

WYROK

z dnia 24 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 21 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 4 marca 2022 r. przez odwołującego Usługi Transportowe K.P. z siedzibą w Pacanowie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zarząd Transportu Metropolitalnego z siedzibą w Katowicach

przy udziale wykonawcy A 21 sp. z o.o. z siedzibą w Żorach, wykonawcy B.N. N. Transport z siedzibą w Świerkłańcu, wykonawcy I.K. "IREX" z siedzibą w Świętochłowicach, wykonawcy Kłosok Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Żorach, wykonawcy PKS POŁUDNIE Sp. z o.o. z siedzibą w Świerkłańcu, wykonawcy Transgór S.A. z siedzibą w Mysłowicach zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą wydatki zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

3. Zasadza od odwołującego Usługi Transportowe K.P. z siedzibą w Pacanowie na rzecz zamawiającego Zarządu Transportu Metropolitalnego w Katowicach kwotę 3600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy).

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 2021 r., poz. 1129) 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:

Uzasadnienie

Zamawiający - Zarząd Transportu Metropolitalnego z siedzibą w Katowicach dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług autobusowego transportu publicznego na obszarze działania Zarządu Transportu Metropolitalnego, numer referencyjny: OP/3/ZP/4/22.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 lutego 2022 r. pod numerem 2022/S 038-099414.

W dniu 4 marca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy K.P., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe K.P. w Pacanowie, w którym zarzucił on Zamawiającemu dokonanie czynności polegających na:

1) Opisie przedmiotu zamówienia w cz. I zamówienia w pkt 3.5.1 lit. b albo w cz. II pkt 3.5.2. lit. b okresów realizacji zamówienia od dnia 1 lipca 2022 r. i wymagania określonego zapotrzebowania taborowego w podziale na typy, tj. w cz. I 42 autobusów określonego typu i w cz. II od 1 lipca 2022 r. 35 autobusów. Ponadto w pkt.3.7. OPZ Zamawiający opisał prawo opcji, gdzie wymaga 16 autobusów w terminie realizacji umowy. Powyższe czynności wskazują na naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców mając na uwadze art. 16 ust.1 pkt.1 ustawy Pzp oraz 99 ust.4 ustawy Pzp oraz art. 17 ust.1 ustawy Pzp.- cz. I, II postępowania,

2) Opisie kryterium oceny ofert wskazanym w pkt 14.2. lit. e SWZ w sposób, który narusza art. 242 ust.2 w zw. z 16 ust.1 pkt 1 i art. 17 ust.1 ustawy Pzp. -cz. I i II postępowania,

3) Określeniu w par. 2 ust. 2 umowy, iż : „rozpoczęcie świadczenia usług nastąpi z dniem...” , co stoi w sprzeczności z art. 436 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust.1 pkt 1 i art. 17 ust. 1 ustawy Pzp - w cz. I i II postępowania,

4) Opisie w załączniku nr 12 do umowy waloryzacji wynagrodzenia w sposób sprzeczny z art. 439 ustawy Pzp w zw. z art. 353 1 K.C. i art. 5 K.C. w zw. z art. 8 ust.1 ustawy Pzp w zw. z art. 431 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust.1 pkt.1 ustawy Pzp i art. 17 ust.1 ustawy Pzp w zw. z art. 44 ust.3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych- cz. I i II postępowania.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1) zmianę okresu realizacji zamówienia w zakresie zapotrzebowania taborowego w podziale na typy w ten sposób, ażeby usługa była realizowana nie tak jak to obecnie przewiduje OPZ z dniem 1 lipca 2022 r., a w terminie 6 miesięcy od dnia podpisania umowy,

2) wykreślenie kryterium oceny ofert wskazanego w pkt 14.2. lit. e SWZ,

3) zmianę par. 2 ust. 2 umowy w taki sposób ażeby uzyskał następujące brzmienie: „rozpoczęcie świadczenia usługi nastąpi w ciągu 6 miesięcy od dnia podpisania umowy”

4) zmiany załącznika nr 12 do umowy- waloryzacja wynagrodzenia, w następujący sposób:

pkt 1. uzyskał brzmienie:

Stawka jednostkowa (...), będzie comiesięcznie waloryzowana (...), (...) ww - miesięczny wskaźnik zmiany przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia brutto (...), wp - miesięczny wskaźnik zmian cen paliw w Polsce (...) w miesiącu poprzedzającym do średniej arytmetycznej dziennych cen hurtowych za 1000 litrów oleju napędowego Ekodiesel (bez podatku VAT) w miesiącu poprzedzającym miesiąc poprzedni podanych na stronie internetowej PKN Orlen S.A., (.)

pkt. 3 uzyskał brzmienie:

Cena jednego wozokilometra (.) będzie waloryzowana raz na miesiąc, ze skutkiem na pierwszy dzień danego miesiąca, począwszy od dnia podpisania umowy.

pkt. 4. uzyskał brzmienie:

W przypadku braku publikacji (.) w danym miesiącu (.) w miesiącu poprzednim. (.) (z faktur wystawionych w danym miesiącu przed dniem publikacji) (.)

pkt. 5. uzyskał brzmienie:

W zależności ustalonego w danym miesiącu (..)

pkt. 6. uzyskał brzmienie

a) ww- (.) za miesiąc poprzedni (.) za miesiąc poprzedzający miesiąc poprzedni, ogłaszane przez Prezesa GUS.

b) wp - wskaźnik cen oleju napędowego netto (.)

c) wi - (...) ogółem w miesiącu poprzednim (...)

pkt. 7. uzyskał brzmienie

Maksymalny (...) w danym miesiącu wynosi (...). (...) w danym miesiącu (...)

Uzasadniając postawione zarzuty Odwołujący wskazywał, co następuje:

Odwołujący chciałby wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług autobusowego transportu publicznego na obszarze działania Zarządu Transportu Metropolitalnego.” - i móc złożyć ważną ofertę. W dniu 23 lutego 2022 r. ukazały się na stronie internetowej Zamawiającego dokumenty zamówienia, w tym SWZ. Zdaniem Odwołującego zapisy dokumentacji, tj. pkt 3.5.1 lit. b albo w cz. II pkt 3.5.2. lit. b oraz pkt. 3.7 OPZ, kryterium oceny ofert z punktu 14. 2 lit. e SWZ, postanowienie umowne w zakresie terminu realizacji umowy (par. 2 ust. 2 wzoru umowy) oraz załącznik nr 12 do umowy-waloryzacja wynagrodzenia - określone zostały w sposób niezgodny z ustawą Pzp i ograniczający konkurencję oraz godzący w zasadę równego traktowania wykonawców. Zdaniem Odwołującego ww. zapisy dokumentacji uniemożliwiają mu złożenie oferty w postępowaniu. Ofertę w postępowaniu mogą bowiem złożyć wyłącznie wykonawcy, którzy posiadają autobusy wymagane przez Zamawiającego już obecnie - przed podpisaniem umowy, a nie Ci, którzy mogliby zakupić autobusy na poczet wykonania zamówienia dopiero w momencie, gdy uzyskają pewność, że zostało im udzielone zamówienie i podpisano z nimi umowę. Produkcja autobusów od momentu ich zamówienia zajmuje bowiem średnio 6 miesięcy - nie ma zatem możliwości by mieć autobusy na dzień 1 lipca 2022 r. w sytuacji, gdy nie posiada się ich przed rozstrzygnięciem przetargu.

Jak wskazywał Odwołujący, po zapoznaniu się z ogłoszeniem oraz dokumentami zamówienia w cz. I i II jest w stanie stwierdzić, że nie może podjąć decyzji, w której części zamówienia złoży ofertę przy tak określonych postanowieniach SWZ i wzoru umowy. W chwili obecnej największy problem stanowi pozyskanie taboru na cz. I albo II, gdyż producenci zapewniają jego dostawy w terminie 6 miesięcy od dnia złożenia zamówienia. Jako dowód potwierdzający powyższe twierdzenie wskazał na załączone do odwołania: oferty na sprzedaż autobusów SOLARIS, Mercedes oraz ISUZU.

Zdaniem Odwołującego, pozyskanie używanego taboru jest w chwili obecnej niemożliwe w zakresie wymaganym opisem przedmiotu zamówienia. Wynika to z wykonania rozeznania rynku dokonanego przez Odwołującego. W związku z powyższym wyrażenie zgody na zmianę dokumentacji zamówienia w pkt. 1-3 spowoduje, iż Zamawiający nie naruszy art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 44 ust.3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych, gdyż

świadczenie usług z punktu widzenia ich jakości będzie się odbywało w oparciu o nowe autobusy z parametrami wskazanymi przez Zamawiającego, dostosowane do jego spersonalizowanych potrzeb opisanych w dokumentach zamówienia. Tak więc będzie to dla Zamawiającego tzw. „wizytówka” w skali Polski w zakresie świadczenia usług autobusowego transportu publicznego na obszarze działania Zarządu Transportu Metropolitalnego.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie z art. 16 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zamawiający ma obowiązek przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, co oznacza, że jest on zobowiązany do stworzenia warunków do uczciwego konkurowania przez wykonawców o uzyskanie zamówienia, jak też do eliminowania zachowań sprzecznych z prawem lub etyką. Przed przystąpieniem do realizacji zamówienia Wykonawca powinien nie tylko zawrzeć umowę z Zamawiającym, lecz także nabyć pojazdy oraz przystosować je do wymagań Zamawiającego. Dostosowanie pojazdów do potrzeb Zamawiającego w zakresie określonym w SWZ wymaga co najmniej 5-6 miesięcy.

Ponadto, 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 wskazała KIO w wyroku z dnia 14.09.2010 r. w sprawie o sygnaturze KIO 1860/10, zapewnienie zbyt krótkiego terminu na realizację zamówienia nie stwarza warunków równej konkurencji. Podobne stanowisko zostało wyrażone w wyroku KIO z 14 września 2010 roku w sprawie o sygnaturze KIO 1365/18 „określenie przez zamawiającego niemożliwego do dotrzymania terminu realizacji przedmiotu zamówienia, przy uwzględnieniu specyfiki przedmiotu dostawy oraz obowiązujących na danym rynku reguł związanych z realizacją tego typu zamówień może w sposób bezpośredni prowadzić do naruszenia jednej z zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych”. W innym orzeczeniu KIO wskazała, że „wprawdzie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nie wynika dla zamawiającego obowiązek ustalenia takiego terminu realizacji zamówienia, który powodowałby dostępność zamówienia dla każdego wykonawcy konkurującego na danym rynku, ale nie może też prowadzić do sytuacji w której spełnienie przez wykonawcę świadczenia będzie, z przyczyn obiektywnych, niemożliwe. Niewątpliwie termin wykonania zamówienia jest jednym z istotniejszych elementów opisu przedmiotu zamówienia.”

Odwołujący wskazał również, że zarzut dotyczący waloryzacji wynagrodzenia jest zasadny z uwagi na następujący okoliczności występujące po stronie wykonawcy:

- 1) sytuacja geopolityczna oraz gospodarcza związana z agresją Rosji na Ukrainę oraz możliwym wpływem przede wszystkim na ceny paliw,
- 2) sytuacja związana ze wskaźnikiem inflacji (w tym prognozy inflacji),
- 3) sytuacja na rynku pracy, przede wszystkim presja płacowa i brak kierowców autobusów na rynku.

Zaproponowany przez Zamawiającego wskaźnik waloryzacji dokonywany w stosunku rocznym, w warunkach galopującej inflacji, zmian stóp procentowych, presji płacowej pracowników, a także konflikcie wojennym Rosja - Ukraina, która będzie mieć znaczący wpływ na gospodarkę światową, w tym ceny ropy, uniemożliwia szacowanie długoterminowe kosztów i cen zakupu materiałów, w tym przede wszystkim paliwa. Miesięczna waloryzacja umożliwi mitygację ryzyka zmienności cen i kosztów, umożliwiając zarówno zamawiającemu jak i wykonawcy wykonanie umów po cenach rynkowych.

W związku z całokształtem okoliczności faktycznych i prawnych, Odwołujący wniósł jak na wstępie.

W dniu 21 marca 2022 r. do Izby wpłynęło pismo Odwołującego zatytułowane „Pismo

procesowe Odwołującego", w którym zawarta została szeroka argumentacja dotycząca zarzutów przedstawionych z odwołaniu.

W trakcie posiedzenia poprzedzającego rozprawę, tj. 21 marca 2022 r. Zamawiający przedstawił pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości.

Argumentując wskazywał na wstępie, że postawione w odwołaniu zarzuty sprowadzają się de facto wyłącznie do wskazania naruszenia określonych przepisów PZP, nie precyzując na czym naruszenie faktycznie miałyby polegać. Zdaniem Zamawiającego powyższe działanie Odwołującego jest nieprawidłowe i nie stanowi w istocie wskazania zarzutów, które mogłyby podlegać rozpoznaniu przez Izbę, gdyż o treści zarzutu nie świadczy tak naprawdę powołanie się na naruszenie przepisu prawa, ale określenie okoliczności stanu faktycznego - danego działania bądź zaniechania, które zdaniem Odwołującego naruszają przepisy ustawy PZP. Jak podkreślił Zamawiający, w niniejszym stanie faktycznym Odwołujący sformułował zarzuty w taki sposób, iż niemożliwym jest wręcz zidentyfikowanie konkretnego, zarzucanego błędu Zamawiającego, a tym samym nie jest możliwe ich rozpoznanie przez Izbę.

Poza powyższą argumentacją, Zamawiający z ostrożności procesowej odniósł się także merytorycznie do stawianych w odwołaniu tez, kwestionując twierdzenia Odwołującego.

W zakresie oznaczonego w odwołaniu numerem 1 Zamawiający wskazywał, że okoliczności faktyczne precyzujące przedmiotowy zarzut pozostały gołosłowne i w żaden sposób nie zostały dowiedzione ani chociażby uprawdopodobnione. Przede wszystkim zaś Odwołujący w żaden sposób nie wyjaśnił nawet jednym zdaniem w jaki sposób wskazane okoliczności faktyczne świadczą o naruszeniu wskazanych przepisów. Dodał, że sposób sformułowania OPZ w postępowaniu jest wynikiem obiektywnych potrzeb Zamawiającego związanych z koniecznością realizowania wspomnianych zadań Zamawiającego oraz zachowania ciągłości przewozowej. Odwołujący, zdaniem Zamawiającego, dąży jedynie do ukształtowania warunków zamówienia wyłącznie ze względu na swoje własne możliwości organizacyjne co nie jest równoznaczne z brakiem zachowania uczciwej konkurencji przez Zamawiającego w dokonanym opisie przedmiotu zamówienia. W konsekwencji termin rozpoczęcia realizacji usługi jest podyktowany obiektywną potrzebą zapewnienia ciągłości komunikacyjnej na obszarze działania ZTM i objętych postępowaniem.

Zamawiający zakwestionował również dowody przedłożone przez Odwołującego i przywołał orzecznictwo potwierdzające zaprezentowane przez niego stanowisko.

Odnosząc zarzutu drugiego, zdaniem Zamawiającego Odwołujący w żaden sposób nie wskazał na czym konkretnie uchybienie Zamawiającego w tym zakresie miałyby polegać. Odwołujący ograniczył się wyłącznie do wskazania przepisu, który miałby rzekomo być naruszony. Tym samym zarzut ten w ogóle nie może stanowić podstawy rozpoznania przez KIO. Niezależnie od powyższego, zauważyć należy, iż regulacja art. 242 ust. 2 PZP zawiera otwarty katalog kryteriów, które mogą stanowić kryterium oceny ofert. Zdaniem Zamawiającego nie ma żadnych przeciwwskazań, aby termin rozpoczęcia realizacji usługi stanowił jedno z kryteriów oceny ofert. Nie stanowi to naruszenia jakiegokolwiek przepisu PZP, a już w szczególności art. 242 ust. 2 PZP. Termin rozpoczęcia realizacji zamówienia jest niewątpliwie związany z przedmiotem zamówienia (art. 241 ust. 1 PZP).

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 436 ustawy PZP Zamawiający ponownie podkreślił, że Odwołujący również w tym przypadku w żaden sposób nie wskazał na czym konkretnie uchybienie Zamawiającego miałyby polegać. Odwołujący ograniczył się wyłącznie do wskazania przepisu, który miałby rzekomo być naruszony. Tym samym także i ten zarzut w ogóle nie może stanowić podstawy rozpoznania przez KIO.

W zakresie zarzutu dotyczącego waloryzacji, Zamawiający wskazał, że odwołanie nie zawiera żadnego uzasadnienia, na czym naruszenie przepisów wymienionych w petitum odwołania miałyby polegać w związku z ustaloną przez Zamawiającego klauzulą waloryzacyjną. Z żądań odwołania można jedynie wysnuć wniosek, iż intencją Odwołującego jest zmiana zasad waloryzacji wynagrodzenia poprzez wprowadzenie miesięcznej, a nie rocznej waloryzacji wynagrodzenia, gdyż zdaniem Odwołującego roczna waloryzacja „uniemożliwia szacowanie długoterminowe kosztów i cen zakupu materiałów, w tym przede wszystkim paliwa”.

Jak podkreślał w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, mechanizm waloryzacji wynagrodzenia określony w Załączniku nr 12 do projektu Umowy, został oparty na analizie najistotniejszych elementów kosztotwórczych przedsiębiorstw komunikacji miejskiej realizujących zadania na zlecenie ZTM i opracowany przez niezależnego eksperta, dr hab. Pawła Mielcarza profesora Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie. Dane źródłowe niezbędne do oszacowania wskaźników waloryzacji w poszczególnych latach trwania umowy są publikowane przez instytucje krajowe na ogólnodostępnych stronach internetowych, co sprawia, że proces waloryzacji stawek jest w pełni transparentny.

Nie bez znaczenia zdaniem Zamawiającego jest też fakt, iż Zamawiający wprowadzoną klauzulą waloryzacyjną umożliwia zmianę całego wynagrodzenia, a nie jego części lub poszczególnych elementów. Jest to istotna okoliczność, bowiem PZP nie obliguje do waloryzacji całego wynagrodzenia, a mimo to Zamawiający celem zachowania równowagi stron posłużył się takim rozwiązaniem. Mechanizm rocznej waloryzacji wynagrodzenia, jest obecnie stosowany we wszystkich nowo zawieranych umowach przewozowych, co ma na celu ujednoczenie zasad zmiany wynagrodzenia dla wszystkich operatorów świadczących usługi przewozowe na zlecenie ZTM.

Zamawiający odniósł się również do powoływanych w odwołaniu okoliczności faktycznych, które miałyby wpływać na zmianę mechanizmu waloryzacji, tj. zmian ceny paliwa, konfliktu pomiędzy Rosją i Ukrainą czy też wahań inflacji i sytuacji na rynku pracy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba

Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy PZP. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu wykonawcę:

A 21 Sp. z o.o. z siedzibą w Żorach, wykonawcę B.N. N. Transport z siedzibą w Świerkłańcu, wykonawcę I.K. "IREX" z siedzibą w Świętochłowicach, wykonawcę Kłosok Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Żorach, wykonawcę PKS POŁUDNIE Sp. z o.o. z siedzibą w Świerkłańcu oraz wykonawcę Transgór S.A. z siedzibą w Mysłowicach, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego. Przystąpienia wpłynęły w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy PZP, a wykonawcy je zgłaszający wskazali, że mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść strony do której przystąpili.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w oparciu o przedłożone przez:

1) Odwołującego: informację handlową dotyczącą autobusów Solaris, kalkulację ceny na dostawę autobusów marki Mercedes-Benz, ofertę autobusów miejskich Isuzu, wydruk z portalu aukcyjnego pojazdów autobusowych, artykułu na temat trudności w transporcie miejskim,

2) Przystępującego Transgór S. A.: wydruk ze strony internetowej PKN Orlen ukazujący zmianę cen paliwa Eco Diesel,

3) Zamawiającego: dokumentów wymienionych w piśmie pn. „Wnioski dowodowe Zamawiającego” z dnia 18 marca 2022 r., na wykazanie okoliczności w nim podniesionych.

Jednocześnie Izba wydając rozstrzygnięcie oparła się tylko na niektórych dowodach, co znajdzie wyraz w treści uzasadnienia, pozostałe zaś dowody uznała za nieprzydatne do rozstrzygnięcia sprawy.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług autobusowego transportu publicznego na obszarze działania Zarządu Transportu Metropolitalnego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 23 lutego 2022 r. Zgodnie ze SWZ termin składania ofert przypada na 4 kwietnia 2022 r.

W sekcji 3 SWZ pn. „Opis przedmiotu zamówienia” punkt 3.5 pn. „Daty zmian wielkości pracy eksploatacyjnej i wynikającej z niej zmiany liczby pojazdów obsługujących dany Segment” :

1) część I: Segment „Zachód C, Centrum D”

a) Wielkość planowanej pracy eksploatacyjnej (zakres podstawowy), praca eksploatacyjna [wozokm/miesiąc] w podziale na typ taboru

Okresy realizacji zamówienia:

- 2022-07-01 do 2022-12-13: 75 313 (MN), 176 413 (BN), 7 873 (CN), SUMA: 259 599

- 2023-01-01 do 2030-06-30: 75 313 (MN), 201 117 (BN), 7 873 (CN), SUMA: 284 303

b) Zapotrzebowanie taborowe (zapotrzebowanie taborowe w podziale na typ)

Okresy realizacji zamówienia:

- 2022-07-01 do 2022-12-13: 10 (MN), 30 (BN), 2 (CN), SUMA: 42

- 2023-01-01 do 2030-06-30: 10 (MN), 34 (BN), 2 (CN), SUMA: 46

2) część II: Segment „Wschód C, Południe B”

a) Wielkość planowanej pracy eksploatacyjnej (zakres podstawowy), praca eksploatacyjna [wozokm/miesiąc] w podziale na typ taboru

Okresy realizacji zamówienia:

2022-07-01 do 2022-09-30: 108 239 (MN), 209 017 (BN), SUMA: 317 256

2022-10-01 do 2023-05-31: 132 339 (MN), 209 017 (BN), SUMA: 341 356

2023-06-01 do 2023-10-31: 132 339 (MN), 242 596 (BN), SUMA: 374 935

2023-11-01 do 2030-06-30: 141 262 (MN), 260 398 (BN), SUMA: 401 660

b) zapotrzebowanie taborowe (zapotrzebowanie taborowe w podziale na typ)

Okresy realizacji zamówienia:

2022-07-01 do 2022-09-30: 16 (MN), 19 (BN), SUMA: 35

2022-10-01 do 2023-05-31: 19 (MN), 19 (BN), SUMA: 38
2023-06-01 do 2023-10-31: 19 (MN), 23 (BN), SUMA: 42
2023-11-01 do 2030-06-30: 20 (MN), 25 (BN), SUMA: 45

Zgodnie z punktem 3.7 tej samej sekcji możliwym jest zwiększenie zakresu podstawowego zamówienia przez skorzystanie z prawa opcji, która obejmuje do 15,3% przedmiotu zamówienia w części I oraz do 20% przedmiotu zamówienia w części II.

Zgodnie z sekcją 14 SWZ pn. „Opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert” punkt 14.1 lit. e) jednym z kryteriów oceny ofert o wadze 5% jest termin rozpoczęcia realizacji usług.

Według ww. kryterium „ofercie zostaną przyznane punkty w zależności od oświadczenia Wykonawcy złożonego w ofercie. Zamawiający przyzna punkty zgodnie z oświadczeniem Wykonawcy dotyczącym realizacji usług objętych przedmiotem zamówienia, które będą realizowane:

- 1) nie wcześniej niż po upływie 40 dni od udzielenia zamówienia (zawarcia umowy) - 0 pkt
- 2) nie wcześniej niż po upływie 35 dni od udzielenia zamówienia (zawarcia umowy) - 2,5 pkt
- 3) nie wcześniej niż po upływie 30 dni od udzielenia zamówienia (zawarcia umowy) - 5 pkt

Jeżeli Wykonawca w ofercie zaznaczy więcej niż jedną możliwość realizacji usług (pkt 1, 2, 3) albo nie zaznaczy żadnej możliwości, wówczas taka oferta otrzyma zero punktów”.

Zgodnie z §2 ust. 1 Wzoru Umowy, stanowiącym załącznik nr 7 do SWZ: „Umowa zostaje zawarta na czas określony, tj. na okres 96 miesięcy, liczonych od dnia rozpoczęcia realizacji Umowy z zastrzeżeniem ust. 2 i 3”. Zgodnie z ustępem 2: „Rozpoczęcie świadczenia Usługi następuje z dniem.....r.”

W załączniku nr 12 do wzoru umowy opisano zasady waloryzacji wynagrodzenia. Zgodnie z jego treścią:

„1. 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.,

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

2. Nowa stawka zwaloryzowana obliczana będzie zgodnie z następującą zasadą: stawka

nowa (po waloryzacji) = stawka poprzednia (w ostatnim okresie przed waloryzacją) x wskaźnik waloryzacji w .

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

01.01.2024 r.

4. W przypadku braku publikacji wskaźników w_w i w_i , do momentu wystawienia faktur VAT przez Wykonawcę za Usługi świadczone w danym roku kalendarzowym, wynagrodzenie za ten okres zostanie obliczone na podstawie stawki obowiązującej w roku poprzednim. Rozliczenie powstałej różnicy nastąpi na podstawie kolejnej faktury VAT, wystawionej przez Wykonawcę po dniu publikacji wskaźników w_w i w_i , obejmującej pozycję pod tytułem Zaległa waloryzacja, obliczaną zgodnie z następującą zasadą: zaległa waloryzacja = suma wozokilometrów (z faktur wystawionych w danym roku kalendarzowym przed dniem publikacji wskaźników w_w i w_i) x [stawka nowa (po waloryzacji) - stawka poprzednia (w ostatnim okresie przed waloryzacją)].

5. W zależności od ustalonego w danym roku wskaźnika waloryzacji w , określonego w ust. 1), waloryzacja stawki może powodować zarówno wzrost, jak i zmniejszenie stawki jednostkowej. Waloryzowana stawka obliczana będzie z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

6. Zamawiający wskazuje, że w przypadku braku dostępności danych źródłowych składowych wskaźnika waloryzacji stawki za jeden wozokilometr, określonych w ust. 1, do wyliczeń przyjmowane będą niżej wymienione wskaźniki składowe:

a) w_w - stosunek przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia brutto w sektorze przedsiębiorstw dla Polski za rok poprzedni do przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia brutto w sektorze przedsiębiorstw dla Polski za rok poprzedzający rok poprzedni, ogłaszane przez Prezesa GUS,

b) w_p - wskaźnik cen oleju napędowego w kraju wyliczony przez uznaną krajową instytucję monitorującą rynek paliw, tj. Polską Izbę Paliw Płynnych,

c) w_i - zharmonizowany wskaźnik cen konsumpcyjnych (HICP) ogółem w roku poprzednim, podzielony przez 100, publikowane przez GUS.

7. 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 mniejszy niż 0,90. W przypadku, gdy wartość wskaźnika waloryzacji stawki za 1 wozokilometr obliczona wg. Wzoru określonego w ust. 1 jest mniejsza niż 0,90, w danym roku przyjmuje się wartość wskaźnika waloryzacji równą 0,90.

8. Maksymalna wielkość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień dotyczących waloryzacji wynagrodzenia, wynosi 94,87%, w odniesieniu do wartości wynagrodzenia określonej w § 7 ust. 1 Umowy”.

Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Izba pragnie odnieść się do podnoszonych przez Zamawiającego argumentów dotyczących treści odwołania oraz konstrukcji zarzutów, co z kolei ma także wpływ na zakres kognicji Izby.

W pierwszej kolejności Izba pragnie zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 516 ustawy PZP, odwołanie powinno zawierać m. in. wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Tym samym należy podkreślić, że określone wyżej wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez Odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim faktycznej argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na dokonanie oceny kwestionowanych czynności czy zaniechań Zamawiającego oraz uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu. Mając powyższe na uwadze zasadnym jest skonstatowanie, że o treści zarzutu decyduje nie tylko przypisana im kwalifikacja prawna lecz także okoliczności faktyczne, którym Odwołujący powinien dać wyraz w treści uzasadnienia odwołania.

Z kolei dowodzenie w procesie przed Izbą należy utożsamiać z czynnościami strony zmierzającymi do przekonania składu rozpoznającego spór o prawdziwości przedstawianych twierdzeń faktycznych, a nie do uzupełniania podstawowej treści odwołania. Aby skład orzekający mógł rozpoznać zarzut, konieczne jest postawienie go na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej już we wniesionym środku ochrony prawnej, ponieważ Izba jest związana podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia (tak: wyrok z dnia 3 sierpnia 2021 r., KIO 1879/21).

Jeżeli Odwołujący wskaże okoliczności faktyczne dopiero na rozprawie lub tak jak w rozpatrywanym stanie faktycznym, w piśmie procesowym złożonym w dniu rozprawy, Izba nie ma możliwości, by je uwzględnić. Obowiązkiem strony jest w pierwszej kolejności wskazanie w środku zaskarżenia okoliczności, które uznaje za istotne dla rozstrzygnięcia sporu - związanych z normami prawa materialnego, które mogłyby zostać naruszone, a następnie przedstawienie dowodów na potwierdzenie tych okoliczności. Przy czym ciężar twierdzenia, czyli wskazania okoliczności faktycznych, wyprzedza ciężar dowodzenia. W związku z powyższym Izba nie była władna wziąć pod uwagę okoliczności faktycznych i twierdzeń zawartych w piśmie Odwołującego z dnia 23 marca 2022 r., ponieważ w przeważającej części nie było ich w odwołaniu. Zdaniem Izby złożenie przedmiotowego pisma w dniu rozprawy stanowiło de facto próbę naprawy złożonego w terminie odwołania, którego konstrukcja w zakresie postawionych zarzutów była bardzo ograniczona.

Biorąc pod uwagę powyższe, zdaniem Izby krytycznie należy ocenić treść odwołania zwłaszcza w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 242 ust. 2 ustawy PZP oraz art. 436 pkt 1 ustawy PZP, które to zarzuty nie zostały w żaden sposób uzasadnione. Odwołujący ograniczył się tylko i wyłącznie do stwierdzenia w petitum odwołania, że Zamawiający naruszył te przepisy, nie wskazując przy tym w jaki sposób doszło do ich naruszenia. Wydaje się, że Odwołujący liczył na to, że w poszukiwaniu argumentacji niezbędnej do uwzględnienia ww. zarzutów zostanie wyreęczony przez Izbę, co jednak stoi w sprzeczności z charakterem postępowania odwoławczego, które od podmiotu składającego odwołanie wymaga odpowiedniego uzasadnienia zarzutów, którymi wedle treści art. 555 ustawy PZP Izba jest związana.

W związku z powyższym, w zakresie ww. zarzutów odwołania, Izba ograniczyła się do skonfrontowania kwestionowanych zapisów dokumentacji z podnoszonymi przez Odwołującego przepisami ustawy PZP, z którymi miałyby one być niezgodne. Izba stwierdziła, że kwestionowane przez Odwołującego kryterium oceny ofert określone w sekcji 14.2 lit. e SWZ oraz postanowienia §2 ust. 2 wzoru umowy, nie naruszają podnoszonych

przez Odwołującego przepisów ustawy PZP. Zgodnie bowiem z art. 242 ust. 2 ustawy PZP kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do: jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych takich jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników (pkt 1), aspektów społecznych, w tym integracji zawodowej i społecznej osób, o których mowa w art. 94 ust. 1 (pkt 2), aspektów środowiskowych, w tym efektywności energetycznej przedmiotu zamówienia (pkt 3), aspektów innowacyjnych (pkt 4), organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia (pkt 5), serwisu posprzedażnego, pomocy technicznej, warunków dostawy takich jak termin, sposób lub czas dostawy, oraz okresu realizacji (pkt 6). Przy czym wskazać należy, że nie jest to zamknięty katalog kryteriów oceny ofert, a zatem Zamawiający może stosować również inne kryteria, nie wymienione wprost w treści przepisu. Nie sposób zatem uznać, że sformułowane przez Zamawiającego kryterium oceny ofert dotyczące terminu rozpoczęcia realizacji usługi jest niezgodne z ww. przepisem. Odwołujący zaniechał wykazania powyższego.

To samo dotyczy sprzeczności §2 ust. 2 wzoru umowy z art. 436 pkt 1 ustawy PZP, zgodnie z którym umowa zawiera postanowienia określające w szczególności planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną. Zauważyć należy, że ww. przepis dotyczy terminu zakończenia usługi, dostawy lub roboty budowlanej, a nie jego rozpoczęcia. Nie ma więc mowy o jakiegokolwiek sprzeczności kwestionowanego zapisu umownego ze wskazanym przepisem ustawy PZP.

Wobec powyższego zarzuty powyższe Izba uznała za zasługujące na oddalenie jako niewykazane i oczywiście bezzasadne.

Odnosząc się natomiast do pozostałych zarzutów, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności mając na uwadze zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy PZP, poprzez określenie w dokumentacji okresów realizacji zamówienia od dnia 1 lipca 2022 r. i wymagania określonego zapotrzebowania taborowego w podziale na typy, w tym również w zakresie prawa opcji, co zdaniem Odwołującego świadczy o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, Izba pragnie zwrócić uwagę na następującą kwestię.

Jak stanowi art. 99 ust. 1 ustawy PZP przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie z ust. 4 przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Z kolei art. 16 i art. 17 ustawy PZP odnoszą się do ogólnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego takich jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania, przejrzystość, proporcjonalność oraz dyrektyw prowadzenia postępowania tak by w jego ramach uzyskać najlepszą jakość zamawianych świadczeń oraz efektów jakie to zamówienie może wywołać, np. społecznych, środowiskowych czy gospodarczych.

Okoliczności faktyczne jakie Odwołujący wskazuje w treści odwołania, a dotyczące przedmiotowego zarzutu, to po pierwsze twierdzenie, że tak ukształtowana treść dokumentacji postępowania uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty, bowiem preferuje ona wykonawców, którzy obecnie posiadają autobusy wymagane przez Zamawiającego, wykluczając tym samym wykonawców, którzy mogliby zakupić autobusy na poczet wykonania zamówienia dopiero w momencie, gdy uzyskają pewność, że zamówienie zostało im udzielone i podpisano z nimi umowę.

W kontekście powyższego należy wskazać, co podnosił również Zamawiający, że

Odwołujący nie kwestionował postawionych w postępowaniu warunków udziału w postępowaniu, które zgodnie z sekcją 5 SWZ wymagają od wykonawców chcących ubiegać się o udzielenie zamówienia, dysponowania określonymi pojazdami spełniającymi wymagania Zamawiającego. Jak natomiast przyjmuje się zgodnie w orzecznictwie i doktrynie, warunki udziału w postępowaniu (oraz brak podstaw do wykluczenia) muszą być spełnione na dzień składania ofert i muszą trwać przez cały okres postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (tak: wyrok z dnia 22 sierpnia 2019 r., KIO 1551/19). Niemożliwym zatem do spełnienia jest postulat Odwołującego by dopiero po uzyskaniu zamówienia i podpisaniu umowy podjął on czynności zmierzające do zorganizowania odpowiedniego potencjału taborowego. Nie wykazał również Odwołujący w jaki sposób zapisy dokumentacji miałyby naruszać art. 99 ustawy PZP.

Kolejnym argumentem Odwołującego, który popiera on załączonymi do odwołania dowodami w postaci ofert sprzedaży autobusów, jest twierdzenie, że nie jest on w stanie pozyskać taboru do zrealizowania zamówienia w terminie do 1 lipca 2022 r., gdyż producenci zapewniają jego dostawy w terminie 6 miesięcy od dnia złożenia zamówienia.

Wskazać należy, że zgodnie ze SWZ, Zamawiający wymaga by pojazdy, którymi świadczone będą usługi autobusowego transportu publicznego, zostały wyprodukowane nie wcześniej niż w 2010 r., a ich średnia wieku nie przekraczała 8 lat. Z powyższego wynika, że zamówienie może być realizowane zarówno przy pomocy używanego taboru jak i taboru nowo zakupionego. Co więcej, rozpoczynając świadczenie usługi wykonawcy w ogóle mogą nie posiadać nowego taboru. Nawet po kilku latach realizacji zamówienia może nie być konieczności zakupu nowego taboru, a jedynie jego wymiana na tabor używany ale wyprodukowany w latach późniejszych. Zatem argumentacja Odwołującego, że terminy dostaw nowych autobusów w powiązaniu z okresami realizacji usługi, uniemożliwiają mu złożenie oferty, jest całkowicie chybiona.

Dodatkowo, dowody przedstawione przez Odwołującego także nie potwierdzają stawianych przez niego twierdzeń co do terminu realizacji dostawy nowych autobusów. Po pierwsze, zgodnie z ich treścią, terminy dostawy wynoszą do 6 miesięcy od dnia złożenia zamówienia. Zatem termin ten jest terminem maksymalnym. Nie wiadomo jednak, jaki jest średni lub możliwy najszybszy termin. Po drugie, ww. oferty wygasły na dzień rozpoznawania odwołania, a więc nie wiadomo czy terminy te uległy zmianie, a jeśli tak to w jaki sposób. To samo dotyczy załączonej jako dowód oferty cenowej urzędzeń wchodzących w skład systemu informacji pasażerskiej.

Izba podzieliła również stanowisko Zamawiającego, kwestionowane przez Odwołującego w trakcie rozprawy, że termin rozpoczęcia realizacji usługi jest jedynie terminem planowanym i

nie ma charakteru terminu sztywnego. Jak wynika bowiem z sekcji 4 SWZ „Świadczenie usług autobusowego transportu publicznego na obszarze działania Zarządu Transportu Metropolitalnego trwać będzie przez okres 96 miesięcy. Planowany termin rozpoczęcia

realizacji Usług - 01.07.2022 r.”. Powyższe potwierdzają postanowienia wzoru umowy, w którym termin realizacji nie został wpisany - odpowiednie miejsce do jego wpisania pozostawiono puste. Nie zaprzeczają temu zapisy sekcji 3 SWZ, która służy opisaniu przedmiotu zamówienia i jego wielkości. Zamawiający musiał bowiem założyć jakiś termin graniczny by przyjąć odpowiednie wartości i wytyczne dla opisu przedmiotu zamówienia niezbędne dla kalkulacji ceny oferty przez wykonawców.

Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że nie jest możliwym uzyskanie w chwili obecnej taboru używanego, gdyż jak twierdzi, wynika to z dokonanego przez niego rozeznania rynku. Nie poparł przy tym tego twierdzenia żadnym dowodem załączonym do odwołania. Dopiero na rozprawie przedłożony został wydruk z portalu aukcyjnego pojazdów autobusowych, który miałby świadczyć o ograniczonym dostępie do autobusów zgodnych z wymaganiami Zamawiającego. Izba przychyliła się w tym zakresie do podnoszonych przez Zamawiającego argumentów, że istnieje wiele portali aukcyjnych oraz, że zakup nie jest jedyną opcją pozyskania autobusów. Nie można zatem wysnuć wniosku, że pozyskanie taboru jest niemożliwe, posilując się danymi z tylko jednego źródła. Izba uznała zatem ww. twierdzenie za nieudowodnione.

W konsekwencji nie można uznać, aby Zamawiający naruszył art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie naruszył zasady zachowania uczciwej konkurencji, ani równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym przedmiotowy zarzut zasługiwał na oddalenie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 439 w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego i art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 431 ustawy PZP w zw. z art. 16 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP i art. 17 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych.

W treści odwołania wskazywał Odwołujący na następujące okoliczności faktyczne, które jego zdaniem powinny skutkować zmianą zaproponowanego przez Zamawiającego mechanizmu waloryzacji: sytuacja geopolityczna oraz gospodarcza związana z agresją Rosji na Ukrainę oraz możliwym wpływem na ceny paliw, sytuacja związana z rosnącą inflacją oraz sytuacja na rynku pracy (presja płacowa oraz brak kierowców).

Szeroka argumentacja związana z przedmiotowym zarzutem została przedstawiona w piśmie procesowym z dnia 23 marca, jednak z powodów opisanych wyżej, lba nie mogła tejże argumentacji wziąć pod uwagę. W odwołaniu oprócz wskazania twierdzeń brak jest natomiast jakiegokolwiek ich uzasadnienia. Odwołujący nie wskazuje jak podnoszone przez niego okoliczności miałyby wpływać na konieczność zmiany mechanizmu waloryzacji, ani w jaki sposób mechanizm ten narusza przepisy ustawy PZP.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że zgodnie z art. 439 ust. 1 ustawy PZP umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. W umowie określa się: poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia (pkt 1), sposób ustalania zmiany wynagrodzenia (pkt 2 lit. a, b), sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może nastąpić zmiana wynagrodzenia wykonawcy (pkt 3) oraz maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia (pkt 4).

Zamawiający musi zatem określić w umowie następujące elementy: w jakich okolicznościach może dojść do waloryzacji wynagrodzenia, od którego terminu będzie ona możliwa, sposób zmiany wynagrodzenia i metodę przeliczenia, liczbę okresów waloryzacyjnych, maksymalną granicę wartości zmiany wynagrodzenia. Wszystkie one zostały przez zamawiającego przewidziane w projekcie umowy (w załączniku nr 12 do wzoru umowy). W punkcie pierwszym zostało wskazane, że waloryzacja będzie miała miejsce w razie zmian przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia brutto, zmian cen paliwa w Polsce oraz zmian cen towarów i usług konsumpcyjnych. Określono także, że cena jednego wozokilometra za świadczone usługi będzie waloryzowana raz na rok, ze skutkiem na dzień 1 stycznia danego roku, począwszy od 1 stycznia 2024 r. (punkt 3). Określono również sposób zmiany wynagrodzenia i metodę jego przeliczenia (punkt 1, 2, 4, 5). W punkcie 7 określono maksymalny wskaźnik waloryzacji stawki za jeden wozokilometr w danym roku na poziomie 1,10 oraz maksymalną wielkość zmiany wynagrodzenia (punkt 8). Określone zatem przez Zamawiającego zasady waloryzacji uwzględniają wszystkie wymagane prawem elementy zgodnie z art. 439 ustawy PZP.

Jak stanowi z kolei art. 431 ustawy PZP zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej "umową", w celu należytej realizacji zamówienia. Wskazany przepis nie precyzuje jednocześnie na czym to współdziałanie miałoby konkretnie polegać. W takiej sytuacji należy odnieść się wprost do uregulowań art. 354 § 1 i 2 k.c., który określa zasady współpracy stron i dążenie do ich równowagi w danym stosunku zobowiązaniowym (tak: wyrok z dnia 27 września 2021 r., KIO 2558/21). W tym zakresie przywołać należy stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 25 lutego 2015 r., sygn. akt IV CSK 297/14, gdzie SN uznał, że „Według art. 354 § 2 k.c. przy wykonywaniu zobowiązania powinieli z dłużnikiem współdziałać wierzyciel. Każdy z nich obowiązany jest baczyć na uzasadniony interes kontrahenta i nie czynić nic takiego, co by wykonywanie zobowiązania komplikowało, hamowało lub utrudniało. Ten negatywny obowiązek spoczywa na wierzycielu zawsze. Pozytywnego natomiast działania wymagać należy od wierzyciela jedynie w sytuacji, gdy wynika to z właściwości świadczenia lub umowy”. Tym samym zamawiający, przygotowując dokumentację postępowania winien ustanowić takie warunki

udziału w nim i zasady wykonywania zamówienia, aby z jednej strony nie naruszając praw wykonawców do możliwości brania udziału w postępowaniu, z drugiej strony spowodował takie warunki wykonywania zamówienia, aby było możliwe pełne współdziałanie stron podczas jego realizacji.

Niezależnie jednak od powyższej, ogólnej konstatacji, nie zwalnia to Odwołującego z obowiązku wykazania okoliczności, w jaki sposób projektowane postanowienia umowy naruszają przywołane przepisy ustawy PZP. Odwołujący w treści odwołania w żaden sposób nie uzasadnił na czym naruszenie ww. zasady przez Zamawiającego miałyby polegać. Ograniczył się jedynie do wskazania, że jego zdaniem kwestionowane zapisy naruszają ww. regulacje ustawy PZP, pozostawiając to twierdzenie gołosłownym.

Odwołujący w żaden sposób nie wskazał również jak kwestionowane przez niego postanowienia załącznika nr 12 do wzoru umowy naruszają przepisy kodeksu cywilnego (art.

5 KC i art. 353¹KC) czy też ustawy o finansach publicznych. Izba uznała w związku z tym za bezprzedmiotowe odnoszenie się do treści tychże przepisów.

Mając na uwadze powyższe nie zostały także przez Zamawiającego naruszone art. 16 i 17 ustawy PZP.

Podsumowując, należy mieć na uwadze, że postępowanie odwoławcze ma charakter kontrydiktoryjny. Oznacza to, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej), na podstawie wskazanych dowodów, o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (tak: wyrok z dnia 28 lutego 2022 r., KIO 315/22). Izba w związku z powyższym uznała, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy, Odwołujący zaniechał wykazania stawianych przez siebie twierdzeń. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest konieczność oddalenia przez Izbę odwołania w całości jako niewykazanego.

W związku z tym, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: