) zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Odwołujący Mobilis wskazał, że jest przedsiębiorcą działającym na rynku usług autobusowych, który nie podlega wykluczeniu z postępowania, posiada wiedzę i doświadczenie pozwalające na należyte zrealizowanie Zamówienia. Mając na uwadze, iż warunki udziału w postępowaniu zostały ukształtowane w sposób rażąco naruszający konkurencję, ograniczając krąg potencjalnych wykonawców do podmiotów świadczących usługi na terenie działania Zarządu Transportu Metropolitalnego prowadzi do naruszenia interesu Odwołującego Mobilis, pozbawiając go możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne. Ponadto umowa o zamówienie publiczne może ulec zmianie, tylko w przypadkach w niej określonych, w interesie Odwołującego Mobilis jest takie ukształtowanie jej warunków na tym etapie, aby przystąpienie do jej realizacji nie stanowiło naruszenia względnej równowagi kontraktowej stron. W związku z tym, Odwołujący Mobilis ma interes prawny, aby dokonać modyfikacji postanowień umowy oraz SWZ, a co za tym idzie ma legitymację czynną do złożenia odwołania.

Ad zarzutu 1)

Odwołujący Mobilis wskazał, że Zamawiający określił warunek udziału w Postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, zgodnie z którym „o udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który dysponuje pojazdami z homologacją spełniającymi wymagania określone w przepisach ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. - Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. z 2021 r. poz. 450,z późn. zm.) i przepisach wykonawczych do niej dla autobusów miejskiej regularnej komunikacji publicznej w tym wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U. z 2016 r. poz. 2022, z późn. zm.) oraz następujące wymagania dodatkowe: (,..)".Tak ukształtowany warunek udziału w postępowaniu w ocenie Odwołującego Mobilis ogranicza konkurencję, gdyż zawęża on krąg podmiotów mogących wziąć udział w Postępowaniu praktycznie wyłącznie do wykonawców świadczących obecnie usługi na obszarze działania Zarządu Transportu Metropolitalnego. Odwołujący Mobilis wskazał, że żaden z podmiotów racjonalnie działających na rynku przewozowym nie posiada w swoich zasobach zapasowych pojazdów w liczbie określonej w SWZ, które stoją i czekają na ewentualne wszczęcie postępowania o zamówienie publiczne, co więcej w konfiguracji określonej przez Zamawiającego. Jednocześnie żaden z rozsądnie działających podmiotów nie zawrze umowy sprzedaży, najmu lub dzierżawy autobusów lub nie rozpocznie dostosowywania swoich pojazdów do wymagań Zamawiającego, jeżeli nie będzie miał pewności czy uzyska zamówienie publiczne, gdyż jest to zdarzenie przyszłe i niepewne. Odwołujący Mobilis argumentował, że przy tak ukształtowanym warunku udziału w Postępowaniu, Zamawiający wymaga od wykonawców, aby już w dniu złożenia oferty posiadali pojazdy z homologacją o zdefiniowanych parametrach technicznych - co nie jest uzasadnione ani celem, ani warunkami zamówienia. Odwołujący Mobilis wskazał, że warunki udziału w Postępowaniu nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania, a tym samym nie mogą być określane ponad poziom niezbędny do osiągnięcia celu. Istotnym z punktu widzenia przedmiotowego Zamówienia jest dysponowanie pojazdami posiadającymi określone właściwości w dniu przystąpienia do realizacji Zamówienia, który obecnie określony jest na 1 stycznia 2022 roku, nie zaś w dniu

złożenia oferty, które będzie miało miejsce na co najmniej trzy miesiące wcześniej. Takie działanie Zamawiającego ogranicza krąg potencjalnych wykonawców, uniemożliwiając złożenie oferty podmiotom, które działają na rynku usług przewozowych, posiadają właściwe doświadczenie oraz wiedzę, a co za tym idzie dających rękojmię należytej realizacji zamówienia. Odwołujący Mobilis wskazał, że w Komentarzu do Pzp autorstwa pracowników Urzędu Zamówień Publicznych, wskazuje się, że „Co do zasady wykonawca musi dysponować niezbędnymi zasobami dopiero na etapie realizacji zamówienia, a nie w chwili składania oferty. Okoliczność, że zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia musi być oceniona najpóźniej przed wyborem najkorzystniejszej oferty (art. 126 ust. 1 Pzp), nie oznacza, że np. osoby wymagane do realizacji zamówienia muszą być zatrudnione u wykonawcy już w momencie złożenia oferty". Odwołujący Mobilis wskazał, że zasada ta ma zastosowanie nie tylko do potencjału kadrowego, ale także zasobów technicznych wykonawcy, co zostało potwierdzone w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Z tych względów, zdaniem Odwołującego Mobilis, żądanie Zamawiającego, aby wykonawca w dniu złożenia oferty dysponował pojazdami określonymi w pkt 5.1. 3) SWZ jest nadmiarowe, nieproporcjonalne i nieuzasadnione z punktu widzenia celu zamówienia. W doktrynie wskazuje się także, że warunki udziału w postępowaniu powinny być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i określone w sposób, który nie będzie prowadził do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu podmiotów mogących wziąć udział w postępowaniu. Odwołujący Mobilis powyższe poparł stanowiskiem doktryny i orzecznictwa Izby.

Zdaniem Odwołującego Mobilis żądanie przez Zamawiającego, aby wykonawcy wykazali, że już na etapie złożenia oferty dysponują pojazdami, które spełniają wymagania Zamawiającego jest nieuzasadnione z punktu widzenia celu zamówienia, nieproporcjonalne, a ponadto ogranicza konkurencję na rynku, wykluczając z możliwości wzięcia udziału w Postępowaniu wykonawców, którzy dają rękojmie należytego zrealizowania zamówienia oraz wykonawców z innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej.

Ad zarzutu 2)

Zamawiający określając przedmiot zamówienia wskazał, że okres realizacji zamówienia rozpocznie się 1 stycznia 2022 roku. Jak wynika z treści SWZ i ogłoszenia o zamówienia, okres związania ofertą w postępowaniu upłynie 29 grudnia 2021 roku, tj. wykonawca powinien być gotowy do podjęcia świadczenia usług w terminie 2 dni od dnia upływu terminu związania ofertą.

Mając na uwadze terminy, jakie zamawiający zobowiązany jest zachować w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. termin na złożenie dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania, spełniania warunków udziału w postępowaniu, czy okres standstill oraz czas niezbędny na rozpoznanie ewentualnego odwołania, należy wskazać, że realne jest, iż termin świadczenia usług ulegnie zmianie po złożeniu ofert w Postępowaniu. Zmiana istotnego elementu przedmiotu zamówienia po terminie składania ofert jest niedopuszczalna, w związku z czym takie ukształtowanie tego postanowienia SWZ narusza zasady Pzp.

Odwołujący Mobilis wskazał, że termin rozpoczęcia świadczenia usług jest elementem istotnym opisu przedmiotu zamówienia, który ma wpływ na decyzję wykonawców co do złożenia oferty w Postępowaniu, czy też oferowanej ceny, a każda ewentualna zmiana w tym zakresie może mieć wpływ na oferowane warunki realizacji zamówienia oraz krąg podmiotów, które wzięłyby udział w postępowaniu, dlatego też uzasadnione jest dokonanie zmiany terminu rozpoczęcia świadczenia usług.

Odwołujący Mobilis zwrócił uwagę, że szacunkowa wartość zamówienia przekracza progi unijne, a co za tym idzie zamówienie powinno być dostępne dla wykonawców z innych państw członkowskich Unii Europejskiej, co wynika z zasady traktatowej swobody przepływu świadczenia usług (sprecyzowanej w motywie pierwszym dyrektywy Parlamentu i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE). Określenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług przez Zamawiającego nastąpiło w sposób oderwany od specyfiki zamówienia (2 dni od dnia upływu związania ofertą), a co za tym idzie Zamawiający nie stwarza warunków zapewniających uczciwą konkurencję i możliwość równej rywalizacji.

Odwołujący Mobilis wskazał, że przystąpienie do realizacji przedmiotu Zamówienia w terminie określonym przez Zamawiającego jest z przyczyn o obiektywnym charakterze niemożliwe. Analiza projektowanych postanowień umowy i opisu przedmiotu zamówienia jak również wieloletnie doświadczenie Odwołującego w realizacji tego typu zamówień, prowadzi do jednoznacznego wniosku, że przed przystąpieniem do realizacji zamówienia wykonawca powinien podjąć szereg działań, tj.:

1) przygotować dokumenty i informacje niezbędne do zawarcia umowy;

2) przystąpić do zawarcia umowy z Zamawiającym w bardzo specyficznym okresie, jakim są ostatnie dni grudnia;

3) zatrudnić kierowców i pracowników obsługi technicznej - co wiąże się z koniecznością przeprowadzenia rekrutacji;

4) zorganizować niezbędne zaplecze techniczne służące do obsługi autobusów (zajezdnia autobusowa);

5) nabyć pojazdy oraz przystosować je do wymagań Zamawiającego - produkcja nowych autobusów trwa ok. 6 miesięcy, zaś dostosowanie używanych pojazdów do potrzebZamawiającego w zakresie określonym w SWZ co najmniej kilka tygodni (w zależności od tego parametrów i stanu używanych autobusów).

Odwołujący wskazał, że wobec powyższego wykonawcy powinni mieć czas, aby przeprowadzić czynności wskazane powyżej, a dwa dni z pewnością nie będą wystarczające, aby wykonawcy będący profesjonalistami, którzy działają na rynku i dają rękojmię należytego wykonania zamówieniu, dokonali wszystkich czynności niezbędnych do rozpoczęcia świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia. Okresem odpowiednim, zdaniem Odwołującego Mobilis, jest okres nie krótszy niż 6 miesięcy licząc od daty zawarcia umowy w sprawie realizacji danej części zamówienia.

Jedynym przypadkiem, w którym realizacja tych wszystkich czynności byłaby wykonalna, jest sytuacja, w której wykonawca świadczy już usługi dla Zamawiającego, gdyż każdy inny wykonawca musi wykonać szereg dodatkowych czynności pozwalających na osiągnięcie gotowości do realizacji zamówienia.

Odwołujący Mobilis wskazał, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że zamawiający zobowiązany jest zapewnić realne uwzględnienie wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych zawartych w SWZ mających wpływ na realizację zamówienia, w sposób zapewniający konkurowanie w warunkach uczciwej i równej konkurencji. Jak wskazał Odwołujący Mobilis, w orzecznictwie akcentuje się, że zapewnienie zbyt krótkiego terminu na realizację zamówienia nie stwarza warunków równej konkurencji. Odwołujący Mobilis przywołał stanowisko Izby wydane w sprawach o sygn. akt KIO 2142/20, KIO 1860/10 oraz KIO 1365/18.

Zdaniem Odwołującego Mobilis, doprowadzenie przez Zamawiającego do sytuacji, w której faktycznie tylko jeden podmiot lub określona z góry grupa podmiotów będzie mogła realnie podjąć się realizacji usług ze względu na ukształtowany w zamówieniu termin realizacji zamówienia, stanowi naruszenie zasad systemu zamówień publicznych - w szczególności zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji i przepływu świadczenia usług.

Ad zarzutu 3)

Odwołujący Mobilis wskazał, że Zamawiający w Załączniku numer 12 do Umowy określił sposób waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w Postępowaniu. Odwołujący Mobilis wyjaśnił, że Zamawiający przyjął zasadę, że wynagrodzenie wykonawcy może być waloryzowane poprzez jego podwyższenie lub obniżenie w zależności od sytuacji na rynku. W pkt 7 Załącznika numer 12 do Umowy, Zamawiający sprecyzował, że maksymalny wskaźnik waloryzacji stawki za jeden wozokilometr w danym roku wynosi 1,05. W przypadku, gdy wartość wskaźnika waloryzacji stawki za jeden wozokilometr, obliczona według wzoru określonego w ust. 1, przekracza wskazaną wyżej maksymalną wartość, w danym roku przyjmuje się wartość wskaźnika waloryzacji 1,05.

Odwołujący Mobilis podniósł, że Zamawiający nie określił jednak zasady, co stanie się w sytuacji, gdy wskaźnik waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy będzie ujemny, co może prowadzić do sytuacji, w której stawka za jeden wozokilometr ulegnie znaczącemu obniżeniu, w zakresie w jakim nie można było tego przewidzieć na etapie przygotowania oferty, a w najbardziej skrajnym przypadku może dojść do 0 zł.

Odwołujący Mobilis wskazał, że na jeden wozokilometr składają się nie tylko koszty paliwa, czy koszt pracy kierowcy, ale także koszty stałe w szczególności zakupu, najmu lub dzierżawy pojazdów, ubezpieczenie pojazdów, koszt bazy. Dopuszczenie do sytuacji, w której koszt jednego wozokilometra może zostać znacząco obniżony ze względu na obniżenie wskaźników przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia brutto, rocznego wskaźnika zmiany cen paliw w Polsce, czy średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych jest nieadekwatne do zasad obliczania ceny w tego typu usługach.

Odwołujący Mobilis wskazał, że umowa zawarta jest na okres 96 miesięcy (8 lat), a co za tym idzie wymaganie od wykonawcy przewidzenia tendencji na rynku na 8 lat do przodu jest jaskrawym przykładem przerzucenia ryzyka związanego ze zmianami na rynku,

na wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z jednoczesnym zagwarantowaniem sobie możliwości nieograniczonego obniżania ceny za jeden wozokilometr. Przy ograniczeniu możliwości zwiększenia wysokości tej samej stawki w drugą stronę, tj. ograniczenie wskaźnika zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy do wysokości 1,05 - czym Zamawiający ograniczył ryzyko po swojej stronie.

Odwołujący Mobilis argumentował, że postanowienia Załącznika numer 12 do Umowy są niesymetryczne i przerzucają ewentualne ryzyka wahań na rynku na wykonawcę zamówienia. Ograniczając z drugiej strony odpowiedzialność Zamawiającego. Takie ukształtowanie projektowanych postanowień umowy stanowi wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego. Odwołujący Mobilis wskazał na stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 10 maja 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 693/21. Odwołujący Mobilis wskazał również, że w Komentarzu do Pzp autorstwa pracowników Urzędu Zamówień publicznych wskazuje się, że „Przez zmianę cen materiałów lub kosztów należy rozumieć zarówno jej wzrost, jak i jej obniżenie, co za tym idzie zastosowanie klauzuli waloryzacyjnej może powodować odpowiednie zwiększenie, ale także zmniejszenie wynagrodzenia. Takie rozwiązanie prowadzi do równego rozłożenia ryzyka w tym zakresie pomiędzy stronami umowy Zdaniem Odwołującego Mobilis w przypadku przedmiotowego Zamówienia, Zamawiający wypacza cel regulacji art. 439 Pzp, gdyż w przypadku waloryzacji in plus ogranicza swoją odpowiedzialność, zaś w przypadku działania w drugą stronę tego ograniczenia już nie stosuje, a co za tym idzie narusza zasady współżycia społecznego wykorzystując swoją pozycję w stosunku obligacyjnym z wykonawcami zamówienia publicznego. Odwołujący Mobilis wskazał, że ograniczenie poziomu zmian wynagrodzenia o maksymalnie 10% rocznie narusza zasadę ekwiwalentności świadczeń. W ostatnim czasie można zauważyć tendencję na rynku, zgodnie z którą wzrost kosztów świadczenia usług jest wyższy niż 10% w skali roku, co może skutkować tym, że wykonawcy będą zmuszeni do świadczenia usług poniżej realnych kosztów, które zostaną przez nich poniesione. W związku z czym, uzasadnione jest zwiększenie wskaźnika waloryzacji wynagrodzenia do 1,1.

Zdaniem Odwołującego Mobilis uzasadnione jest zrównoważenie ryzyk obu stron umowy o zamówienie publiczne i wprowadzenie postanowienia określający granicę obniżenia wskaźnika waloryzacji w przypadku obniżenia cen na właściwym rynku oraz wysokości maksymalnego obniżenia wynagrodzenia wykonawcy w sposób pozwalający na zachowanie ekwiwalentności świadczeń oraz zmiana wskaźnika do 1,1.

sygn. akt KIO 2369/21

Odwołujący A21 wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na sporządzeniu dokumentacji postępowania w tym SWZ oraz załącznika nr 7 do SIWZ tj. projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp, w szczególności w zakresie warunków udziału w postępowaniu, opisu przedmiotu zamówienia (okres świadczenia usług) oraz waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) w zakresie SWZ:

a) art. art. 99 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1), pkt 2) i 3) Pzp przez opisanie - w pkt 3.2. SWZ przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny bez uwzględnienia okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, przez co ograniczający uczciwą konkurencję i skutkujący nierównym traktowaniem wykonawców z uwagi na brak oznaczenia tras komunikacyjnych, na których usługa będzie realizowana i częstotliwości wykonywania kursów na poszczególnych trasach, albo procentowanego podziału kursów na kursy miejskie, kursy pozamiejskie, kursy dzienne, kursy nocne, kursy w dniu ustawowo wolne od pracy co uniemożliwia jednoznaczne określenie poziomu kosztów i prawidłowe sporządzenie kalkulacji, a w konsekwencji - otrzymanie przez zamawiającego konkurencyjnych i porównywalnych ofert;

b) art. 112 oraz 57 p.z.p. przez opisanie w SWZ (na przykład w punkcie 5.1. ust. 3.1) lit. l) tiret pierwszy SWZ) w sposób niejednoznaczny, sprzeczny, a przez to niemożliwy do zrealizowania warunków udziału w Postępowaniu, poprzez wskazanie, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który dysponuje pojazdami dla taboru typu MN - „niskowejściowymi, niskopodłogowymi, z niskim pomostem bez żadnych stopni umieszczonych przynajmniej w jednych drzwiach” - podczas, gdy określenia te wzajemnie się wykluczają, co czyni niemożliwym spełnienie ww. warunku uczestnictwa w Postępowaniu;

c) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1) p.z.p. poprzez wprowadzenie naruszającego zasady konkurencyjności ograniczenia, zgodnie, z którym wykonawca może złożyć

ofertę maksymalnie na dwie część zamówienia, tj. ograniczenia, które nie znajduje racjonalnego uzasadnienia i ogranicza uczciwą konkurencję w postępowaniu oraz podważa równą pozycję wszystkich wykonawców;

d) art. 91 ust. 4 p.z.p. oraz art. 134 ust. 2 pkt 3) p.z.p. poprzez brak określenia przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia (w tym w SWZ) obiektywnych i niedyskryminujących kryteriów lub zasad, które zastosuje w celu wyboru, w których częściach zostanie wykonawcy udzielone zamówienie w przypadku, gdy w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jeden wykonawca miałby uzyskać większą liczbę części zamówienia, niż wynosi maksymalna liczba, na które może zostać mu udzielone zamówienie; zwłaszcza, że dokumentacja przetargu nie przewiduje co nastąpi, w sytuacji, gdy dany wykonawca złoży więcej niż dwie oferty;

e) art. pkt. 2) i 3) oraz art. 17 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 122 p.z.p. poprzez nieprzejrzyste, nieproporcjonalne i niepozwalające na osiągnięcie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, ukształtowanie SWZ, zgodnie z którymi rozpoczęcie świadczenia istotnej części usługi, będącej przedmiotem Postępowania następuje ze znacznym opóźnieniem, w stosunku do terminu złożenia oferty w Postępowaniu, co utrudnia wyszacowanie i złożenie oferty w Postępowaniu (usługa świadczona jest „narastająco"), przy jednoczesnym założeniu konieczności wymiany wszystkich pojazdów w okresie świadczenia usługi oraz rażącym ograniczeniu możliwości waloryzacji ceny i możliwości odstąpienia od zawartej umowy w trybie natychmiastowym w przypadku niespełniania przez pojazd warunków określonych we Wzorze umowy, a także zastrzeżenia rażąco wygórowanej kary umownej w takim przypadku odstąpienia od zawartej umowy;

f) art. 112 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1) p.z.p. poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia naruszając zasadę konkurencyjności poprzez umożliwienie ubiegania się o udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcom dysponującym pojazdami spełniającymi wymagania w zakresie wyposażenia zgodnego z Załącznikiem nr 1 do Wzoru umowy, określonego w SWZ pkt 5.1 ppkt. 3.1) lit o)-w) oraz y), w ppkt. 3.2) lit. o)-w) oraz y), ppkt. 3.3) lit. o)-w) oraz y), ppkt. 3.4) lit. o)-w) oraz y), ppkt. 3.5) lit. o)-w) oraz y), ppkt. 3.6) lit. o)-w) oraz y), ppkt. 3.7) lit. o)-w) oraz y) SWZ;

g) art. 99 ust. 1 i ust. 4 p.z.p., art. 16 ust. 1 p.z.p. oraz art. 436 ust. 2 p.z.p. poprzez sprzeczność (niejednoznaczność) opisu przedmiotu Zamówienia w SWZ z opisem przedmiotu umowy w § 1 ust. 2 i ust. 4 Załącznika nr 7 do SWZ („Wzór umowy" - dalej jako Wzór umowy) w zakresie określenia podstaw obliczania wartości „gwarantowanej pracy eksploatacyjnej" w ramach usług wykonywanych przez wykonawców a także niejednoznaczność (poprzez brak wyraźnego określenia) podstaw ustalania wynagrodzenia należnego Wykonawcy, co uniemożliwia jednoznaczne określenie poziomu kosztów i prawidłowe sporządzenie kalkulacji, a w konsekwencji - otrzymanie przez Zamawiającego konkurencyjnych i porównywalnych ofert;

h) art. 8 ust 1 p.z.p. w zw. z art. 387 § 1 k.c. poprzez zastrzeżenie w pkt 11 Załączniku nr 1 do Wzoru umowy - „Wymagania wobec pojazdów Wykonawcy" - warunków niemożliwych (niemożliwość pierwotna) do spełnienia przez wykonawcę w odniesieniu dla pojazdów taboru typu MN i AN, co skutkuje nieważnością umowy;

i) art. 8 ust 1 p.z.p. w zw. z art. 387 § 1 k.c. oraz art. 17 ust. 1 pkt 1) p.z.p. (zasada konkurencyjności) poprzez zastrzeżenie w pkt 11 lit. p) Wzoru umowy - warunków niemożliwych (niemożliwość pierwotna) do spełnienia przez wykonawcę w odniesieniu dla obowiązku: „stosowania elektronicznego systemu pobierania opłat za przejazdy zgodnie z zasadami określonymi w Załączniku nr 5 „Zasady stosowania przez Wykonawcę elektronicznego systemu pobierania opłat za przejazdy" do Umowy oraz w Załączniku nr 5a „Standard wyposażenia pojazdów w urządzenia poboru opłat wariant Metrolinia" do Umowy", podczas gdy urządzenia te dostarczane i montowane są przez jednego dostawcę - Asseco Poland S.A., który aktualnie nie posiada urządzeń koniecznych dla spełnienia ww. wymogów, w koniecznej ilości (wymóg nie jest możliwy do spełnienia), jak również nie jest możliwe zaopatrzenie pojazdów w urządzenia spełniające ww. wymogi u innego dostawcy, które to ograniczenie prowadzi do naruszenia zasady konkurencyjności;

2) w zakresie istotnych postanowień umowy:

a) art. 16 pkt. 2) i pkt. 3), art. 99 ust. 1, art. 8 ust. 1 p.z.p. w zw. z w zw. z art. 483 § 1 k.c., art. 3531 k.c. i art. 5 k.c. poprzez ustalenie wysokości kar umownych we Wzorze umowy w sposób niejednoznaczny i nieproporcjonalny, uniemożliwiający ustalenie

wysokości zastrzeżonych kar umownych oraz przypadków, za które zostały one zastrzeżone, a także uzależniający wysokość kar umownych od zachowania Zamawiającego, niezależnie od wystąpienia po stronie Zamawiającego szkody i przez to w sposób niezgodny z zasadą równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz w sposób znacznie przekraczający zasadę swobody umów;

b) art. 8 ust 1 p.z.p. w zw. z art. 484 § 2, art. 3531 i art. 5 k.c. poprzez ustalenie wysokości kar umownych we Wzorze umowy w sposób rażąco wygórowany i przez to niezgodny z zasadą równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz w sposób znacznie przekraczający zasadę swobody umów;

c) art. 433 ust. 2 p.z.p. poprzez zastrzeżenie kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;

d) art. 8 ust. 1 p.z.p. w zw.z art. 3571 § 1 k.c. poprzez zastrzeżenie w § 4 pkt 5 Wzoru umowy, że: „W przypadku zmiany przepisów określających wymagania dotyczące pojazdów, pojazdy te dostosowane zostaną niezwłocznie do zmienionych wymogów, tak aby z momentem wejścia w życie zmienionych przepisów były dostosowane”, przy jednoczesnym zastrzeżeniu rażąco wygórowanych kar umownych oraz prawa odstąpienia od umowy przez Zamawiającego w przypadku świadczenia usług pojazdami nieodpowiadającymi wymaganiom określonym w umowie, podczas gdy postanowienie to obejmuje również sytuację nadzwyczajnej zmiany stosunków i powodować, że spełnienie świadczenia przez wykonawcę będzie połączone z nadmiernymi trudnościami albo grozić będzie stratą, czego - jak wskazano powyżej - wykonawca nie może przewidzieć przy zawarciu umowy.

W związku z powyższym Odwołujący A21 wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

Ad. 1 lit. a) dokonania zmiany treści SWZ i ogłoszenia przez jednoznaczne wskazanie - w pkt 3.2. SWZ tras komunikacyjnych, na których usługa będzie realizowana i częstotliwości wykonywania kursów na poszczególnych trasach, albo ilości wozokm na trasach miejskich i pozamiejskich, a także ilości wozokm w dniu powszechnie, w nocy oraz w dniu ustawowo wolne od pracy;

Ad. 1 lit. a) dokonania zmiany Wzoru umowy poprzez sprecyzowanie, iż zmiana rozkładu jazdy nie może skutkować zwiększeniem ilości wozokm na trasach miejskich, w porze nocnej lub w dni ustawowo wolne od pracy;

Ad. 1 lit. b) zastąpienie w punktach 3.1) lit. l) tiret pierwszy; 3.6) lit. m) tiret pierwszy; przecinków słowami „albo”;

Ad. 1 lit. c) dokonania zmiany treści SWZ poprzez wykreślenie pkt 3.14 SWZ albo zmianę 3.14 SWZ poprzez wskazanie, że jeden wykonawca uprawniony jest do złożenia oferty na więcej niż 1 część zamówienia;

Ad. 1 lit. d) zmianę ogłoszenia i SWZ poprzez określenie w ogłoszeniu i SWZ, iż Zamawiający może udzielić jednemu wykonawcy zamówienia na maksymalnie dwie części, oraz określenie obiektywnych i niedyskryminujących kryteriów, które Zamawiający zastosuje w celu wyboru, w których częściach zostanie wykonawcy udzielone zamówienie w przypadku, gdy w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jeden wykonawca miałby uzyskać większą liczbę części zamówienia, niż wynosi maksymalna liczba, na które może zostać mu udzielone zamówienie, np.: „w przypadku, gdy Zamawiający złoży więcej niż 2 oferty na poszczególne części zamówienia, które osiągną największą ilość punktów wśród ofert złożonych dla danej części, Zamawiający dokona wyboru 2 ofert w odniesieniu do różnych części, biorąc pod uwagę korzystniejszy bilans wyboru 2 pierwszych ofert z wszystkich części, w których wybrana została oferta danego wykonawcy;

Ad. 1 lit. e) Zmianę postanowienia w Załączniku nr 12 pkt 1) tiret trzeci:

„- wp - roczny wskaźnik zmian cen paliw w Polsce, wyliczony przez ZTM jako stosunek średniej arytmetycznej dziennych cen hurtowych za 1000 litrów oleju napędowego Ekodiesel w roku poprzednim do średniej arytmetycznej dziennych cen hurtowych za 1000 litrów oleju napędowego Ekodiesel w roku poprzedzającym rok poprzedni podanych na stronie internetowej PKN Orlen S.A.”

na:

„- wp - roczny wskaźnik zmian cen paliw w województwie śląskim, wyliczony przez ZTM jako stosunek średniej arytmetycznej dziennych cen hurtowych za 1000 litrów oleju napędowego Ekodiesel w roku poprzednim do średniej arytmetycznej dziennych cen hurtowych za 1000 litrów oleju napędowego Ekodiesel w roku poprzedzającym rok poprzedni podanych na stronie internetowej wybranych 4 różnych sieci stacji paliw, działających na terenie województwa śląskiego, dla województwa śląskiego."

Ad. 1 lit. e) usunięcia w całości punktów 7 oraz 8 Załącznika nr 12 pn. „Waloryzacja wynagrodzenia" do Wzoru umowy;

Ad. 1 lit. f) wykreślenia w punkcie 5.1 ppkt. 3.1), 3.2), 3.3) 3.4) 3.5) 3.6) SWZ oraz 3.7) lit. o)-t) oraz v), w) i y) SWZ określenia „spełniające wymagania określone w Załączniku 7 do SWZ, w szczególności w Załączniku nr 1 do wzoru umowy";

Ad. 1 lit. f) wykreślenia w punktach w pkt. 5.1 ppkt. 3.1), 3.2), 3.3) 3.4) 3.5) 3.6) oraz 3.7) lit. u) SWZ;

Ad. 1 lit. g) zmianę § 1 ust. 4 Wzoru umowy poprzez jednoznaczne określenie podstaw obliczania wartości „gwarantowanej pracy eksploatacyjnej" w sposób tożsamy z SWZ a dodatkowo zmniejszający wysokość ograniczenia z 15 % do 10% , o przykładowej treści: „Wielkość gwarantowana pracy eksploatacyjnej przewidzianej do zlecenia w ramach Umowy wynosi . , co stanowi 90% pracy eksploatacyjnej dla Zakresu podstawowego, określonego

w ust. 2. Ograniczenie pracy eksploatacyjnej w każdym roku i typie taboru w stosunku do wielkości dla Zakresu podstawowego, nie może przekroczyć 10% liczby wozokm w każdym roku i typie taboru";

Ad. 1 lit. g) zmianę SWZ oraz Wzoru umowy poprzez dodanie zapisu stanowiącego podstawę ustalenia wynagrodzenia należnego Wykonawcy, w przypadku, gdy z przyczyn zależnych od Zamawiającego, Wykonawca nie wykona Zakresu podstawowego określonego w § 1 ust. 2 Umowy na poziomie gwarantowanej pracy eksploatacyjnej określonej w § 1 ust. 4 Umowy, o przykładowej treści: „W przypadku, gdy z przyczyn Zamawiającego, Wykonawca nie wykona Zakresu podstawowego określonego w § 1 ust. 2 Umowy na poziomie gwarantowanej pracy eksploatacyjnej określonej w § 1 ust. 4 Umowy, Wykonawcy należne będzie wynagrodzenie w wysokości wartości gwarantowanej pracy eksploatacyjnej określonej w § 1 ust. 4 Umowy przy czym rozliczenie powyższego dokonane zostanie w terminie 30 dni od dnia zakończenia każdego roku kalendarzowego obowiązywania Umowy";

Ad.1 lit. h) zastąpienia w Załączniku nr 1 do Wzoru umowy w punkcie 11 lit. a) tiret pierwszy i drugi przecinków słowami „albo";

Ad. 1 lit. i) zastąpienie określonego w Załączniku nr 5 do Wzoru umowy pn. „Standard wyposażenia pojazdów w urządzenia poboru opłat wariant „Metrolinia"" standardu „Metrolinia" - standardem „Metrolinia" „lub innym równoważnym" albo wydłużenie okresu na wdrożenie standardu „Metrolinia" do 31 grudnia 2022 roku;

Ad. 2 lit. a) zmianę Załącznika nr 11 do Wzoru umowy („Zasady naliczania kar umownych") poprzez wprowadzenie zastrzeżenia, że kary umowne będą naliczane w oparciu o nominalnie określoną stawkę tj. o stawki stanowiące wielokrotność ceny biletu papierowego jednorazowego/krótkookresowego, normalnego, o najniższym nominale, zgodnie z Taryfą obowiązującą w dniu zawarcia Umowy;

Ad. 2 lit. a) zmianę punktu 3 lit. a) Załącznika nr 11 do Wzoru umowy („Zasady naliczania kar umownych") w ten sposób, że otrzyma on następujące brzmienie: „0,2-krotności za każdy niezrealizowany wozokilometr na linii, z zastrzeżeniem ust. 23, oraz 0,05-krotności za każdy wozokilometr wykonany typem taboru

Ad. 2 lit. a) usuniecie punktu 3 lit. b) tiret drugi Załącznika nr 11 do Wzoru umowy („Zasady naliczania kar umownych");

Ad. 2 lit. a) usuniecie punktu 3 lit. b) tiret piąty Załącznika nr 11 do Wzoru umowy („Zasady naliczania kar umownych");

Ad. 2 lit. a) usuniecie punktu 3 lit. c) tiret pierwszy Załącznika nr 11 do Wzoru umowy („Zasady naliczania kar umownych”);

Ad. 2 lit. a) usuniecie punktu 3 lit. c) tiret drugi Załącznika nr 11 do Wzoru umowy („Zasady naliczania kar umownych”);

Ad. 2 lit. a) zmianę ust. 9 Załącznika nr 3 do Wzoru umowy w ten sposób, że zostanie zmieniony z 5 min. do 15 min. czas informowania o braku realizacji kursu lub jego części na linii tj. w ten sposób, że otrzyma on brzmienie: „Wykonawca ma obowiązek niezwłocznie (nie później niż 15 minut od wystąpienia zdarzenia) poinformować dyspozytornię ZTM [.]”;

Ad. 2 lit. a) zmianę punktu 5 lit. c) tiret pierwszy poprzez usunięcie z tego zapisu odwołania do ustępu 13 Załącznika nr 3 do Wzoru umowy;

Ad. 2 lit. a) zmianę punktu 3 lit. e) Załącznika nr 11 do Wzoru umowy („Zasady naliczania kar umownych”) w ten sposób, że będzie odnosił się do podstawy odstąpienia od Umowy w trybie określonym w § 10 ust. 1 Umowy z wyłączeniem przypadków wskazanych § 10 ust. 2 Umowy, („Zasady naliczania kar umownych”);

Ad. 2 lit. a) zmianę Wzoru umowy poprzez zmianę § 10 ust. 5 lit. e). Wzoru umowy w ten sposób, że otrzyma on brzmienie: „Wykonawca świadczy Usług pojazdami innymi niż określone w Umowie, przez co Zamawiający rozumie świadczenie Usług pojazdami innymi niż określone w Umowie co najmniej przez okres 90 następujących po sobie dni, lub stwierdzone co najmniej 3 razy, w co najmniej 4 tygodniowych odstępach czasu, w okresie obowiązywania Umowy, świadczenia Usług pojazdami innymi niż określone w Umowie bez względu na okres świadczenia Usług takimi pojazdami”;

Ad. 2 lit. a) usuniecie punktu 7 lit. c) tiret drugi Załącznika nr 11 do Wzoru umowy („Zasady naliczania kar umownych”);

Ad. 2 lit. a) usuniecie punktu 8 lit. a) i lit. b) tiret trzeci Załącznika nr 11 do Wzoru umowy („Zasady naliczania kar umownych”);

Ad. 2 lit. a) zmianę punktu 7 lit. a) tiret pierwszy, lit. c) tiret drugi i lit. d) tiret pierwszy Załącznika nr 11 do Wzoru umowy („Zasady naliczania kar umownych”) poprzez uzależnienie możliwości naliczenia kar umownych w ww. przypadkach od niedokonania naprawy kasowników w określonym w Umowie terminie;

Ad. 2 lit. a) zmianę Wzoru umowy poprzez zmianę § 10 ust. 2 lit. a. Wzoru umowy i wprowadzenie odwołań do konkretnych postanowień Umowy, których naruszenie będzie uznawane przez wadliwe lub sprzeczne z Umową wykonywanie Umowy przez Wykonawcę.;

Ad. 2 lit. b) zmianę punktu 4 lit. a), b) i c), punktu 5 lit. c) tiret pierwszy, punktu 6 lit. b) oraz punktu 7 lit. a) tiret pierwszy, lit. c) tiret drugi i lit. d) tiret pierwszy Załącznika nr 11 do Wzoru umowy („Zasady naliczania kar umownych”) poprzez 10-krotne obniżenie wysokości („krotności”) zastrzeżonych kar umownych;

Ad. 2 lit. b) zmianę Załącznika nr 11 do Wzoru umowy („Zasady naliczania kar umownych”) poprzez wprowadzenie zastrzeżenia, że kary umowne naliczane w odniesieniu do wartości Umowy określonej w § 7 ust. 1 Umowy (tj. określone w pkt 3 lit. d., e., f. i g. Załącznika nr 11 do Wzoru umowy) będą ograniczone do wartości Umowy w zakresie niewykonanej części Umowy;

Ad. 2 lit. b) zmianę Wzoru umowy poprzez usunięcie z punktu 3 lit. f) Załącznika nr 11 do Wzoru umowy („Zasady naliczania kar umownych”) przepisu § 10 ust. 2 lit. b) Wzoru umowy;

Ad. 2 lit. c) zmianę Załącznika nr 11 do Wzoru umowy („Zasady naliczania kar umownych”) poprzez usunięcie punktu 3 ust. 3 lit. d) jako niezgodnego z art. 433 ust. 2 p.z.p.

Ad. 2 lit. d) zastrzeżenie we Wzorze umowy dla wykonawcy prawa odstąpienia od umowy w całości lub w części w sytuacji, gdy spełnienie przez wykonawcę obowiązku wynikającego z § 4 pkt 5 Wzoru umowy, spowoduje po stronie wykonawcy nadmierne trudności albo grozić będzie stratą.

Ponadto, Odwołujący A21 wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, przy czym rachunki wykazujące wysokość poniesionych kosztów zostaną złożone do akt niniejszego postepowania przed jego zakończeniem.

Odwołujący A21 wskazał w pierwszej kolejności, że posiada interes do wniesienia niniejszego odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 p.z.p., polegający na tym, że Odwołujący A21 zamierza złożyć ofertę w Postępowaniu. Odwołujący A21 wskazał, że jest spółką prawa handlowego, której przedmiot działalności gospodarczej to świadczenie usług związanych z transportem pasażerskim miejskim. Odwołujący A21 prowadzi działalność gospodarczą na terenie województwa śląskiego i zainteresowany jest udziałem w postępowaniu. Jednocześnie w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów p.z.p., w odniesieniu do projektowanych postanowień umowy (Wzoru umowy), Odwołujący A21 mógł ponieść szkodę w postaci w szczególności polegającej na niedoszacowaniu warunków złożonej oferty z uwagi na fakt, że na dzień jej złożenia nie jest znany koszt zakupu nowych pojazdów, koniecznych do wykonania zamówienia przy założeniu jego realizacji na przestrzeni 96 miesięcy, przy skrajnie niekorzystnych dla Odwołującego A21 warunkach ewentualnej waloryzacji wynagrodzenia oraz obowiązku dokonywania wymiany pojazdów i ich dostosowania do warunków przetargu już na etapie składania oferty.

Następnie odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania, Odwołujący A21 wskazał, co następuje.

Ad zarzutu dotyczącego nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Odwołującego A21 Zamawiający nie sprecyzował w jakikolwiek sposób przebiegu tras komunikacyjnych, na których usługa transportowa - stanowiąca przedmiot zamówienia - ma być realizowana i częstotliwości kursów na poszczególnych trasach ograniczają się wyłącznie do wskazania zakładanej liczby wozokm. Powyższy brak uniemożliwia sporządzenie rzetelnej kalkulacji ceny ofertowej, która zależna jest od m.in. od kosztów zużycia paliwa oraz kosztów pracowników. Koszt paliwa z kolei jest uzależniony od poziomu jego zużycia, co z kolei jest ściśle związane z rodzajem trasy, na której świadczona jest usługa. Okoliczność czy trasa jest trasą miejską czy też pozamiejską wpływa bezpośrednio na ilość zużywanego paliwa przez pojazdy, przy użyciu których świadczona jest usługa. Koszty paliwa przy uwzględnieniu danej ilości wozokm będą zatem różne w zależności od rodzaju trasy.

Ponadto Odwołujący A 21 wskazał, że rodzaj trasy wpływa również ilość czasu konieczną do pokonania zakładanej liczby wozokm, co z kolei wpływa na konieczną do założenia wielkość zatrudniania, a co za tym idzie koszty zatrudnienia. Nie bez znaczenia dla kalkulacji przez Odwołującego się kosztów zatrudnienia jest również dni oraz pora dnia, w których usługi będą świadczone. Kursy nocne oraz w dniu ustawowo wolne od pracy stanowią bowiem istotny element kosztów zatrudniania.

Brak wskazania w przedmiocie zamówienia powyższych danych, zdaniem Odwołującego A 21, uniemożliwia wykonawcom podjęcie racjonalnej decyzji, co do złożenia oferty na daną część zamówienia i rzetelną kalkulację takiej oferty. Jednocześnie Odwołujący się zdaje sobie sprawę z faktu, iż okres realizacji zamówienia może uniemożliwiać Zamawiającemu sprecyzowanie w sposób wiążący przebiegu tras i ich

częstotliwości z uwagi na możliwe zmiany rozkładu jazdy. Tym samym Zamawiający winien w ramach opisu przedmiotu zamówienia sprecyzować przynajmniej ilość wozokm na trasach

miejskich i pozamiejskich, a także ilość wozokm w dniu powszechnie, w nocy oraz w dniu ustawowo wolne od pracy, a we wzorze Umowy zagwarantować wykonawcy iż ewentualne zmiany rozkładu jazdy dokonywane przez Zamawiającego nie będą skutkować zwiększeniem ilości wozokm na trasach miejskich, w porze nocnej lub w dni ustawowo wolne

od pracy.

Ad zarzutu dotyczącego niejednoznacznego i wewnętrznie sprzecznego opisu warunków udziału w Postępowaniu.

Odwołujący A21 zwrócił również uwagę na nieprawidłowy opis warunków udziału w Postępowaniu. Zgodnie z punktem 5.1. ust. 3.1) lit. l) tiret pierwszy SWZ - o udzielenie

zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który dysponuje pojazdami dla taboru typu MN - „niskowejściowymi, niskopodłogowymi, z niskim pomostem bez żadnych stopni

umieszczonych przynajmniej w jednych drzwiach” .

Zdaniem Odwołującego A21 sposób sformułowania powyższego opisu wskazuje, że pojazd taboru typu MN powinien być pojazdem niskowejściowym A niskopodłogowym A z niskim pomostem bez żadnych stopni umieszczonych przynajmniej w jednych drzwiach. Pojazd niskopodłogowy posiada wejście bez stopni, podłoga znajduje się na spodzie nadwozia, natomiast pojazd niskowejściowy jest tylko częściowo niskopodłogowy - najczęściej w przedniej części, a w tylnej wysokopodłogowy. Opisane w SWZ wymagania, zdaniem Odwołującego A21, wykluczają się wzajemnie i nie są możliwe do spełnienia łącznie. Pojazdy niskowejściowe i niskopodłogowe stanowią dwa różne typy pojazdów, a tym samym pojazd określonego rodzaju nie może spełniać cech obu tych typów. Powyższe powoduje, że warunki ubiegania się o zamówienie w Postępowaniu nie są możliwe do spełnienia.

Ad zarzutu naruszenia zasady proporcjonalności przy określeniu warunków udziału w Postępowaniu

Odwołujący A21 argumentował, że Zamawiający wymaga nadto, aby już na dzień składania ofert warunkiem udziału w postępowaniu zgodnie z punktem 5.1 SWZ - było spełnienie warunków polegających na posiadaniu pojazdów, spełniających określone kryteria. Oznacza to, że w sposób nieuzasadniony uprzywilejowani będą wykonawcy posiadający na dzień składania ofert pojazdy o określonych w SWZ parametrach, co zdaniem Odwołującego A21 nie znajduje uzasadnienia, a jest wręcz dla wykonawcy krzywdzące, ponieważ zaopatrzenie się w pojazdy spełniające aktualne wymagania SWZ i Wzoru umowy nie oznacza, że wymagania te będą spełnione również na dzień zawarcia samej umowy i dzień rozpoczęcia świadczenia usług w pełnym zakresie (z uwagi na wiek pojazdów oraz obowiązek doprowadzenia każdorazowo do zgodności pojazdów z

przepisami prawa).

Odwołujący A21 wskazał, że Zamawiający określając Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawę wykluczenia nałożył na wykonawców obowiązek dysponowania pojazdami w określonych ilościach oraz rodzaju umożliwiającymi wykonanie zamówienia. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł wyposażenie dodatkowe pojazdów w postaci: urządzenia do kasowania biletów (kasowniki), przyciski umożliwiające pasażerom sygnalizację zamiaru opuszczenia pojazdu, przyciski otwierania drzwi, oświetlenie przedziału pasażerskiego oraz oświetlenie zewnętrzne pojazdu, urządzenia zapewniające ogrzewanie przedziału pasażerskiego, urządzenia zapewniające wentylację przedziału pasażerskiego, bezprzewodowy dostęp do Internetu (WiFi), podnośnik lub rampa najazdowa dla wózków inwalidzkich, urządzenia przytrzymujące dla wózków inwalidzkich, dziecięcych, rowerów, hulajnóg, sygnał zamykania drzwi, które to wyposażenie dodatkowe, na dzień złożenia oferty, spełniać ma szczegółowe wymogi określone w Załączniku nr 1 do wzoru umowy. Wymogi te ocenić należy, jako nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i przekraczające minimalny poziom zdolności.

Odwołujący A21 zwrócił uwagę na szczegółowość wymogów w zakresie wyposażenia dodatkowego pojazdów określonych w Załączniku nr 1 do Umowy. Wymogi te precyzyjnie określają mi.in. ilość, sposób rozmieszczenia oraz sposób zakodowania kasowników, ilość, rozmieszczenie oraz wygląd zewnętrzny przycisków umożliwiających pasażerom sygnalizację opuszczenia pojazdu, czy przycisków otwierania drzwi, rozmieszczenie, czy nawet barwę oświetlenia wewnętrznego pojazdów, szczegółowe wymagania co do funkcjonalności urządzeń ogrzewających i wentylujących, czy zasady działania akustycznego sygnału zamykania drzwi. Powyższe wymogi, o ile w znacznej mierze dotyczą standardowego wyposażenia pojazdów, narzucają ich wygląd, funkcjonalność czy rozmieszczenie, które występować może w różnej konfiguracji w różnych typach pojazdów.

Odwołujący A21 wskazał na wymóg posiadania przez pojazdy bezprzewodowego dostępu do Internetu, spełniającego wymagania określone w Załączniku nr 1 do Wzoru Umowy. Zdaniem Odwołującego A21system bezprzewodowego dostępu do Internetu nie stanowi standardowego wyposażenia pojazdów autobusowych.

Zdaniem Odwołującego A21 o ile oczywistym jest, iż wykonawca, któremu udzielone zostanie zamówienie, zobligowany będzie dostosować posiadane przez siebie pojazdy i ich wyposażenie dodatkowe do wymogów Zamawiającego, o tyle nie znajduje uzasadnienia w przedmiocie zamówienia wymóg spełnienia szczegółowych wymogów dotyczących dodatkowego wyposażenia pojazdów już na etapie ubiegania się o zamówienie publiczne. W świetle powyższego wykonawca chcąc ubiegać się o zamówienie publiczne winien

dostosować funkcjonalność i parametry wyposażenia dodatkowego, a tym samym ponieść koszty z tego tytułu, nie mając jakiejkolwiek pewności czy zamówienie w ogóle zostanie mu udzielone. Warto zaznaczyć tu, że zastrzeżenia powyższe nie dotyczą podstawowych parametrów pojazdów lecz ich dodatkowego wyposażenia, nie wpływającego na możliwość świadczenie usług, które to wyposażenie zostać uzupełnione w okresie od dnia rozstrzygnięcia przetargu do dnia zawarcia umowy czy nawet do czasu rozpoczęcia świadczenia usług. Oczekiwania Zamawiającego w tym zakresie są całkowicie nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i prowadzą do wykluczenia wykonawców, którzy na dzień składania ofert nie spełniają powyższych wymogów (w tym w szczególności małych i średnich przedsiębiorstw), faworyzując większe podmioty oraz podmioty, które na dzień składania ofert świadczą już usługi na rzecz Zamawiającego, a tym samym ich tabor dostosowany jest do niestandardowych wymagań Zamawiającego.

Odwołujący A21 wskazał, że wyrażona w art. 112 p.z.p. zasada proporcjonalności nakazuje postawienie wymagań adekwatnych do okoliczności danej sprawy, tj. uzasadnionych wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności przedmiotu zamówienia oraz warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny jednak ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Puntem odniesienia dla zasady proporcjonalności jest zawsze przedmiot zamówienia, a warunek udziału w postepowaniu ma być tak postawiony tak, by umożliwiał ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności poprzez wskazanie minimalnych poziomów zdolności. Proporcjonalność określenia warunków udziału do przedmiotu zamówienia oznacza w szczególności, że Zamawiający dobierając i określając te warunki powinien się ograniczyć do wymagań minimalnych, a zarazem wystarczających dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, a ich opis powinien być adekwatny do rodzaju zamówienia. Tym samym warunki stawiane przez Zamawiającego w zakresie dodatkowego wyposażenia pojazdów, w tym w szczególności jego lokalizacji, kolorów, szczegółowych zasad działania, w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, jakim jest przewóz osób uznać należy za nadmierne.

Powyższe stanowi, w ocenie Odwołującego A21, naruszenie zasady proporcjonalności wyrażonej w art. 16 pkt 3) p.z.p. oraz art. 112 p.z.p. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości „proporcjonalny" to zachowujący właściwą proporcję, nienadmierny, adekwatny. Tymczasem w Postępowaniu - opis przedmiotu zamówienia nakłada wymagania, które nie służą obecnie spełnieniu uzasadnionych potrzeb Zamawiającego.

Ad zarzutu dotyczącego nieuzasadnionego ograniczenia maksymalnej ilości składanych ofert.

Odwołujący A21 podkreślił, że nie kwestionuje uprawnienia Zamawiającego do podziału zamówienia na części jak również powierzenia przez Zamawiającego poszczególnych części zamówienia rożnym wykonawcom. Powyższe winno być jednak dokonane w trybie art. 91 ust. 3 p.z.p., a nie poprzez niczym nieuzasadnione ilościowe ograniczenie składania ofert przez wykonawców. Wprowadzenie ograniczenia już na etapie składania ofert w sposób nieuzasadniony ogranicza konkurencję w postępowaniu poprzez ograniczenie wykonawcy możliwości ubiegania się o zamówienie.

Odwołujący A21 wskazał, że w przedmiotowym postepowaniu przedmiot poszczególnych części zamówienia jest analogiczny. Każdy z wykonawców, spełniając warunki udziału w postępowaniu dla wszystkich części (które są do siebie zbliżone) mógłby wziąć udział w przetargu na każdą z części zwiększając tym samym konkurencyjność we wszystkich częściach zamówienia. Ograniczenie ilości części, co do których wykonawca może złożyć ofertę wyłącza wykonawcy możliwość ubiegania się o zamówienie wszystkich części i powoduje konieczność dokonania przez wykonawcę wyboru pomiędzy niewiele różniącymi się od siebie częściami zamówienia. Wybór ten, zdaniem Odwołującego A21, w praktyce nie będzie poparty żadnymi przesłankami merytorycznymi a często „ślepym trafem". Tym samym dojść może do sytuacji, w której pomimo wystartowania w przetargu dużej ilości wykonawców, wykonawcy ci (wszyscy lub większość z nich) złożą oferty na te same części zamówienia. W konsekwencji dojść może nawet to nierozstrzygnięcia przetargu dla poszczególnych części zamówienia, wobec których wykonawcy nie złożą ofert z uwagi na wyczerpany limit ofert, wynikający z wprowadzonego przez Zamawiającego ograniczenia lub też dla danej części zamówienia Zamawiający zmuszony będzie wybrać ofertę, która uzyskała najwyższą ocenę dla danej części zamówienia, która jednak okazałaby się słabsza od ofert, które złożyliby inni wykonawcy, gdyby nie wprowadzone przez zamawiającego ograniczenie. Możliwość złożenia ofert na wszystkie części zamówienia gwarantuje Zamawiającemu możliwość wyboru spośród większej ilości ofert w każdej części zamówienia i dzięki temu możliwość wyboru najkorzystniejszych ofert dla wszystkich części zamówienia, wykonawcom zaś możliwość udziału w przetargu w pełnym zakresie jego przedmiotu (a tym samym szansę uzyskania zamówienia na jego część).

Odwołujący A21 argumentował, że Zamawiający jest uprawniony do podziału zamówienia na części i wprowadzeniu ograniczeń w zakresie ilości składanych przez jednego wykonawcę ofert, przy czym korzystając z tego uprawnienia Zamawiający zobowiązany jest zbadać, czy jego decyzja nie naruszy zasad wyrażonych w przepisie art. 16 ust. 1 pkt 1) p.z.p. tj. zasady konkurencyjności i zasady równego traktowania wykonawców. Swoboda Zamawiającego o podziale zamówienia na części jest ograniczona zasadą uczciwej konkurencji. Należy zatem badać czy w konkretnych okolicznościach decyzja co do podziału zamówienia, jak również co do ilości części nie naruszy konkurencji poprzez ograniczenie możliwości ubiegania się o nie.

W ramach dywersyfikacji ryzyk związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia, Zamawiający może oczywiście ograniczyć liczbę części, którą można udzielić jednemu wykonawcy, określając kryteria, które zastosuje w celu wyboru, w których częściach zostanie wykonawcy udzielone zamówienie w przypadku, gdy w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia wykonawca miałby uzyskać większą liczbę części zamówienia, niż wynosi maksymalna liczba, na które może zostać mu udzielone zamówienie.

Odwołujące A21 zwrócił uwagę, że z SWZ nie wynika, jakie są skutki złożenia przez danego wykonawcę więcej niż 2 ofert. Odwołujący A21 wskazał, że zgodnie z art. 134 ust. 2 pkt 3) p.z.p. SWZ powinno zawierać: „liczbę części zamówienia, na którą wykonawca może złożyć ofertę, lub maksymalną liczbę części, na które zamówienie może zostać udzielone temu samemu wykonawcy, oraz kryteria lub zasady, mające zastosowanie do ustalenia, które części zamówienia zostaną udzielone jednemu wykonawcy, w przypadku wyboru jego oferty w większej niż maksymalna liczbie części."

Odwołujący A21 zwrócił uwagę, że Zamawiający zaniechał ujęcia tych kryteriów lub zasad w SWZ. Powoduje to, że nie są jasne i jednoznaczne zasady postępowania w sytuacji, gdy dany wykonawca złoży więcej niż 2 oferty, które zostaną wybrane dla różnych części zamówienia.

Odwołujący A21 podkreślił, że mechanizm podziału zamówienia na części, co do zasady ma właśnie umożliwiać wykonawcom składanie ofert na wszystkie części zamówienia, przy jednoczesnym niedopuszczeniu do wyboru oferty tego samego wykonawcy przez Zamawiającego na wszystkie części zamówienia. Celem regulacji jest to, aby w ramach jednego postępowania możliwe było dokonanie wyboru wielu wykonawców, przy jednoczesnym umożliwieniu im złożenia ofert na wiele części zamówienia, co m.in. umożliwia dywersyfikację ryzyka związanego z wykonywaniem zamówienia.

Ad zarzutu naruszenia zasady proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący A21 wskazał również, że planowany termin rozpoczęcia realizacji przedmiotu Postępowania to 1 stycznia 2022 roku. Jednocześnie przez pierwszy rok realizacji przedmiotu Postępowania - usługi świadczone są w minimalnym zakresie. Faktycznie do rozpoczęcia realizacji przedmiotu Postępowania w pełnym zakresie dochodzi dopiero z dniem 1 stycznia 2023 roku.

Takie ukształtowanie Postępowania, w którym mimo konieczności oszacowania oferty już na dzień jej złożenia, faktyczne rozpoczęcie wykonywania usług nastąpi po upływie niemal dwóch lat powoduje, w ocenie Odwołującego A21, brak przejrzystości (zgodnie z art. 16 pkt 2) p.z.p.).

W ocenie Odwołującego A21 postępowanie Zamawiającego, polegające na organizacji Postępowania na świadczenie usług, w tak dynamicznie zmieniającym się otoczeniu społeczno-gospodarczym, jak doświadczane obecnie przez przedsiębiorców, pozostaje w sprzeczności z art. 17 ust. 1 pkt 2) p.z.p., ponieważ nie pozwala na uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych.

Odwołujący A21 wskazał, że powyższe ma ogromne znaczenie, biorąc pod uwagę, że jednym z kryteriów wyboru oferty jest wiek pojazdów. Okres obowiązywania umowy (zgodnie z Wzorem umowy) wynoszący 96 miesięcy wymusza na wykonawcy wymianę pojazdów (przy jednoczesnym stopniowym zwiększeniu ich ilości), aby możliwe było zachowanie kryteriów odnoszących się do wieku pojazdów i uniknięcie naliczania ewentualnych - nieproporcjonalnie wysokich - kar umownych. Oszacowanie kosztów wymiany pojazdów oraz ich dostosowania do zmieniających się na przestrzeni 96 miesięcy przepisów prawa jest niemalże niemożliwe w terminie składania ofert w Postępowaniu. Tymczasem koszt zakupu lub leasingu pojazdów w perspektywie 96 miesięcy obowiązywania umowy jest najistotniejszym dla wykonawców czynnikiem dla oszacowania ceny.

Na powyższe nakłada się nieuzasadnione ograniczenie waloryzacji ceny.

Zgodnie z § 7 ust. 3 Wzoru umowy:

Stawka będzie waloryzowana w okresach i na zasadach określonych w załączniku nr 12 „Waloryzacja wynagrodzenia" do Umowy.

Zgodnie z Załącznikiem nr 12 do Wzoru umowy:

„Stawka jednostkowa za wozokilometr, za świadczone usługi przewozu pasażerów określona w § 7 ust. 3 Umowy, będzie corocznie waloryzowana, wskaźnikiem obliczonym według następującego wzoru:

w = 0,5 ww + 0,2 wp + 0,3 wi

gdzie:

- w - wskaźnik waloryzacji stawki za jeden wozokilometr,

- ww - roczny wskaźnik zmiany przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia brutto, wyliczony przez ZTM jako stosunek przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia brutto w sektorze przedsiębiorstw w sekcji Transport i gospodarka magazynowa dla Polski za rok poprzedni do przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia brutto w sektorze przedsiębiorstw w sekcji Transport i gospodarka magazynowa dla Polski za rok poprzedzający rok poprzedni, publikowane przez Główny Urząd Statystyczny (GUS),

- wp - roczny wskaźnik zmian cen paliw w Polsce, wyliczony przez ZTM jako stosunek średniej arytmetycznej dziennych cen hurtowych za 1000 litrów oleju napędowego Ekodiesel w roku poprzednim do średniej arytmetycznej dziennych cen hurtowych za 1000 litrów oleju napędowego Ekodiesel w roku poprzedzającym rok poprzedni podanych na stronie

internetowej PKN Orlen S.A.,

- wi - średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w roku poprzednim, podzielony przez 100, ogłaszany przez Prezesa GUS."

oraz:

„Cena jednego wozokilometra za świadczone usługi przewozu pasażerów będzie waloryzowana raz na rok, ze skutkiem na dzień 1 stycznia danego roku, począwszy od

01.01.2023 r."

przy czym:

„Maksymalny wskaźnik waloryzacji stawki za jeden wozokilometr w danym roku wynosi 1,05. W przypadku, gdy wartość wskaźnika waloryzacji stawki za jeden wozokilometr, obliczona według wzoru określonego w ust. 1, przekracza wskazaną wyżej maksymalną wartość, w danym roku przyjmuje się wartość wskaźnika waloryzacji równą 1,05."

„Maksymalna wielkość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień dotyczących waloryzacji wynagrodzenia, wynosi 40,71%, w odniesieniu do wartości wynagrodzenia określonej w § 7 ust. 1 Umowy."

Powyższy zapis oznacza, że maksymalna dopuszczalna roczna waloryzacja wynagrodzenia wynosi 5%, co po pierwsze odbiega od standardów rynkowych, po drugie jest nieadekwatne do projektowanych postanowień umowy (Wzór umowy), przewidujących konieczność jedno lub dwukrotnej wymiany całej floty pojazdów, dostosowania ich do zmieniających się w czasie przepisów prawa oraz wymogów określonych we Wzorze umowy. Należy zwrócić uwagę, że już sam, uwzględniany przy użyciu współczynnika 0,3, przewidywany w kolejnych latach średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych może spowodować wzrost wynagrodzenia o więcej niż 5% w skali roku. Nieadekwatne jest odniesienie do cen paliwa na terenie Polski przy użyciu danych publikowanych na stronie internetowej PKN Orlen S.A. Po pierwsze na terenie Polski występują znaczne różnice w wysokości cen paliwa, a dla potencjalnego wykonawcy istotne są ceny obowiązujące na terenie województwa śląskiego. Po drugie nie znajduje uzasadnienia ograniczenie uzyskiwania danych dotyczących wysokości cen za paliwo do korzystania wyłącznie z danych publikowanych na stronie internetowej PKN Orlen S.A. W ocenie Odwołującego, aby dane dotyczące wysokości cen paliwa były wiarygodne, konieczne jest skorzystanie z różnych źródeł danych, a następnie ich uśrednienie.

Nadto w perspektywie 96 miesięcy obowiązywania umowy dopuszczalna jest waloryzacja o

40,71% wynagrodzenia określonego w umowie. Powyższe zapisy nie są adekwatne do aktualnych, dynamicznie zmieniających się warunków ekonomiczno-gospodarczych w Polsce i na świecie.

Ad zarzutu dotyczącego sprzeczności SWZ z projektowanymi postanowieniami umowy (Wzoru umowy)

Odwołujący A21 wskazał, że zgodnie z punktem 3.1 SWZ („Opis Przedmiotu Zamówienia") „Przedmiotem zamówienia sektorowego jest świadczenie usług autobusowego transportu publicznego na obszarze działania Zamawiającego, na zasadach określonych w Załączniku nr 7 do SWZ - projektowane postanowienia umowy, zwane również „wzorem umowy". Odwołujący A21 wyjaśnił, że punkt 3.3. określa zakres podstawowy pracy eksploatacyjnej wyrażanej w wozokilometrach dla części I - VII Zamówienia (opisanych w punkcie 3.2 SWZ), który zostanie zlecony przez Zamawiającego (tabela).

Zgodnie z pkt 3.4 SWZ „Zamawiający zastrzega sobie prawo zmniejszania zakresu podstawowego zamówienia w każdym roku realizacji usług (od 1 stycznia do 31 grudnia danego roku), w każdym typie taboru (MN, AN, BN, CN), do wartości nie mniejszej niż gwarantowana praca eksploatacyjna w każdym roku i typie taboru, która wynosi 85% pracy eksploatacyjnej określonej w punkcie 3.3."

Zgodnie z § 1 ust. 2 Wzoru umowy „W okresie obowiązywania Umowy, Zamawiający

zleci Wykonawcy wykonanie Usług w liczbie.....(słownie:.....) wozokilometrów (dalej jako

„wozokm") - Zakres podstawowy, zgodnie z Załącznikiem nr 2 „Praca eksploatacyjna na obszarze o nazwie Segment....." do Umowy, z zastrzeżeniem ust. 4.".

Odwołujący A21 wskazał, że zgodnie z § 1 ust. 4 Wzoru umowy „Wielkość gwarantowana pracy eksploatacyjnej przewidzianej do zlecenia w ramach Umowy wynosi ...

, co stanowi 85% pracy eksploatacyjnej dla Zakresu podstawowego, określonego w ust. 2. Ograniczenie pracy eksploatacyjnej w stosunku do wielkości dla Zakresu podstawowego, nie może przekroczyć 15% liczby wozokm określonej w ust. 2 w przeciągu całego okresu obowiązywania Umowy, przy czym w każdym roku nie więcej niż 15% liczby wozokm przewidywanych do wykonania na dzień zawarcia Umowy w danym roku kalendarzowym obowiązywania Umowy".

Zdaniem Odwołującego A 21 treść i zakres punktu 3.4 SWZ jest sprzeczna z treścią § 1 ust. 4 Wzoru umowy w zakresie określenia podstaw obliczania wartości „gwarantowanej pracy eksploatacyjnej" w ramach usług wykonywanych przez Wykonawcę co stanowi jeden z istotniejszych parametrów Zamówienia i podstawę do należytej kalkulacji oferty przez wykonawców.

Odwołujący A 21 wskazał, że punkt 3.4 określa ilość „gwarantowanej pracy eksploatacyjnej" na poziomie 85% pracy podstawowego Zamówienia do poziomu „gwarantowanej pracy eksploatacyjnej" może nastąpić w każdym roku realizacji usług (od 1 stycznia do 31 grudnia danego roku) i w każdym typie taboru (MN, AN, BN, CN). Z kolei zgodnie z § 1 ust. 4 Wzoru umowy wielkość „gwarantowanej pracy eksploatacyjnej" ma wynosić 85% pracy eksploatacyjnej dla zakresu podstawowego, określonej co do wysokości w § 1 ust. 2 Wzoru umowy z zastrzeżeniem, że ograniczenie pracy eksploatacyjnej w stosunku do wielkości dla Zakresu podstawowego, nie może przekroczyć 15% liczby wozokilometrów określonej w ust. 2 w przeciągu całego okresu obowiązywania Umowy, przy czym w każdym roku nie więcej niż 15% liczby wozokilometrów przewidywanych do wykonania na dzień zawarcia Umowy w danym roku kalendarzowym obowiązywania Umowy. Wzór umowy odwołuje się do innego parametru obliczania wartości 15 % podlegającej ograniczeniu pracy eksploatacyjnej Wykonawcy (Zakresu podstawowego) przez Zamawiającego - we Wzorze umowy tym parametrem jest wyłącznie liczba wozokilometrów (niezależnie od ich ilości przewidzianej w danym roku i niezależnie od typu taboru) a SWZ tym parametrem jest liczba wozokilometrów w każdym roku i w każdym typie taboru. Koszt pracy eksploatacyjnej jest różny dla różnego rodzaju taboru (MN, AN, BN, CN) a zatem ilość wozokilometrów wypracowana przez różnego rodzaju tabor przekłada się na cenę pracy eksploatacyjnej i w konsekwencji różną wysokość wynagrodzenia Wykonawcy. Wykonawca musi zatem być zdolny do precyzyjnego obliczenia wartości ograniczenia pracy eksploatacyjnej (poziomu „gwarantowanej pracy eksploatacyjnej") w danym roku i dla danego taboru. Wzór umowy jest sprzeczny w tym zakresie z SWZ, gdyż umożliwia Zamawiającemu dokonywanie ograniczeń pracy eksploatacyjnej wyłącznie w oparciu o parametr wyłącznie ilości wozokilometrów przypisanych do wszystkich typów taboru, co w przypadku taboru najbardziej kosztownego w zakresie eksploatacji, za którego pracę eksploatacyjną Wykonawca otrzymuje najwyższe wynagrodzenie (najwyższą stawkę

jednostkową zł/wozokm), wpływa na jego bardzo istotne pomniejszenie.

Ad zarzutu dotyczącego zapisów powodujące nieważność Wzoru umowy.

Odwołujący A 21 wskazał, że opisane powyżej w punkcie „niejednoznaczny i wewnętrznie sprzeczny opis warunków udziału w Postępowaniu" warunki udziału w Postępowaniu mają swoje przełożenie na treść projektowanych zapisów umowy (Wzór umowy).

Zgodnie z pkt 11 Załącznika nr 1 do Wzoru umowy - „Wymagania wobec pojazdów Wykonawcy":

„Obniżenie podłogi i jej ukształtowanie:

a) poziom podłogi w pojazdach powinien spełniać wymagania zgodnie z podziałem taboru na klasy:

- MN - niskowejściowy, niskopodłogowy, z niskim pomostem bez żadnych stopni umieszczonym przynajmniej w jednych drzwiach,

- AN - niskowejściowy, niskopodłogowy, maksymalna wysokość wejścia na progu każdych drzwi wynosi 340 mm od poziomu jezdni [.]"

Powołując się na wywód powyżej, Odwołujący A 21 raz jeszcze wskazał, że zapisy te są wewnętrznie sprzeczne i przez to niemożliwe do wykonania, co w zgodnie z treścią art. 387 § 1 k.c. skutkuje nieważnością umowy.

Nadto w pkt 11 lit. p) Wzoru umowy ponownie - zastrzeżono warunek niemożliwy (niemożliwość pierwotna) do spełnienia przez wykonawcę w odniesieniu dla obowiązku: „stosowania elektronicznego systemu pobierania opłat za przejazdy zgodnie z zasadami określonymi w Załączniku nr 5 „Zasady stosowania przez Wykonawcę elektronicznego systemu pobierania opłat za przejazdy" do Umowy oraz w Załączniku nr 5a „Standard wyposażenia pojazdów w urządzenia poboru opłat wariant Metrolinia" do Umowy".

Odwołujący A 21 wskazał, że urządzenia w standardzie „Metrolinia" dostarczane i montowane są przez jednego dostawcę - Asseco Poland S.A., który aktualnie nie posiada urządzeń koniecznych dla spełnienia ww. wymogów, w koniecznej ilości (wymóg nie jest możliwy do spełnienia) we wskazanym przez Zamawiającego terminie. Powyższe jest okolicznością obiektywną, dotyczącą wszystkich potencjalnych wykonawco, ponieważ dostawca nie dysponuje urządzeniami koniecznymi do zaopatrzenia wszystkich pojazdów taboru, zgodnie w wymaganiami Wzoru umowy nawet dla jednego wykonawcy. Nie jest możliwe zaopatrzenie pojazdów w urządzenia spełniające ww. wymogi u innego dostawcy, które to ograniczenie prowadzi do naruszenia zasady konkurencyjności. Takie ukształtowanie wymogów SWZ i Wzoru umowy powoduje, że żaden z wykonawców nie będzie w stanie ich spełnić. Powyższe zgodnie z treścią art. 387 § 1 k.c. skutkuje nieważnością umowy.

Ad zarzutu dotyczącego dostosowania pojazdów do warunków wynikających z przepisów prawa bez uwzględnienia klauzuli rebus sic stantibus.

Odwołujący A 21 wskazał, że Zamawiający zastrzegł w § 4 pkt 5 Wzoru umowy, że: „W przypadku zmiany przepisów określających wymagania dotyczące pojazdów, pojazdy te dostosowane zostaną niezwłocznie do zmienionych wymogów, tak aby z momentem wejścia w życie zmienionych przepisów były dostosowane". Należy pamiętać, że w przypadku korzystania z pojazdów niezgodnych z umową zastrzeżono rażąco wygórowane kary umowne (których opis nie jest wystarczająco precyzyjny i jednoznaczny) oraz prawo odstąpienia od umowy przez Zamawiającego w trybie natychmiastowym. Takie uregulowanie kwestii konieczności dopasowania pojazdów do aktualnie obowiązujących przepisów prawa, pomija sytuację, kiedy ta zmiana przepisów prawa stanowić będzie nadzwyczajną zmianę stosunków (zgodnie z art. 3571 § 1 k.c.). Odwołujący A 21 podkreślił, że zmiana przepisów prawa, skutkująca koniecznością dopasowania całego taboru pojazdów do istotnie zmienionych warunków prawnych (np. zmiana napędu dotycząca wszystkich pojazdów) może powodować, że spełnienie świadczenia, wynikającego z Wzoru umowy przez wykonawcę będzie połączone z nadmiernymi trudnościami albo grozić będzie

niewspółmierną do wynagrodzenia stratą. Odwołujący A 21 wskazał, że przy tak zmiennej

sytuacji społeczno-ekonomicznej, z jaką mamy do czynienia obecnie w Polsce i na świecie, wykonawca nie może przewidzieć przy zawarciu umowy, w jaki sposób zostaną zmienione wymogi prawne, dotyczące taboru. Jednocześnie Wzór umowy przewiduje możliwość odstąpienia od umowy dla Zamawiającego, w sytuacji, gdy: „wystąpi istotnazmiana okoliczności, powodująca, że wykonanie Umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia Umowy" (§ 10 ust. 2 lit. c) Wzoru umowy). W odniesieniu do wykonawcy brak takiego postanowienia, co godzi w zasadę równości stron.

Ad zarzutu dotyczącego nieprecyzyjnych postanowień Wzoru umowy

Odwołujący A 21 w drugiej kolejności zarzucił, że Wzór umowy nie przewiduje zasad

ustalania wynagrodzenia należnego Wykonawcy w sytuacji, gdy z przyczyn zależnych od Zamawiającego np. w skutek zmiany lub ograniczenia rozkładu jazdy przez Zamawiającego, Wykonawca nie będzie mógł wykonać pracy eksploatacyjnej w przeliczeniu na wozokilometry w ilości gwarantowanej pracy eksploatacyjnej. W tym zakresie Odwołujący wnosi o zmianę Wzoru umowy i precyzyjne określenie, że Wykonawcy w takim przypadku należy się wynagrodzenie w wysokości wartości gwarantowanej pracy eksploatacyjnej w każdym roku i w każdym typie taboru wynoszącej 85% pracy eksploatacyjnej.

Ad zarzutu dotyczącego nieuzasadnionej wysokości dopuszczalnego zgodnie z Wzorem umowy ograniczenia pracy eksploatacyjnej

W oparciu o wyżej wskazane zarzuty i wnioski o zmiany, Odwołujący A 21 dodatkowo wniósł o dokonanie zmniejszenia wysokości dopuszczalnego ograniczenia pracy

eksploatacyjnej z poziomu 15 % do poziomu 10 %, co w konsekwencji oznacza ustalenie poziomu gwarantowanej pracy eksploatacyjnej do wysokości 90%. Poziom gwarantowanej pracy eksploatacyjnej odnosi się wysokiej wartości kontaktu, a Umowa jest zawierana na okres 96 miesięcy. Poziom 15% ograniczenia pracy eksploatacyjnej - w całym okresie obowiązywania Umowy - jest ograniczeniem rażąco przekraczającym obiektywne możliwości oceny ryzyka związanego z możliwymi ograniczeniami pracy eksploatacyjnej samodzielnie wprowadzanymi przez Zamawiającego a które każdy z Wykonawców musi skalkulować na potrzeby oferty. Poziom 90% gwarantowanej pracy eksploatacyjnej jest akceptowalnym standardem na rynku usług transportu, w tym transportu publicznego. Poziom przekraczający tą wartość należy uznać za ograniczający uczciwą konkurencję i skutkujący nierównym traktowaniem wykonawców.

Ad zarzutów dotyczących odpowiedzialności wykonawcy, w tym kar umownych w projektowanych postanowieniach umowy (Wzór umowy)

Odwołujący A 21 wskazał, że zgodnie z Załącznikiem nr 11 do Wzoru umowy („Zasady naliczania kar umownych") kary umowne naliczane na podstawie Umowy odnoszone są do stawek stanowiących wielokrotność ceny biletu papierowego jednorazowego/krótkookresowego, normalnego o najniższym nominale, zgodnie z Taryfą obowiązującą w dacie stwierdzenia okoliczności będącej podstawą do stosowania kary (dalej jako „krotność"). W ten sposób jest określana podstawa do obliczania znacznej większości kar umownych zastrzeżonych w Umowie. Powyższy zapis Wzoru umowy oznacza zdaniem Odwołującego A 21, że kary umowne nie zostały określone co do wysokości - są one bowiem zależne od nieznanej w dacie zawarcia Umowy ceny biletupapierowego jednorazowego/krótkookresowego, normalnego o najniższym nominale, zgodnie z Taryfą obowiązującą w dacie stwierdzenia okoliczności będącej podstawą do stosowania kary, którą to cenę ustala - samodzielnie - Zamawiający. Powyższa okoliczność oznacza, że Wykonawca nie jest w stanie przewidzieć wysokości zastrzeżonych kar umownych w Umowie, szczególnie, że Umowa jest zawarta na okres 96 miesięcy - Wykonawca nie wie, jaka będzie cena ww. biletu, ustalona przez Zamawiającego, za kilka lat. W konsekwencji Wykonawca nie może dokonać należytego zabezpieczenia wykonania Umowy poprzez odpowiedniej wysokości ubezpieczenie, czy utworzenie odpowiedniej wysokości kapitału rezerwowego. W ocenie Odwołującego A 21 jedynym jednoznacznym parametrem pozwalającym na ustalenie wysokości kary umownej zależnej od ceny biletu jest odwołanie się do ceny biletu w dacie zawarcia Umowy bądź wprost wskazanie nominalnej stawki, na podstawie której obliczana będzie krotność kary umownej zastrzeżonej w Umowie.

Niezależnie od ogólnego zarzutu dotyczącego podstawy ustalania wysokości kar umownych odnoszącej się do ceny biletu, w odniesieniu do poszczególnych wysokości kar

umownych określonych w Załączniku nr 11 do Wzoru umowy („Zasady naliczania kar umownych") a referujących do „krotności" stawki (ceny biletu) Odwołujący A21 zarzucił:

Kara umowna określona w punkcie 3 lit. a) Załącznika nr 11 do Wzoru umowy („0,2 - krotności za każdy niezrealizowany wozokilometr na linii, z zastrzeżeniem ust. 23 oraz za każdy wozokilometr wykonany taborem") przewiduje karę umowną tej samej wysokości zarówno za niewykonanie przejazdu (w całości), jak i za wykonanie przejazdu, ale wykonane innego rodzaju pojazdem. Co więcej, § 7 ust. 4 Wzoru umowy określa zasady obniżenia wynagrodzenia Wykonawcy: „w przypadku realizacji przewozu pojazdem o większej pojemności niż przewidziany w rozkładzie jazdy, ZTM zapłaci Wykonawcy za wykonanie przewozu taką Stawkę, jaka została ustalona dla taboru przewidzianego w rozkładzie jazdy. Natomiast w przypadku, gdy pojazd będzie miał mniejszą pojemność niż przewidziana w rozkładzie jazdy, ZTM obniży zapłatę do takiej stawki, jaka jest odpowiednia dla taboru, którym faktycznie przewóz został wykonany". Wykonywanie przejazdu innego rodzaju pojazdem nie powinno być traktowane w sposób tożsamy z niewykonaniem przejazdu i powinno podlegać ograniczeniu do poziomu 0,05% -krotności.

Kara umowna określona w punkcie 3 lit. b) Załącznika nr 11 do Wzoru umowy („200 - krotność za niestosowanie się do zasad określonych w § 3 ust. 7") odnosi się do zobowiązania Wykonawcy do współpracy przy tworzeniu i aktualizacji rozkładów jazdy w celu poprawy funkcjonowania przewozów, w szczególności do przekazywania niezbędnych danych związanych z realizacją Usług, w zakresie określonym przez ZTM. Powyższe zobowiązanie nie stanowi sprecyzowanego zobowiązania Wykonawcy - w zakresie terminu, sposobu wykonania - a więc niestosowanie się do „obowiązku współpracy" nie może skutkować możliwością naliczania przez Zamawiającego kar umownych za każdy dzień zwłoki (współpraca ma mieć miejsce w sposób ciągły, przez cały okres obowiązywania Umowy).

Kara umowna określona w punkcie 3 lit. b) Załącznika nr 11 do Wzoru umowy („200 - krotność za niestosowanie się do zapisów określonych w § 3 ust. 11. lit. j), za każdystwierdzony przypadek") odnosi się do „załatwiania przez Wykonawcę skarg, wniosków i reklamacji pasażerów, jak również do przekazywania odpowiedzi na skargi, wnioski i reklamacje pasażerów przesłane przez ZTM, w terminach wskazanych przez ZTM, a także zaspakajania we własnym zakresie wszelkich roszczeń zgłaszanych przez pasażerów i inne podmioty, które poniosły szkody w związku z wykonywaniem Usług". Kara umowna może być zastrzeżona wyłącznie w przypadku zwłoki w przekazaniu odpowiedzi na skargi, wnioski i reklamacje pasażerów przesłane przez ZTM, w terminach wskazanych przez ZTM - w pozostałych przypadkach jest niedopuszczalna, gdyż nie przewiduje terminu wykonania zobowiązania.

Kara umowna określona w punkcie 3 lit. c) Załącznika nr 11 do Wzoru umowy („1000

- krotność za niewywiązanie się z obowiązków, o których mowa w § 3 ust. 12 Umowy, za każdy stwierdzony przypadek") odnosi się do zobowiązania, którego podstawą prawną mają być postanowienia aneksu, który zostanie zawarty w przyszłości (zobowiązanie nie istnieje) i

jako taka jest niedopuszczalna.

Kara umowna określona w punkcie 3 lit. c) Załącznika nr 11 do Wzoru umowy („1000

- krotność za niewywiązanie się z obowiązków, o których mowa w § 5 ust. 6 Umowy, za każdy stwierdzony przypadek") odnosi się do zobowiązania Wykonawcy „do dostarczenia Zamawiającemu w ciągu 14 dni od daty wystawienia faktury za bieżący okres rozliczeniowy, oświadczeń Wykonawcy i podwykonawców (podpisanych zgodnie z zasadami reprezentacji), że wszystkie należne faktury z tytułu realizacji Umowy zostały zapłacone". Sankcją przewidzianą w § 5 ust. 7 za brak wykonania powyższego zobowiązania jest uprawnienie

Zamawiającego do wstrzymania się z płatnością wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy. Zastrzeżenie dodatkowo kary umownej w tożsamym przypadku, szczególnie w przypadku braku powstania po stronie Wykonawcy jakiejkolwiek szkody (wstrzymał płatność Wykonawcy) należy uznać za rażąco naruszające zasadę swobody umów i

proporcjonalności.

Kary umowne określone w punkcie 4 Załącznika nr 11 do Wzoru umowy i jednocześnie odnoszące się do Załącznika nr 1 do Umowy są rażąco wygórowane, gdyż przewidują kary umowne za brak spełnienia określonych paramentów w wysokości wyższej, niż kara umowna za brak całkowitego zrealizowania przejazdu - sytuacja taka będzie mieć miejsce w odniesieniu do przypadków, gdy pojazd niespełniający parametrów wyszczególnionych w punkcie 4 Załącznika nr 11 do Wzoru umowy będzie wykonywał przejazd o zasięgu około 300 km dziennie i więcej. Kary umowne naliczane na ww. podstawach powinny być 10-krotnie niższe.

Kara umowna określona w punkcie 5 Załącznika nr 11 do Wzoru umowy („70-krotność: za niestosowanie się do zapisów określonych w ustępach 9, 13 (brak kontaktu

telefonicznego z ZTM w zakresie opisanym w ust. 9, oraz nieprzekazanie meldunku, o

którym mowa w ust. 13 w sposób określony w tym ust.) nie uwzględnia czasu, w jakim w standardowym postępowaniu w takich przypadkach, następuje adekwatna i należyta reakcja Wykonawcy. W praktyce dyspozytor musi najpierw otrzymać telefon od kierowcy, który składa mu raport o stanie faktycznym. Na podstawie zebranych informacji dyspozytor ocenia jakiegorozwiązania musi użyć. Wykonanie tych czynności w czasie do 5 minut - tj. w przypadku braku realizacji kursu lub jego części na linii (ust. 9 Załącznika nr 3 do Wzoru umowy) - jest fizycznie niemożliwe. Nieprzekazanie meldunku, o którym mowa w ust. 13 w sposób określony w tym ustępie, tj. w sposób natychmiastowy, w formie raportu dobowego, w szczytu pracy zajezdni - jest również wysoce utrudnione. Kary umowne naliczane na ww. podstawach powinny być 10-krotnie niższe.

Kary umowne określone w punkcie 6 lit. b) Załącznika nr 11 do Wzoru umowy („500-krotność za realizację usługi przez pojazd niedopuszczony do obsługi linii zgodnie z zasadami określonymi w tym załączniku za każdy dzień realizacji usług takim pojazdem") są rażąco wygórowane, gdyż przewidują kary umowne za brak spełnienia określonego parametru w wysokości wyższej, niż kara umowna za brak całkowitego zrealizowania przejazdu - sytuacja taka będzie mieć miejsce w odniesieniu do przypadków, gdy pojazd niespełniający parametru będzie wykonywał przejazd o zasięgu około 300 km dziennie i więcej. Kary umowne naliczane na ww. podstawie powinny być 10-krotnie niższe.

Kary umowne określone w punkcie 7 Załącznika nr 11 do Wzoru umowy („100-krotność za niestosowanie się do zapisów określonych w ust. 4 pkt a) - realizację usługi z niesprawnym jednym kasownikiem, za każdy stwierdzony przypadek" oraz „500-krotność za niestosowanie się do zapisów określonych w ust. 4 pkt. a) - realizację usługi z niesprawnymi wszystkimi urządzeniami, za każdy stwierdzony przypadek" oraz „1000-krotność za niestosowanie się do zapisów określonych w ust. 2 - realizację usługi pojazdem niewyposażonym w urządzenia do poboru opłat, za każdy stwierdzony przypadek") są rażąco wygórowane, gdyż przewidują kary umowne za brak spełnienia określonego parametru w wysokości zbieżnej z wysokością kary umownej za brak wykonania przejazdu. Kary umowne naliczane na ww. podstawach powinny być 10-krotnie niższe oraz dodatkowo powinny być uzależnione od przypadku niedokonania naprawy kasownika w określonym w Umowie terminie.

Kary umowne określone w punkcie 7 lit. c) Załącznika nr 11 do Wzoru umowy („500-krotność za niestosowanie się do zapisów określonych w ust. 4 pkt a) - za brak uzgodnienia zmiany lokalizacji urządzeń mobilnych między pojazdami, za każdy stwierdzony przypadek") odnoszą się do obowiązków Wykonawcy „wynikających ze stosowania elektronicznego systemu poboru opłat, w tym - obowiązku użytkowania urządzeń zgodnie z ich przeznaczeniem i zgodnie z obowiązującymi dokumentacjami użytkownika, instrukcjami i innymi dokumentami określającymi prawidłowe użytkowanie urządzeń" (ust. 4 a. Załącznika nr 5 do Wzoru umowy). Przepis ten w żaden sposób nie odwołuje się do konieczności uzgodnienia zmiany lokalizacji urządzeń mobilnych między pojazdami a zatem zastrzeżenie kary umownej za taki przypadek należy uznać za nieprawidłowe.

Kary umowne określone w punkcie 8 lit. a) Załącznika nr 11 do Wzoru umowy jest zastrzeżona na wypadek braku wykonania czynności przez kierującego pojazdem przed rozpoczęciem realizacji kursu: „Przed rozpoczęciem realizacji kursu, kierujący pojazdem powinien wykonać następujące czynności:

a. sprawdzić działanie kasowników,

b. sprawdzić działanie wyświetlaczy i treść informacji,

c. sprawdzić czystość pojazdu,

d. sprawdzić, czy pasażerowie nie pozostawili w pojeździe swojego mienia,

e. w przypadku pojazdów wyposażonych w klimatyzację sprawdzić zabezpieczenia przed otwarciem okna przez pasażera, ewentualnie otworzyć lub zamknąć okna w zależności od planowanego użycia klimatyzacji w najbliższym kursie,

f. w okresie zimowym oczyścić zewnętrzne przyciski otwierania drzwi oraz sygnalizacji potrzeby otwierania rampy najazdowej dla pasażerów poruszających się na wózkach inwalidzkich, jak również okien w obszarze wyświetlaczy lub tablic liniowych."

Wykonanie ww. obowiązków nie jest możliwe do jednoznacznej oceny a dodatkowo

negatywnie wpływa na punktualność odjazdów. Zastrzeganie kar umownych do przypadków niedookreślonych, opartych na kryteriach ocennych, która to ocena zależy wyłącznie od Zamawiającego, należy uznać za niedopuszczalne.

Kary umowne określone w punkcie 8 lit. b) Załącznika nr 11 do Wzoru umowy jest zastrzeżona m.in. w przypadku „braku zapewnienia personelu władającego językiem polskim w stopniu komunikatywnym z uwzględnieniem słownictwa związanego z budową pojazdu, obsługą linii komunikacyjnych oraz kontaktem ze służbami dyspozytorskimi oraz innymi służbami" co w sposób rażący dyskryminuje pracowników innego obywatelstwa niż polskie i stanowi istotne i niedopuszczalne ograniczenie możliwości zatrudnienia obcokrajowców przez Wykonawców. W praktyce działalności Odwołującego, Odwołujący nie stwierdził przypadku, który wpłynąłby negatywnie na realizację zadania przewozowego z uwagi na zatrudnianie obcokrajowców szczególnie, że kierowcy kontaktują się z dyspozytorem zajezdni, w której są zatrudnieni, a nie bezpośrednio z Zamawiającym.

Pozostałe kary umowne, zgodnie z Załącznikiem nr 11 do Wzoru umowy („Zasady naliczania kar umownych") kary umowne naliczane na podstawie Umowy odnoszone są do wartości Umowy. Wartość Umowy stanowiąca podstawę naliczania kar umownych została sprecyzowana w punkcie 3 lit. d. - g. poprzez odwołanie do § 7 ust. 1 Umowy tj. wartości netto wynagrodzenia Wykonawcy wynikającego z oferty na dzień zawarcia Umowy.

Kary umowne naliczane na podstawie Umowy i odnoszone do wartości Umowy są zastrzeżone na wypadek:

a) braku dysponowania bazą eksploatacyjną w rozumieniu art. 4 pkt 21a Ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (Dz. U. z 2021 r. poz. 919, 1005) zlokalizowaną na obszarze, na którym na dzień zawarcia Umowy ZTM pełni funkcję organizatora publicznego transportu zbiorowego, oraz za każdy rozpoczęty miesiąc zwłoki w dysponowaniu taką bazą (0,01 % wartości wskazanej w § 7 ust. 1 Umowy);

b) odstąpienia od umowy w trybie określonym w § 10 ust. 1 Umowy (10 % wartości wskazanej w § 7 ust. 1 Umowy);

c) odstąpienia od umowy w trybie określonym w § 10 ust. 2, lit a), b) i e) Umowy (10 % wartości wskazanej w § 7 ust. 1 Umowy);

rozwiązania umowy w trybie określonym w § 10 ust. 5 lit a) do g) (10 % wartości wskazanej w § 7 ust. 1 Umowy).

Odwołujący A 21 wskazał, że wszystkie wskazane w pkt a) - d) powyżej przypadki mogą zaktualizować się na każdym etapie wykonywania Umowy przez Wykonawcę a więc również w sytuacji, gdy Wykonawca należycie wykonuje Umowę przez długi okres czasu i otrzymuje za wykonywanie usług należne wynagrodzenie. Przypadki naliczenia kary umownej za odstąpienie od Umowy określone w § 10 ust. 2 lit b) i e) Umowy oraz za rozwiązanie Umowy w trybie określonym w § 10 ust. 5 lit a), b), e). do g) zastrzeżone są w tej samej wysokości niezależnie od tego czy do odstąpienia lub rozwiązania dojdzie w pierwszym okresie obowiązywania Umowy czy też tuz przed upływem okresu na jaki została zawarta, kiedy to znaczna część przedmiotu umowy będzie już wykonana w sposób należyty przez wykonawcę. Tym samym powyższe kary są całkowicie niezależne od wystąpienia ewentualnej szkody w majątku Zamawiającego. Oceniane kary umowne, za wyjątkiem jednego przypadku określonego w punkcie 3 lit. d. Załącznika nr 11 do Wzoru umowy („Zasady naliczania kar umownych"), są ustalane na poziomie 10% wartości Umowy a więc na bardzo wysokim poziomie, szacowanym na poziomie kilkunastu milionów złotych. Ustalanie kar umownych w oparciu o wartość Umowy określoną w § 7 ust. 1 Umowy tj. wartość netto wynagrodzenia Wykonawcy wynikającą z treści oferty na dzień zawarcia Umowy - niezależnie od etapu realizacji Umowy przez Wykonawcę - czyni naliczane ww. kary umowne rażąco wygórowanymi i nieadekwatnymi do ewentualnej szkody jaką ponieść może Zamawiający.

Niezależnie od powyższego, przypadek zastrzeżenia kary umownej opisany w punkcie 3 lit. d. Załącznika nr 11 do Wzoru umowy („Zasady naliczania kar umownych") tj. „brak dysponowania bazą eksploatacyjną w rozumieniu art. 4 pkt 21a Ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (Dz. U. z 2021 r. poz. 919, 1005) zlokalizowaną na obszarze, na którym na dzień zawarcia Umowy ZTM pełni funkcję organizatora publicznego transportu zbiorowego, oraz za każdy rozpoczęty miesiąc zwłoki w dysponowaniu taką bazą (kara umowna w wysokości 0,01 % wartości wskazanej w § 7 ust. 1 Umowy)" należy ocenić, zdaniem Odwołującego A21, jako niezgodny z art. 433 ust. 2 p.z.p. Odwołujący A21

podniósł, że dysponowanie bazą eksploatacyjną, o której mowa w ww. zapisie, w żaden sposób nie wpływa na możliwość należytego wykonywania Umowy przez Wykonawcę a jej brak nie powoduje powstania po stronie Zamawiającego jakiejkolwiek szkody. Posiadanie bazy eksploatacyjnej jest technicznym udogodnieniem, ułatwieniem należytego wykonania Umowy przez Wykonawcę i nie służy Zamawiającemu. Zastrzeżenie kary umownych na wypadek braku dysponowania bazą eksploatacyjną jest wprost podstawą do naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem i jako takie, jest niezgodne z art. 433 ust. 2 p.z.p.

Jako niedopuszczalne zastrzeżenie kary umownej należy, zdaniem Odwołującego A21, ocenić uprawnienie Zamawiającego do naliczenia kary umownej w wysokości 10 % wartości Umowy - określone w punkcie 3 lit. f) Załącznika nr 11 do Wzoru umowy („Zasady naliczania kar umownych") - odnoszące się do sytuacji odstąpienia przez Zamawiającego od Umowy określonego w § 10 ust. 2 lit. b) Wzoru umowy tj. w przypadku gdy „łączna wysokość kar umownych naliczonych Wykonawcy przekroczy wartość 50 % wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 7 ust. 1 Umowy w wysokości ustalonej na dzień zawarcia niniejszej Umowy". Przypadek ten stanowi wprost zastrzeżenie kary umownej powyżej dopuszczalnego limitu kar umownych wynikających z Umowy. Skoro maksymalna wysokość wszystkich kar umownych określona została na poziomie 50% wartości Umowy to okoliczność naliczenia maksymalnej kary umownej nie może powodować prawa Zamawiającego do naliczenia dodatkowej kary umownej w wysokości 10%.

Jako nieprecyzyjne a w konsekwencji niemożliwe do precyzyjnego określenia przypadku zaktualizowania się podstaw do naliczenia kary umownej należy, zdaniem Odwołującego A21, także ocenić zastrzeganie tej wysokości kary umownej w przypadku wadliwego lub sprzecznego wykonywania Umowy niezależnie od rodzaju wadliwości lub sprzeczności z Umową tj. bez szczegółowego określenia przypadków wadliwości lub sprzeczności z Umową bez odwołania do poszczególnych konkretnych postanowień Umowy (§ 10 ust. 2 lit. a. Wzoru umowy w zw. z punktem 3 lit. f) Załącznika nr 11 do Wzoru umowy („Zasady naliczania kar umownych"). Zarówno podstawę do odstąpienia od Umowy, jak i uprawnienie do naliczenia kar umownych w takim przypadku należy ocenić jako naruszające równość stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów.

Zgodnie z punktem 3 lit. e Załącznika nr 11 do Wzoru umowy („Zasady naliczania kar umownych") kara umowna, w wysokości 10% wartości wskazanej w § 7 ust. 1 Umowy, może być naliczana za odstąpienie od Umowy w trybie określonym w § 10 ust. 1 Wzoru Umowy. Zgodnie z § 10 ust. 1 Wzoru Umowy „Zamawiającemu i Wykonawcy przysługuje prawo odstąpienia od Umowy w całości lub w części w przypadkach przewidzianych w Kodeksie cywilnym, w ustawie prawo zamówień publicznych, a także w przypadkach wskazanych w ust. 2". Tymczasem prawo od odstąpienia od umowy zastrzeżone w ust. 2 obejmuje szeroki katalog przypadków, w tym także tych które są całkowicie niezależne od wykonawcy (jak np. § 10 ust. 2 lit. c) Wzoru umowy). Natomiast zgodnie z punktem 3 lit. f Załącznika nr 11 do Wzoru umowy („Zasady naliczania kar umownych") kara umowna tej samej wysokości (10% wartości Umowy), może być naliczana za odstąpienie od Umowy w trybie określonym w § 10 ust. 2 lit. a), b) i e) Wzoru Umowy. W przypadku odstąpienia od Umowy w trybie określonym w § 10 ust. 2 lit. a), b) i e) kara umowna zastrzeżona została zatem dwukrotnie.

Zgodnie z § 10 ust. 5 lit. e. Wzoru umowy „Zamawiający może rozwiązać Umowę w trybie natychmiastowym bez jej wypowiedzenia [.] w przypadkach, gdy: e) Wykonawca uporczywie świadczy Usług pojazdami innymi niż określone w Umowie, przez co Zamawiający rozumie świadczenie Usług pojazdami innymi niż określone w Umowie co najmniej przez okres 30 następujących po sobie dni, lub stwierdzone co najmniej 3 razy w okresie obowiązywania Umowy świadczenia Usług pojazdami innymi niż określone w Umowie bez względu na okres świadczenia Usług takimi pojazdami". Powyższy zapis jest, zdaniem Odwołującego A21, niejednoznaczny i nieprecyzyjny przez co Wykonawca nie jest w stanie określić sytuacji, w której Zamawiający stanie się uprawniony do natychmiastowego wypowiedzenia Umowy. Określenie, że „okoliczność ta (świadczenie Usług pojazdami innymi niż określone w Umowie - przyp AM.) zostanie stwierdzona co najmniej 3 razy w okresie obowiązywaniaUmowy" nie odwołuje się do żadnego mechanizmu dokonywania ww. sprawdzeń przez Zamawiającego, nie jest w szczególności możliwe do ustalenia przez Wykonawcę, w jakich odstępach czasu, w jakich terminach i w jaki sposób może nastąpić 3-krotne sprawdzenie. Obecna nieprecyzyjna treść przepisu upoważnia do dokonania 3-krotnego sprawdzenia nawet w ciągu 1 dnia wykonywania Umowy, co czyni ww. zapis rażąco naruszający równość stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów. Dodatkowo jako niejednoznaczną należy ocenić przesłankę „uporczywego" świadczenia Usług, która nie pozwala na precyzyjne ustalenie przypadków, w których się ona aktualizuje. Usunięcie tej przesłanki, z jednoczesnym wydłużeniem do 90 dni

okresu, po którym Zamawiający będzie uprawniony do natychmiastowego wypowiedzenia Umowy, uczyni ww. zapis jednoznacznym i precyzyjnym dla Wykonawców, przez co umożliwi im ścisłą kontrolę jego przestrzegania. Jednocześnie wykluczy to ryzyko natychmiastowego i niekontrolowanego wypowiedzenia Umowy przez Zamawiającego w przypadku, gdy z przyczyn niezależnych od Wykonawcy (np. uszkodzenie autobusu z winy osoby trzeciej) nie będzie on posiadał taboru w całości zgodnego z Umową, przez krótki okres czasu jakim jest okres 30 dni.

Zdaniem Odwołującego A21 w świetle podniesionych w niniejszym odwołaniu zarzutów naruszenia przez Zamawiającego wymienionych przepisów p.z.p. i k.c. oraz powołanych okoliczności nie ulega wątpliwości, iż dokonane naruszenia przepisów p.z.p. mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody, ustaliła, co następuje.

Postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), dalej: „ustawa Pzp".

Odwołującym zgodnie z treścią w art. 505 nowej ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ są zainteresowani udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia i mają interes w jego uzyskaniu.

Odwołania zostały rozpoznane w granicach zawartych w nich zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 nowej ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołania Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto pisma procesowe i dowody złożone w toku rozprawy przez Strony.

sygn. akt KIO 2365/21

Podczas posiedzenia z udziałem Stron, Odwołujący Transgór oświadczył, że wycofuje zarzuty wskazane w pkt 1 litera b) petitium odwołania, w zakresie w jakim zarzut ten nie został uwzględniony przez Zamawiającego oraz że wycofuje zarzut w pkt 1 litera d) petitum odwołania. W związku w powyższym Izba umorzyła postępowanie odwoławcze co do zarzutów wycofanych przez Odwołującego Transgór.

Ponadto Izba umorzyła postępowanie odwoławcze co do zarzutów wskazanych w pkt 1 litera a), pkt 2 i 3 petitum odwołania, wobec ich uwzględnienia przez Zamawiającego oraz co do zarzutu w pkt 1 litera b) petitum odwołania, wobec jego częściowego uwzględnienia przez Zamawiającego.

W pozostałym zakresie odwołanie zostało skierowane do rozpoznania na rozprawie.

Sygn. akt KIO 2368/21

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze co do zarzutu wskazanego w pkt I.2) petitum odwołania, wobec jego wycofania przez Odwołującego Mobilis.

W pozostałym zakresie odwołanie zostało skierowane do rozpoznania na rozprawie.

sygn. akt KIO 2369/21

Pismem z 7 września 2021 r. Odwołujący A 21 oświadczył, ze wycofuje zarzut

wskazany w pkt II Ad 1) litera a) odwołania. Ponadto podczas posiedzenia z udziałem Stron, Odwołujący A 21 oświadczył, że wycofuje zarzuty wskazane w pkt II Ad 2) litera c) w petitum odwołania - zarzut wycofany w całości oraz wskazane w pkt II Ad 1) litera g), pkt II Ad 2) litera a) oraz pkt II Ad 2) litera b)petitum odwołania - zarzuty wycofane w części.

Ponadto Zamawiający oświadczył, że uwzględnia zarzuty wskazane w pkt II Ad 1) litera b), f), h), i) oraz że częściowo uwzględnia zarzut wskazany w pkt II Ad 2) litera a).

Wobec powyższego Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w powyższym zakresie.

W pozostałym zakresie odwołanie zostało skierowane do rozpoznania na rozprawie.

Stan faktyczny sprawy, w tym treść spornych postanowień SWZ, wzoru umowy i załączników do SWZ i wzoru umowy objętych zakresem zaskarżenia, został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołań (zreferowanej powyżej) i nie będzie przez Izbę powielany.

Izba zważyła co następuje.

sygn. akt KIO 2365/21

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie z następujących powodów.

W zakresie zarzutu wskazanego w pkt 1 litera c) petitum odwołania, w ocenie Izby ustalenie górnego limitu kar umownych na poziome 50% łącznego wynagrodzenia wykonawcy za realizację przedmiot umowy, w tym kara za odstąpienie od umowy, wydaje się być poziomem wygórowanym. Izba dostrzega potencjalne ryzyka związane z długością trwania umowy (8 lat) i koniecznością zabezpieczenia interesu Zamawiającego, jednak zwrócić uwagę należy, na okoliczność że kara umowna nie jest jedynym narzędziem służącym zabezpieczeniu interesów stron umowy. Zamawiający zdaje się zapominać o tym, iż w załączniku nr 7 do SWZ, stanowiącym wzór umowy, zostały również przewidziane inne narzędzia realizujące w ocenie Izby ten cel. W tym zakresie Izba wskazuje chociażby na opisane w §10 ust. 2 litera a) i litera b) umowne prawo odstąpienia od umowy, przysługujące Zamawiającemu. W ocenie Izby okoliczność nakazania wprowadzenia zmiany treści §10 ust. 2 litera a) w wyniku uwzględnienia odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2369/21 tego zabezpieczenia interesu Zamawiającego w związku z prawem odstąpienia od umowy nie uszczupla. Ponadto, stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego podczas rozprawy jakoby ryzyko związane z karą na poziomie 20% miało zostać oszacowane w cenie umowy i stąd taka kara nie będzie spełniać swojej roli, jest o tyle chybione, że potencjalnie każde ryzyko związane z karą umową może być wkalkulowane w cenę umowy, tj. również takie na poziomie 50%.Izba zwraca również uwagę na treść §10 litera b) załącznika nr 7 do SWZ, gdzie w sytuacji uwzględnienia konsekwencji wprowadzonej zmiany, Zamawiający zyska prawo odstąpienia od umowy w sytuacji przekroczenia wskazanego tam limitu. W ocenie

Izby tym bardziej nakazana zmiana spełni swoją rolę, ponieważ nie tylko sankcją będzie zapłata kary umownej ale również, w sytuacji przekroczenia ustalonego limitu, który zostanie obniżony, Zamawiający będzie mieć prawo odstąpienia od umowy.

Natomiast w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 1 litera e) petitum odwołania, Izba wskazuje, że zarzut się potwierdził, lecz z uwagi na okoliczność, iż Izba zgodnie z treścią art. 555 ustawy Pzp jest związana zarzutami odwołania a nie jego wnioskami, zarzut został uwzględniony i nakazana zmiana została w brzmieniu wynikającym z uwzględnienia odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2368/21, które to żądanie w ocenie Izby było uzasadnione w okolicznościach tej sprawy i precyzyjne. Dalsza część uzasadnienia jest, z uwagi na tożsamość zarzutów wspólna dla obu spraw.

sygn. akt KIO 2365/21 i 2368/21

Jak wynika z treści art. 439 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp, w umowie określa się maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Podkreślić należy, że przepis ma charakter ogólny stanowiąc, że „określa się maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia" bez wskazania, czy chodzi o wartość „w górę", tj. wartość o którą wynagrodzenie zostanie zwiększone, czy o wartość „w dół", tj. wartość, o którą wynagrodzenie zostanie zmniejszone. Wobec tego wnioskować należy, że celem przepisu jest określenie limitów „maksymalnych" zmian wynagrodzenia w obie strony, celem ustalenia ekwiwalentności świadczeń stron.

Niewątpliwie Zamawiający w tym postępowaniu zaniechał określenia wartości, o jaką wynagrodzenie zostanie zmniejszone gdy wartość wskazanych przez niego wskaźników doprowadzi do takiej sytuacji. Ze stanowiskiem Zamawiającego, jakoby określenie takiego poziomu było naruszeniem dyscypliny finansów publicznych, ponieważ prowadziłoby do obowiązku płacenia za usługę więcej niż jest ona warta jest o tyle nietrafione, że jak wskazano wyżej, obowiązek określenia tej wartości wynika wprost z art. 439 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp. Ponadto, jak słusznie argumentował Odwołujący Mobilis, wykonawca ponosi również w związku z wykonywaniem usługi koszty stałe, stąd też musi mieć zapewniony pewien minimalny poziom płatności w sytuacji zmiany wartości wskaźników mających przełożenie na obniżenie ceny oferty. Propozycja Odwołującego Mobiliszarówno uwzględnia brzmienie art. 439 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp, jak i wydaje się w ocenie Izby racjonalna i wyważona. W tym miejscu, odnosząc się do argumentacji Zamawiającego z rozprawy i pism procesowych, Izba wskazuje, że aktualnie sytuacja gospodarcza jest trudna do przewidzenia na kilka lat naprzód, choćby z uwagi na stan zagrożenia epidemiologicznego w związku z COVID-19 i niestabilną sytuację gospodarczą w kraju i na świecie. Niewątpliwie wykonawcy chcący wziąć udział w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia muszą przyjąć szereg założeń w perspektywie 8 letniego czasu trwania umowy, stąd też limit 5% jako wynikający z przedłożonej przez Zamawiającego opinii eksperta, którą Izba traktuje jako opinię prywatną, a która jest datowana na 23 września 2021 r., zatem została sporządzona w trakcie postępowania odwoławczego, Izba uznała za niewystarczający. Po pierwsze, limit ten wynika z wyliczeń, które stanowią jedynie prognozę. Po drugie, limit ten w zasadzie odpowiada wysokości prognozy, nie zostawiając pola do ewentualnych wahań tej wartości. Już choćby z perspektywy zbliżającego się roku 2022 widać, że będzie to kolejny rok, w którym wskaźniki mogą ulegać dużym wahaniom, a prognoza eksperta zdaje się odnosić do stabilnej sytuacji gospodarczej w latach następnych. Takie założenie może okazać się nie do końca miarodajne.

Z tych względów oba odwołania w zakresie zarzutów dotyczących określenia zasad waloryzacji wynagrodzenia wskazanych w załączniku nr 12 do wzoru umowy zasługiwały na uwzględnienie. W konsekwencji uwzględnienia ww. odwołań Izba, mając na uwadze treść art. 554 ust. 3 pkt 1) litera c) ustawy Pzp, nakazała zmianę projektowanego postanowienia umowy, tj. pkt 7 Załącznika nr 7 do wzoru umowy przez wprowadzenie zasady, zgodnie z którą: „Maksymalny wskaźnik waloryzacji stawki za jeden wozokilometr w danym roku wynosi 1,10. W przypadku, gdy wartość wskaźnika waloryzacji stawki za jeden wozokilometr, obliczona według wzoru określonego w ust. 1, przekracza wskazaną wyżej maksymalną wartość, w danym roku przyjmuje się wartość wskaźnika waloryzacji równą 1,10. W przypadku, gdy wskaźnik waloryzacji będzie powodował zmniejszenie wynagrodzenia Wykonawcy nie może być on niższy niż 0,90. W przypadku, gdy wartość wskaźnika waloryzacji stawki za jeden wozokilometr, obliczona według wzoru określonego w ust. 1, jest niższa niż 0,90, w danym roku przyjmuje się wartość wskaźnika waloryzacji równą 0,90.", wraz z uwzględnieniem konsekwencji wprowadzonej zmiany w pozostałych postanowieniach dokumentacji postępowania.

sygn. akt KIO 2368/21

Odwołanie podlegało oddaleniu w zakresie zarzutu wskazanego w pkt I. 1) petitum odwołania z następujących powodów. Izba oddalając przedmiotowy zarzut, stosownie do treści art. 552 ust. 1 ustawy Pzp miała na uwadze dokonaną przez Zamawiającego modyfikację treści SWZ w zakresie odnoszącym się do 5 ppkt 5.1.3) pppkt 3.1) - 3.7), polegającą na rezygnacji z wymagań dodatkowych wskazanych w literach od n) do y). Powyższe doprowadziło, w ocenie Izby, do takiego ukształtowania spornego warunku, który z jednej strony pozwala na weryfikację zdolności wykonawców do realizacji przedmiotowego zamówienia, a z drugiej strony nie jest wymogiem nadmiernym. Argumentacja Zamawiającego przedstawiona w odpowiedzi na odwołanie i podtrzymana na rozprawie zasługuje na uwzględnienie. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający weryfikuje dysponowanie taborem, które to może przybrać rozmaite formy, ponadto warunek jest badany w minimalnym zakresie niezbędnym do rozpoczęcia realizacji usługi. Nie jest to wobec powyższego warunek nadmierny. Potencjał, czyli możliwości wykonawcy do realizacji zamówienia bada się dla wszystkich wykonawców na jeden moment, a w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest to data złożenia ofert. W tej perspektywie czasowej Zamawiający musi dokonać oceny, czy wykonawca który złożył najkorzystniejszą ofertę zdolny jest do należytej realizacji zobowiązań kontraktowych. Warto także zauważyć, iż Zamawiający

wyszedł naprzeciw wnioskom Wykonawców i wydłużył okres przygotowawczy przed rozpoczęciem świadczenia usług. To również pozwolić powinno na zgromadzenie i odpowiednie przygotowanie taboru.

Podkreślić również należy, że Odwołujący Mobilis nie przestawił w tym zakresie przekonującego uzasadnienia powołując się w treści odwołania na okoliczności natury ogólnej, a przedstawione pismem z 16 września 2021 r. dowody i twierdzenia referują do zakresu wymogów, z którego Zamawiający w wyniku modyfikacji SWZ zrezygnował.

W ocenie Izby warunek w nowym brzmieniu odnosi się do standardowych wymogów, ponadto podkreślić należy, że pojazdy, dysponowaniem których ma się wykazać wykonawca nie muszą być nowe, lecz mogą pochodzić z 2010 r. Ilość pojazdów, którymi musi dysponować wykonawca ma charakter minimalny, dopiero z czasem wielkość taboru ma być zwiększona. Nie polegają zatem na prawdzie twierdzenia Odwołującego, że wymagany potencjał musi znajdować się w dyspozycji wykonawcy z momentem podpisania umowy.

Izba oddaliła również zarzut wskazany w pkt I.3) petitum odwołania w zakresie wniosków wskazanych w pkt II.1) litera f) oraz g), wobec ich nieuzasadnienia przez Odwołującego Mobilis.

Mając na uwadze powyższe, Izba oddaliła odwołanie w tym zakresie.

sygn. akt KIO 2369/21

Odwołanie podlegało uwzględnieniu w części, tj. częściowo na uwzględnienie zasługiwał zarzut w pkt II Ad 2 litera a) petitum odwołania w zakresie żądania zmiany treści §10 ust. 2 litera a) Załącznika nr 7 do SWZ, tj. wzoru umowy. Izba uznając argumentację Odwołującego A21 za zasadną, doszła do przekonania, że zostawienie kwestionowanego postanowienia umownego w aktualnym brzmieniu, daje Zamawiającemu bardzo szerokie uprawnienia w zakresie odstąpienia od umowy w zasadzie w każdym przypadku. W ocenie Izby nie taki jest cel uprawnienia do odstąpienia od umowy. Prawo odstąpienia powinno bowiem przysługiwać stronom w sytuacjach szczególnych, związanych np. z uporczywym lub rażącym łamaniem postanowień umownych, tj. z takim zachowaniem strony, które sprawia, że realizowanie umowy staje się uciążliwe dla drugiej strony, czy też godzi w jej interes. Podkreślić należy, że celem postępowania o udzielenie zamówienia, w tym zawartej umowy jest co do zasady udzielenie zamówienia i jego realizacja. Izba ma na uwadze, że przedmiotem zamówienia są usługi o szczególnym znaczeniu społecznym, tym bardziej zdaniem Izby Zamawiający powinien tak ukształtować prawo odstąpienia w omawianym zakresie, aby jasne było naruszenie jakich kluczowych dla Zamawiającego postanowień umowy skutkować będzie odstąpieniem przez Zamawiającego od umowy. W ocenie Izby powyższe nie zagraża interesowi Zamawiającego, lecz przeciwnie, pozwoli mu zabezpieczyć ten interes w sposób precyzyjny przez stopniowanie sankcji za naruszenie danych postanowień umowy nie tylko przez zastosowanie kary umownej ale również w uzasadnionych przypadkach, wskazanych przez Zamawiającego, dodatkowo przez skorzystanie z możliwości odstąpienia od umowy.

W pozostałym zakresie odwołanie podlegało oddaleniu.

Odnosząc się do zarzutów wskazanego w pkt II Ad. 1) litera c) oraz litera d) petitum odwołania, Izba wskazuje, że zgodnie z treścią art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający może udzielić zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia, lub dopuścić możliwość składania ofert częściowych w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia, określając zakres i przedmiot części oraz wskazując, czy ofertę można składać w odniesieniu do jednej, kilku lub wszystkich części zamówienia. Natomiast stosownie do treści art. 91 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający może ograniczyć liczbę części, którą można udzielić jednemu wykonawcy, pod warunkiem że maksymalną liczbę części, jaka może być udzielona jednemu wykonawcy, wskaże w ogłoszeniu o zamówieniu, a w przypadku trybu negocjacji bez ogłoszenia - w zaproszeniu do negocjacji. W pierwszej kolejności podkreślić należy, że powyższe regulacje skierowane są do Zamawiającego, który jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia ma możliwość takiego ukształtowania postępowania, mając na uwadze ramy zakreślone przywołanymi przepisami ustawy, aby potrzeby Zamawiającego zostały jak najlepiej zrealizowane i aby cel postępowania został w pełni osiągnięty. Nie jest naruszeniem ww. przepisów sytuacja, w której Zamawiający, działając w granicach wyznaczonych ww. przepisami ustawy kształtuje sposób udziału wykonawców w postępowaniu na określonych zasadach. Sam fakt, że sposób ten nie odpowiada wykonawcy, również nie może stanowić podstawy do stwierdzenia naruszenia, a tym samym prowadzić do uwzględnienia odwołania. W tym postepowaniu, Zamawiający działając na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy postanowił w pkt 3.14 SWZ, że dopuszcza składanie ofert przez jednego wykonawcę na maksymalnie 2

części zamówienia. W ocenie Izby takie ukształtowanie zasad udziału w postępowaniu nie narusza art. 91 ust. 1 ustawy Pzp lecz stanowi realizację wynikającego z treści tej regulacji uprawnienia Zamawiającego i nie może być podstawą do czynienia mu zarzutu. Jest to suwerenna decyzja Zamawiającego podjęta w związku z koniecznością ukształtowania zasad udziału w postępowaniu.

Izba nie zgadza się również z argumentacją Odwołującego A21 co do uzasadnienia zrzutu z pkt II Ad 1) litera d) petitum odwołania. Po pierwsze, wskazać należy, że różnica między omawianymi regulacjami polega na tym, że w sytuacji opisanej w ust. 1 zamawiający z góry przesądza maksymalnie na ile części zamówienia wykonawca może złożyć ofertę. Oczywistym jest, że w sytuacji naruszenia tego limitu oferty takiego wykonawcy są niezgodne z SWZ (gdyż z treści tego dokumentu ów limit wynika) i jako takie podlegają odrzuceniu, bowiem Zamawiający nie jest uprawniony do arbitralnego wyboru, w których częściach oferty zostawić, a w których je pominąć. Sankcją jest wobec tego całkowita utrata szansy na zdobycie zamówienia w jakiejkolwiek części. Natomiast w przypadku wskazanym w ust. 3 Zamawiający pozwala na składanie ofert na wszystkie części zamówienia ale np. w celu uniknięcia zmonopolizowania usługi przez jednego wykonawcę, ustanawia maksymalny ilościowy limit części (tj. ogranicza ilość części) który może być udzielony jednemu wykonawcy (z zachowaniem zasad wskazanych w tym przepisie). W każdym jednak przypadku decyzję podejmuje Zamawiający mając na uwadze szereg przesłanek, w tym swoje potrzeby oraz jak najlepszą realizację celu zamówienia.

W zakresie zarzutu z pkt II Ad 1 litera e) petitum odwołania, Izba wskazuje, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby zastosowanie przez Zamawiającego w Załączniku 12 do umowy w ust. 1 tiret trzecim rocznego wskaźnika cen paliw w Polsce z odwołaniem się do strony internetowej PKN Orlen ma charakter obiektywny i jest zasadne. Zestawiając powyższe z wnioskiem Odwołującego A21, w którym domaga się on zmiany kwestionowanego postanowienia w ten sposób, aby nastąpiło odwołanie do „wybranych 4 różnych sieci stacji paliw, działających na terenie województwa śląskiego, dla województwa śląskiego", wskazać należy, że propozycja Odwołującego A21 jest o tyle niecelowa, że potencjalnie zamówienie kierowane jest do szerokiego grona wykonawców, którzy nie tylko mają swoje siedziby w różnych częściach kraju, ale również prowadzą swoje działalności, w tym świadczą usługi częstokroć na terenie całego kraju. Nie można wobec tego przesądzić, że będą oni zaopatrywać się w paliwo wyłącznie na terenie województwa śląskiego. Następnie wskazać należy, że odwołanie się przez Zamawiającego do bliżej nieokreślonych 4 różnych siedzi stacji paliw jest w ocenie Izby rozwiązaniem mniej korzystnym dla wykonawców niż to zaproponowane przez Zamawiającego, które za miernik wskazuje stronę internetową PKN Orlen, tj. podmiotu o zasięgu ogólnokrajowym niewątpliwie mającym wpływ na ceny na rynku paliw. Ponadto, mając na uwadze perspektywę realizacji zamówienia przez okres 8 lat, przypuszczać można, że tak stabilny podmiot będzie funkcjonował na rynku przez ten czas, a zaznaczyć należy, że odwoływanie się do wskaźników powinno mieć charakter obiektywny oraz odwołanie powinno nastąpić do wskaźników gwarantujących możliwość weryfikacji trendów rynkowych w perspektywie 8 letniej. W przypadkach nadzwyczajnych zmian, których nie dało się przewidzieć w momencie zawierania umowy, zawsze istnieje możliwość weryfikacji tych postanowień z uwzględnieniem zmiany tych trendów. Nie zasługiwało również na uwzględnienie stanowisko Odwołującego A21 w zakresie usunięcia punktu 7 Załącznika nr 12 do wzoru umowy. Podkreślić w tym miejscu należy, że usunięcie postanowienia dotyczącego maksymalnej wartości zmiany umowy było by wbrew treści art. 439 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp, który nakłada na Zamawiającego obowiązek wskazania maksymalnej wartości zmiany umowy. Natomiast żądanie zmiany treści pkt 8 załącznika 12 w zakresie maksymalnej wielkości zmiany wynagrodzenia na poziomie 100% Izba uznaje za zupełnie bezzasadne, chybione i nieznajdujące oparcia w treści art. 439 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu z pkt II Ad 1 litera g) w petitum odwołania, Izba wskazuje, że zarzut oraz związane z nim oba żądania nie zasługują na uwzględnienie. W ocenie Izby zarzut nie został dostatecznie uzasadniony. Uzasadnienie zawarte na stronie 21 w akapicie trzecim jest bardzo lakoniczne i odnosi się tylko do opinii Odwołującego A21 na temat

odpowiedniego, jego zdaniem, poziomu pracy gwarantowanej. Postanowienie w brzmieniu

zaprojektowanym przez Zamawiającego nie narusza w ocenie Izby dyspozycji art. 433 ustawy Pzp. Ponadto, Izba stoi na stanowisku, że istotą wskazania poziomu gwarantowanej pracy eksploatacyjnej jest wyznaczenie poziomu na którym wykonanie świadczenia jest przez Zamawiającego zagwarantowane. Zatem w sytuacji, gdyby z jakichś powodów leżących po stronie Zamawiającego zakres ten nie został wykonawcy zlecony, mógłby on na podstawie przepisów ogólnych dochodzić zapłaty wynagrodzenia w odpowiedniej części.

W zakresie zarzutu z pkt II Ad 2 litera a) wszystkie pozostałe żądania poza żądaniem doprecyzowania §10 ust. 2 litera a) załącznika nr 7 do SWZ, Izba uznała za niezasadne, przyjmując tym samym argumentację zaprezentowaną przez Zamawiającego.

Kwestionowane przez Odwołującego A21 kary umowne zawarte w załączniku nr 11 do

umowy, wskazane w pkt 3 litera b) tiret 5, w pkt 5 litera c) tiret pierwszy oraz pkt 7 litera a) tiret i litera d) tiret pierwszy dotyczą w ocenie Izby kwestii doniosłych w punktu widzenia należytego wykonania usługi i zabezpieczenia uzasadnionych interesów Zamawiającego. Ponadto w treści uzasadnienia odwołania Odwołujący A21 nie wykazał dostatecznych powodów uzasadniających słuszność stawianego zarzutu i z tego powodu Izba uznała, że zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzut z pkt II Ad 2 litera d) dotyczy w ocenie Izby istotnego dla prawidłowej realizacji umowy zagadnienia, gdyż odnoszącego się do zmiany przepisów dotyczącej pojazdów w związku z czym wymóg zawarty w treści kwestionowanego §4 pkt 5 wzoru umowy jest w ocenie Izby nie tylko niezbędny ale i konieczny. Wobec powyższego zarzut nie został uwzględniony.

sygn. akt KIO 2365/21

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 7 ust. 1pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

sygn. akt KIO 2368/21

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z ust. 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Z uwagi na to, że Odwołujący Mobilis wygrał w połowie, wobec czego Izba zwróciła Odwołującemu połowę wpisu i uznała za zasadne zniesienie między Stronami kosztów poniesionych przez Strony z tytułu zastępstwa przed Izbą.

sygn. akt KIO 2369/21

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Rozliczając koszty między Stronami Izba miała na uwadze ilość podniesionych przez Odwołującego A21 zarzutów i skorelowanych z nimi żądań. Uwzględniając częściowo zarzut Izba miała na uwadze, że skorelowane z nim były 4 żądania, natomiast uwzględnione zostało jedno. Ponadto stosownie do treści §9 ust. 1 pkt 4) odwołujący ponosi koszty, jeśli cofnięcie odwołania nastąpiło po otwarciu rozprawy. Reasumując, z postawionymi i podtrzymanymi przez Odwołującego A21 zarzutami skorelowanych było 13 żądań, z czego jeden zarzut częściowo został uwzględniony w zakresie jednego z czterech postawionych żądań, natomiast jeden zarzut wraz zżądaniem został wycofany po otwarciu rozprawy, z tego powodu Izba za zasadne uznała obciążenie Odwołującego A21 kosztami w wysokości 12/13.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji

Przewodniczący: .....