Sygn. akt: KIO 1287/22

WYROK

z dnia 31 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Członkowie: Robert Skrzeszewski

Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 maja 2022 roku Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 maja 2022 r. przez wykonawcę TRANSGÓR Spółka akcyjna w Mysłowicach w postępowaniu prowadzonym przez

zamawiającego - Zarząd Transportu Metropolitalnego w Katowicach
przy udziale wykonawcy PKS Południe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Świerklańcu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

odwołującego

orzeka:

1. umarza odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia:

a) art. 112 ust. 1, art. 116 ust. 1 w zw. z art. 58 ust. 1 i art. 117 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129

ze zm.) poprzez brak odwołania w pkt 5.9 specyfikacji warunków zamówienia do punktu 5.1 ppkt 3.3,

b) art. 16 pkt 1 w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych poprzez brak określenia w pkt 15.1 sumy gwarancyjnej ubezpieczenia dla części III, przy określeniu dwóch różnych sum dla części II, oraz brak odwołania się do wymagań zawartych w pkt 5.1 ppkt 3.3,

c) art. 99 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych poprzez określenie w załączniku nr 1 do projektu umowy — w pkt 2, 4, 20 i 25 — w wymaganiach wobec pojazdów wykonawcy daty obowiązywania poszczególnych wymagań począwszy od 1 lipca

2022 roku,

2. w pozostałym zakresie odwołanie oddala,

3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę TRANSGÓR Spółka akcyjna w Mysłowicach i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

TRANSGÓR Spółka akcyjna w Mysłowicach tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od wykonawcy TRANSGÓR Spółka akcyjna w Mysłowicach na rzecz zamawiającego - Zarządu Transportu Metropolitalnego w Katowicach - kwotę

3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 1287/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Zarząd Transportu Metropolitalnego w Katowicach - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest świadczenie usług autobusowego transportu publicznego na obszarze działania Zarządu Transportu

Metropolitalnego w Katowicach.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września

2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm.), zwanej

dalej ustawą P.z.p.

W dniu 13 maja 2022 roku wykonawca TRANSGÓR Spółka akcyjna w Mysłowicach (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności polegającej na sporządzeniu specyfikacji warunków zamówienia i projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający przepisy ustawy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 353^1 i art. 5 K.c. w zw. z art. 8 ust. 1, art. 16 pkt 3, art. 431, oraz art. 439 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez określenie częstotliwości planowanej waloryzacji wykonawcy na 1 raz

w roku,

2) art. 353^1 i 5 K.c. w zw. z art. 8 ust. 1, art. 16 pkt 3, art. 431 oraz art. 439 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez określenie, że pierwsza waloryzacja zostanie przeprowadzona począwszy od

01.01.2024 r.,

3) art. 353^1 i art. 5 K.c. w zw. z art. 8 ust. 1, art. 16 pkt 3, art. 431 oraz art. 439 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez przypisanie poszczególnym wskaźnikom składającym się na wzór klauzuli waloryzacyjnej, wag nieuwzględniających poziomu, w jakim koszty paliwa i wynagrodzeń pracowników wpływają na koszty realizacji zamówienia ogółem,

4) art. 353^1 i art. 5 K.c. w zw. z art. 8 ust. 1, art. 16 pkt 3, art. 431 oraz art. 439 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez ustalenie maksymalnego wskaźnika waloryzacji stawki wynagrodzenia w danym roku na poziomie 1,10 i odpowiadającej mu maksymalnej zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w wysokości 94,87%,

5) art. 16 pkt 2 oraz art. 441 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez naruszenie zasady przejrzystości i brak określenia okoliczności, w których zamawiający może skorzystać z prawa opcji, oraz naruszenie treści art. 353^1 i art. 5 K.c. w zw. z art. 8 ust. 1, art. 16 pkt 2 i 3, art. 431 oraz art. 441 ust. 1 ustawy poprzez określenie zbyt krótkiego terminu rozpoczęcia świadczenia usług w ramach prawa opcji, co stanowi naruszenie zasady proporcjonalności, stanowi uprzywilejowanie pozycji zamawiającego względem wykonawcy i naruszenie zasadę równowagi kontraktowej stron,

6) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 441 ust. 1 i 433 pkt 4 ustawy P.z.p., poprzez zastrzeżenie możliwości ograniczenia zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia na poziomie 15% przy jednoczesnym określeniu prawa opcji na poziomie 9,3% dla cz. I, 7% dla cz. II, 8,5% dla cz. III, co prowadzi do oceny o niejednoznacznym i utrudniającym kalkulację oferty określeniu przedmiotu zamówienia,

7) art. 112 ust. 1, art. 116 ust. 1 w zw. z art. 58 ust. 1 i art. 117 ust. 1 ustawy poprzez brak

odwołania v pkt 5.9 s.w.z. do punktu 5.1 ppkt 3.3 skutkujący uznaniem, że dla wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w części III, brak jest możliwości

wspólnego wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie taboru autobusowego,

b) art. 16 pkt 1 w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez brak określenia w pkt 15.1 sumy gwarancyjnej ubezpieczenia dla części III, przy określeniu dwóch różnych sum dla części II, oraz brak odwołania się do wymagań zawartych w pkt 5.1 ppkt 3.3 (pomimo istnienia

odwołania do wymagań z pkt 5.1 ppkt 3.1 i 3.2), skutkujący uznaniem, że wykonawca, składający ofertę na 3 część zamówienia, nie będzie mógł skorzystać z możliwości

zapewnionych dla wykonawcy składającego ofertę na 1 lub 2 część zamówienia, polegającej na podaniu w ramach realizacji formalności poprzedzających zawarcie umowy, w załączniku nr 13 innego pojazdu niż wskazany w załączniku nr 4,

c) art. 99 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez określenie w załączniku nr 1 do projektu umowy — w pkt 2, 4, 20 i 25 — w wymaganiach wobec pojazdów wykonawcy daty obowiązywania

poszczególnych wymagań począwszy od 01.07.2022 r., przypadającej przed planowanym

terminem rozpoczęcia świadczenia usług, który określono na 01.10.2022 r.

Odwołujący wniósł o:

- nakazanie zamawiającemu modyfikacji specyfikacji warunków zamówienia i projektowanych postanowień umowy, stosownie do wskazań zawartych w uzasadnieniu odwołania,

- przyznanie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów

postępowania odwoławczego.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 26 maja 2022 roku zamawiający wniósł o:

1. oddalenie odwołania w części dotyczącej zarzutów nr 1, 2, 3, 4, 5 oraz 6;

2. umorzenie postępowania w zakresie zarzutu nr 7;

3. przeprowadzenie dowodu z całej dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego;

4. przeprowadzenie dowodów zawnioskowanych przez zamawiającego w uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie, wskazanych enumeratywnie w załącznikach oraz przedstawionych w trakcie postępowania;

5. zasądzenie kosztów postępowania od odwołującego na rzecz zamawiającego,

w tym kosztów zastępstwa na podstawie przedłożonego rachunku.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpił wykonawca PKS Południe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Świerklańcu (przystępujący).

Przystępujący w piśmie pt. „Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego" z

dnia 18 maja 2022 roku wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

Izba ustaliła, co następuje:

Dnia 3 maja 2022 roku, na stronie internetowej postępowania opublikowano ogłoszenie oraz dokumenty zamówienia w przedmiocie postępowania sektorowego w trybie

przetargu nieograniczonego na świadczenie usług autobusowego transportu publicznego na obszarze działania Zarządu Transportu Metropolitalnego.

Postępowanie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 3 maja 2022 roku Nr 2022/S 086-234399.

Zgodnie z punktem 4 s.w.z. „Termin wykonania zamówienia" świadczenie usług

autobusowego transportu publicznego na obszarze działania Zarządu Transportu

Metropolitalnego trwać będzie przez okres 96 miesięcy. Planowany termin rozpoczęcia

realizacji Usług - 01.10.2022 r

W Załączniku nr 12 do projektu umowy zamawiający określił zasady waloryzacji

wynagrodzenia wykonawcy. Główne założenia opracowanych zasad waloryzacji obejmują

ustalenie, że:

- waloryzacja jest dokonywana corocznie (oprócz 2023 roku) — pkt 1, 3, 4 i 6 Załącznika nr 12 do projektu Umowy,

- oparta jest na wskaźnikach obejmujących przeciętne wynagrodzenie w sektorze przedsiębiorstw (z wagą 50%), cenę hurtową paliwa PKN Orlen S.A. (z wagą 20%), oraz inflację (z wagą 30%) — pkt 1 Załącznika nr 12 do projektu Umowy,

- maksymalna zmiana wysokości wynagrodzenia wykonawcy w danym roku nie może

przekroczyć 10% dotychczasowego wynagrodzenia (w górę lub w dół), a maksymalna zmiana wysokości wynagrodzenia wykonawcy w całym okresie realizacji zamówienia

94,87% tego wynagrodzenia — pkt 7 i 8 Załącznika nr 12 do projektu umowy.

Zgodnie z pkt. 3.4 s.w.z., 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, 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.

W myśl pkt. 3.6 s.w.z., zamawiający uprawniony będzie do żądania rozszerzenia zakresu przedmiotu zamówienia na podstawie opcji, o której mowa w art. 441 ust. 1 ustawy P.z.p., na obszarze objętym zamówieniem w części I, części II oraz w części III, na warunkach określonych we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 7 do s.w.z.

Stosownie do pkt. 3.7 zakres opcji obejmuje:

a) do 9,3% przedmiotu zamówienia w części I: Segment „Centrum D”,

b) do 7% przedmiotu zamówienia w części II: Segment „Zachód C”,

c) do 8,5% przedmiotu zamówienia w części III: Segment „Wschód C, Południe B”,

Zgodnie z pkt. 3.10 s.w.z., o zamiarze każdorazowego skorzystania z opcji zamawiający poinformuje wykonawcę pisemnie z co najmniej 21-dniowym wyprzedzeniem, przy czym w sytuacjach nagłych lub niezależnych od ZTM termin ten może ulec skróceniu.

W pkt. 5.9 s.w.z brak odwołania do punktu 5.1 ppkt 3.3, w pkt 15.1 brak określenia sumy gwarancyjnej ubezpieczenia dla części III, przy określeniu dwóch różnych sum dla części II, oraz brak odwołania się do wymagań zawartych w pkt 5.1 ppkt 3.3 (pomimo istnienia odwołania do wymagań z pkt 5.1 ppkt 3.1 i 3.2), w załączniku nr 1 do projektu umowy — pkt 2, 4, 20 i 25 — w wymaganiach wobec pojazdów wykonawcy przedstawiono datę obowiązywania poszczególnych wymagań (01.07.2022 r.) przypadającą przed planowanym terminem rozpoczęcia świadczenia usług, który przypada na 01.10.2022 r.

Dowód: specyfikacja warunków zamówienia z załącznikami

Dnia 20 maja 2022 r. zamawiający opublikował na stronie internetowej postępowania informację o zmianie s.w.z. uwzględniającą w całości wnioski odwołującego w zarzucie nr 7.

Dowód: pismo zamawiającego z dnia 20 maja 2022 roku

W dniu 26 maja 2022 roku zamawiający opublikował na stronie internetowej informację o zmianie s.w.z. w sposób następujący:

„1. Zmienia się treść pkt 3.10 SWZ w następującym zakresie:

Zamiast:

„3.10 O zamiarze każdorazowego skorzystania z opcji Zamawiający poinformuje Wykonawcę pisemnie z co najmniej 21-dniowym wyprzedzeniem, przy czym w sytuacjach nagłych lub niezależnych od ZTM termin ten może ulec skróceniu.”

Powinno być:

„3.10 O zamiarze każdorazowego skorzystania z opcji Zamawiający poinformuje Wykonawcę pisemnie z co najmniej 21-dniowym wyprzedzeniem, przy czym w przypadku zaistnienia nagłych lub niezależnych od ZTM potrzeb w zakresie, o którym mowa w § 14 ust. 1 wzoru umowy termin ten może ulec skróceniu do 3 dni, chyba że Strony ustalą termin krótszy.”.

2. Zmienia się treść załącznika nr 7 do SWZ w następującym zakresie:

a) § 14 ust. 1

Zamiast:

„1. Zamawiający zastrzega sobie prawo do skorzystania z opcji obejmującej do ... % przedmiotu umowy w okresie, o którym mowa w § 2 ust. 1."

Powinno być:

„1. Zamawiający zastrzega sobie prawo do skorzystania z opcji obejmującej do . % przedmiotu umowy w okresie, o którym mowa w § 2 ust. 1., w celu zapewnienia realizacji statutowych zadań ZTM, w tym utrzymania ciągłości funkcjonowania komunikacji miejskiej oraz zapobiegania wykluczeniu komunikacyjnemu, w szczególności w przypadku potrzeby:

a) uruchomienia komunikacji zastępczej na obszarze o nazwie Segment ...,

b) realizacji dodatkowych zadań przewozowych na obszarze o nazwie Segment .,

c) zmiany tras lub zmiany typu taboru do obsługi pracy eksploatacyjnej na obszarze o nazwie Segment.....".

b) § 14 ust. 5

Zamiast:

„5. O zamiarze każdorazowego skorzystania z opcji Zamawiający poinformuje Wykonawcę pisemnie z co najmniej 21-dniowym wyprzedzeniem, przy czym w przypadku zaistnienia nagłych lub niezależnych od ZTM potrzeb uruchomienia komunikacji zastępczej termin ten może ulec skróceniu."

Powinno być:

„5. O zamiarze każdorazowego skorzystania z opcji Zamawiający poinformuje Wykonawcę pisemnie z co najmniej 21-dniowym wyprzedzeniem, przy czym w przypadku zaistnienia nagłych lub niezależnych od ZTM potrzeb w zakresie, o którym mowa w § 14 ust. 1 termin ten może ulec skróceniu do 3 dni, chyba że Strony ustalą termin krótszy.".

Dowód: pismo zamawiającego z 26 maja 2022 roku

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega umorzeniu w zakresie zarzutu nr 7 na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy P.z.p.

W pozostałym zakresie odwołanie jest bezpodstawne i podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba dopuściła jako dowody w sprawie dokumenty postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego, w szczególności wskazane w części uzasadnienia zawierającego ustalenia faktyczne Izby.

Izba oddaliła wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z informacji własnej z dnia 24 maja 2022 roku jako niemający dla rozstrzygnięcia sprawy istotnego znaczenia (argumentacja a contrario z art. 531 ustawy P.z.p). Informacje zawarte w piśmie dotyczą porównania jednego kwartału 2021 i 2022 roku, zatem nie są adekwatne do okresu trwania zamówienia, które jest przewidziane na 8 lat.

Z powołaniem na tę samą podstawę prawną Izba oddaliła wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z analizy zmiany kosztów dla przewoźnika miejskiej komunikacji autobusowej z tytułu świadczenia usług w publicznym transporcie zbiorowym z dnia 25 maja 2022 roku, jako że analiza ta nie dotyczy przedmiotowego postępowania, lecz postępowania prowadzonego przez zamawiającego uprzednio, które to postępowanie zostało unieważnione.

Odnosząc się do zarzutu 7, Izba wskazuje, że zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy P.z.p., Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Izba ustaliła, że w dniu 20 maja 2022 roku zamawiający opublikował na stronie internetowej postępowania informację o zmianie s.w.z. uwzględniającą w całości wnioski odwołującego w zarzucie nr 7. Tym samym pomiędzy stronami nie istnieje już spór co do treści s.w.z. opisanej przez zamawiającego w zarzucie 7 odwołania, przez co rozstrzygnięcie w tej materii należy uznać za zbędne.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 353^1 i art. 5 K.c. w zw. z art. 8 ust. 1, art. 16 pkt 3, art. 431, oraz art. 439 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez określenie częstotliwości planowanej waloryzacji wykonawcy na 1 raz w roku.

Odwołujący wskazał, że zasada waloryzacji rocznej w obecnej sytuacji rynkowej przy dynamicznych i gwałtownych wzrostach kosztów realizacji usług, generuje istotne zagrożenie dla prawidłowej realizacji zamówienia przez wykonawcę, z uwagi na konieczność pokrywania z własnej kieszeni wzrostów kosztów towarów i usług niezbędnych dla realizacji zamówienia. W przypadku pojawienia się, jak niedawno, kolejnych gwałtownych wzrostów cen oleju napędowego, będą one musiały być pokrywane przez wykonawcę, co najmniej do czasu kolejnej rocznej waloryzacji jego wynagrodzenia. W przypadku dużego wahania ceny, którego wystąpienia nie można wykluczyć, a nawet można przewidywać, wobec trwającej na Ukrainie rosyjskiej agresji oraz wobec rozważanego przez Komisję Europejską embarga na zakup rosyjskiej ropy naftowej, może dojść do sytuacji, w której wynagrodzenie otrzymywane przez wykonawcę, nie pozwoli na pokrycie kosztów realizacji zamówienia, ponieważ tak istotnie wzrośnie udział w kosztach realizacji zamówienia, jaki zajmuje cena paliwa.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że odwołujący w żaden sposób nie wykazał, poza gołosłownymi, ogólnymi stwierdzeniami, w jaki sposób przyjęcie mechanizmu waloryzacji w okresach rocznych miałoby naruszać wskazane przez odwołującego przepisy. Ustalenie rocznego okresu waloryzacji uzasadnił rocznymi planami wydatków sektora finansów publicznych, stabilnością wskaźników waloryzacji, jednolitymi zasadami waloryzacji dla wszystkich wykonawców realizujących usługi transportowe na zlecenie ZTM, roczną waloryzacją zamówienia stosowaną u innych zamawiających.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 439 ust. 1 ustawy P.z.p., 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 myśl ust. 2, w umowie określa się:

1) 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;

2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub

b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany

wynagrodzenia;

3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;

4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Analizując stanowisko zamawiającego, Izba uznała za kluczowy argument związany z obowiązkiem zamawiającego uchwalania budżetu na dany rok kalendarzowy, co wynika z przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych (Dz. U z 2021 roku, poz. 305 ze zm.), w tym w szczególności z art. 211 tejże ustawy. Obowiązek ten determinuje działania zamawiającego, zatem wszelkie odstępstwa od jego realizacji winny być szczególnie uzasadnione.

Izba podkreśla, że zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy P.z.p., strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tym samym odwołujący, który inicjuje postępowanie odwoławcze, winien przedstawić argumenty na tyle istotne, by uzasadniały one odstępstwo od realizacji założeń przyjętych przez zamawiającego w planie budżetowym. W szczególności odwołujący winien był przedstawić analizy potwierdzające stanowisko, iż wyłącznie waloryzacja dokonywana w okresie kwartalnym da stronom umowy możliwość urealnienia ustalonej w umowie wysokości wynagrodzenia. Tymczasem odwołujący oparł uzasadnienie zarzutu wyłącznie na stanowisku, że ceny paliwa będą się wahać z powodu wojny na Ukrainie oraz spodziewanego embarga Komisji Europejskiej na zakup paliw z Rosji. Odwołujący nie poparł swego stanowiska żadną analizą, nie przedstawił Izbie danych dotyczących cen paliw w okresach poprzedzających zawarcie umowy ani też żadnych realnych prognoz co do ich wysokości po zawarciu umowy. Izba nie kwestionuje faktu wzrostu cen paliw w okresie od wybuchu konfliktu zbrojnego na Ukrainie (24 lutego br.), uznając tę okoliczność za notoryjną, niemniej jednak sama informacja o wzroście cen, bez wskazania innych danych, nie uzasadnia żądania waloryzacji wynagrodzenia co kwartał. Nie wiadomo, dlaczego odwołujący przyjął jako zasadną akurat taką częstotliwość waloryzacji, nie zaś inną, np. pół roku. Wydaje się, że żądany przez odwołującego okres wynika wyłącznie z dążenia do zabezpieczenia jego interesów w sposób korzystny dla niego. W tym miejscu podkreślić należy, że celem przewidzianej w ustawie P.z.p. możliwości zmiany wynagrodzenia wykonawcy jest zachowanie pomiędzy zamawiającym a wykonawcą równowagi kontraktowej i rozłożenie pomiędzy stronami ryzyk gospodarczych będących wynikiem zmian kosztów koniecznych do poniesienia przy realizacji zamówienia. Jej celem nie jest natomiast zabezpieczenie interesów wyłącznie jednej ze stron. Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób cel ten ma być spełniony w sytuacji, gdy waloryzacja wynagrodzenia będzie następować w wymaganym przez niego okresie jednego kwartału.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 353^1 i 5 K.c. w zw. z art. 8 ust. 1, art. 16 pkt 3, art. 431 oraz art. 439 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez określenie, że pierwsza waloryzacja zostanie przeprowadzona począwszy od 01.01.2024 r.

Odwołujący uzasadnił podniesiony zarzut w taki sposób, że jeśli w okresie do 1 stycznia 2024 roku dojdzie do gwałtownych wahań na rynku paliw czy dalszego wzrostu inflacji, to pierwszym momentem, w którym zostanie to odzwierciedlone w wynagrodzeniu wykonawcy będzie dopiero moment zapłaty za usługi zrealizowane w styczniu 2024 r. Do tego czasu wszelkie wzrosty kosztów wynikające z wahań rynkowych, będą musiały być pokryte ze środków wykonawcy. Wykonawca musi również przewidzieć jak będą kształtowały się wynagrodzenia pracowników w tym okresie, w szczególności jak rosnąca inflacja wpłynie na presję płacową u kierowców. Odwołujący zażądał zmiany s.w.z. w taki sposób, by waloryzacja miała miejsce począwszy od dnia 1 stycznia 2023 roku.

Z kolei zamawiający podniósł, że planowany termin rozpoczęcia realizacji zamówienia

w ramach postępowania to październik 2022 roku, co oznacza realizację zamówienia przez ostatnie 3 miesiące 2022 r. Istnieje jednak bardzo realna możliwość przedłużenia się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w taki sposób, iż do rozpoczęcia realizacji zamówienia dojdzie z opóźnieniem, np. w grudniu 2022 r., bądź w styczniu 2023 r., co w skrajnym wypadku oznaczałoby, iż w przypadku uwzględnienia wniosku odwołującego do okresu początkowego waloryzacji, waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy zostałaby dokonana pomimo tego, iż faktycznie nie świadczono usług w 2022 r.

Izba podziela podniesione w odpowiedzi na odwołanie stanowisko zamawiającego, iż skoro z treści art. 439 ust. 1 ustawy P.z.p. wynika konieczność waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w przypadku umów, które są zawarte na okres dłuższy niż 12 miesięcy, upływ tego okresu można potraktować jako realny i zasadny termin dokonania pierwszej waloryzacji. Zawarte w odwołaniu żądanie zmierza do tego, by w istocie pierwsza waloryzacja nastąpiła po upływie nie więcej niż 3 miesięcy od dnia rozpoczęcia realizacji zamówienia. Wydaje się to być sprzeczne z samą istotą waloryzacji, uregulowaną w ustawie P.z.p. Odwołujący w treści odwołania wskazał, że uwzględnieniem zarzutu będzie modyfikacja s.w.z. w taki sposób, że cena będzie waloryzowana począwszy od 1 stycznia 2023 roku. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie szerszego uzasadnienia, niemniej jednak, w związku z żądaniem dokonywania waloryzacji raz na kwartał, wydaje się, odwołujący podtrzymuje tu stanowisko wyrażone przy zarzucie dotyczącym częstotliwości waloryzacji. Zarzut ten Izba uznała za nieuzasadniony, w związku z czym brak jest podstaw do uwzględnienia argumentacji odwołującego również przy rozpoznawaniu odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego terminu pierwszej waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 353^1 i art. 5 K.c. w zw. z art. 8 ust. 1, art. 16 pkt 3, art. 431 oraz art. 439 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez przypisanie poszczególnym wskaźnikom składającym się na wzór klauzuli waloryzacyjnej, wag nieuwzględniających poziomu, w jakim koszty paliwa i wynagrodzeń pracowników wpływają na koszty realizacji zamówienia ogółem.

Odwołujący podniósł, że przypisane przez zamawiającego wagi były stosowane w dotychczasowych umowach. W ostatnim czasie doszło jednak do znacznego wzrostu cen paliwa, przy jednoczesnych nie aż tak wysokich zmianach wynagrodzeń czy kosztów innych towarów i usług. W efekcie, w obecnych warunkach rynkowych doszło do sytuacji, w której udział kosztu paliwa w ogólnych kosztach realizacji zamówienia polegającego na przewozach w komunikacji miejskiej, zwiększył się. Zdaniem odwołującego powinno to skutkować zmianą wag przypisanych poszczególnym wskaźnikom cząstkowym, służącym obliczeniu wskaźnika waloryzacji wynagrodzenia. W jego ocenie uwzględnieniem omawianego zarzutu byłaby modyfikacja s.w.z., polegająca na obniżeniu wagi wskaźnika przeciętnego wynagrodzenia do 40%, podwyższeniu wskaźnika cen paliwa do 30% i pozostawieniu bez zmian wskaźnika inflacji na poziomie 30%.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł, że z dokonanej przed wszczęciem postępowania ekspertyzy wynika, iż wynagrodzenia stanowią średnio 47% rocznych kosztów podmiotów świadczących usługi autobusowe, a koszty paliwa 18% rocznych kosztów, w konsekwencji, na podstawie ww. danych obrano wskaźnik waloryzacji wynagrodzeń na poziomie 50%, paliwa na poziomie 20%, a pozostałych kosztów ogółem na poziomie 30%. Ponadto stwierdził, że odwołujący nie przedstawia żadnych dowodów ani uzasadnienia wskazujących, iż to wartości przez niego obrane są prawidłowe i powinny zostać zastosowane w przedmiotowym postępowaniu ani że te przyjęte przez zamawiającego są nieprawidłowe.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego. Podkreślenia wymaga, iż odwołujący w treści odwołania wskazał, że przyjęte przez zamawiającego wskaźniki były stosowane w poprzednich postępowaniach, jednakże - z uwagi na wzrost cen paliwa - nie są adekwatne w obecnym postępowaniu. A zatem, w ocenie Izby, wskaźniki te powinny stać się niejako punktem wyjściowym dla oceny, czy ich dalsze utrzymywanie odpowiada aktualnym warunkom rynkowym czy też nie. Jako że wskaźniki te są trzy (wskaźnik przeciętnego wynagrodzenia, wskaźnik cen paliwa i wskaźnik inflacji), ich ocena powinna zostać poparta analizą obrazującą zmiany ich wartości w okresie, jaki odwołujący uznaje za istotny dla uzasadnienia swego żądania. Tymczasem odwołujący ograniczył swą argumentację do

stanowiska, iż „w ostatnim czasie” znacznie wzrosły ceny paliwa, natomiast nieznacznie tylko zmieniły się wynagrodzenia i koszty innych towarów i usług. Nie podał przy tym żadnych wartości, na podstawie których można by powziąć wiadomość o skali zmian, jakie miały miejsce. W szczególności odwołujący nie podał procentowego wzrostu inflacji ani przeciętnego wynagrodzenia. Wskazał jednie, że cena oleju napędowego wzrosła o 30% w skali miesiąca. Nie wiadomo zatem, na podstawie czego odwołujący ustalił, że właściwe dla niniejszego postępowania wskaźniki waloryzacyjne winny wynosić: przeciętne wynagrodzenie - 40%, cena paliwa - 30% i inflacja - 30%. Tym samym Izba uznała, że odwołujący nie udowodnił zasadności zarzutu i wynikającego z niego żądania i odwołanie w tym zakresie oddaliła.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 353^1 i art. 5 K.c. w zw. z art. 8 ust. 1, art. 16 pkt 3, art. 431 oraz art. 439 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez ustalenie maksymalnego wskaźnika waloryzacji stawki wynagrodzenia w danym roku na poziomie 1,10 i odpowiadającej mu maksymalnej zmiany wysokości wynagrodzenia

wykonawcy w wysokości 94,87%.

Odwołujący podniósł, że ograniczenie waloryzacji do 10% w skali roku należy ocenić jako nieodpowiadające aktualnym realiom rynkowym i zbyt niskie. Wskazał, że tylko wskaźnik inflacji miesięcznej od lutego 2021 r. do kwietnia 2022 r. wzrósł z poziomu 2,40% do 12,30% i należy się spodziewać dalszego jego wzrostu, zwłaszcza uwzględniając zapowiadane dalsze podwyżki stóp procentowych NBP. W ocenie odwołującego wskaźnik waloryzacji przy uwzględnieniu wag określonych w s.w.z. przekroczy maksymalny założony w pkt 7 Załącznika nr 12 poziom 10% i wyniesie 13%. Jednocześnie odwołujący stwierdził, że uwzględnienie zarzutu i usunięcie naruszenia powinno polegać na podwyższeniu maksymalnego poziomu zmiany do co najmniej 40% w skali roku.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł, że w świetle regulacji dotyczącej waloryzacji, nieistotnym jest różnica pomiędzy wskazanymi przez odwołującego okresami oraz miesięczne wskaźniki inflacji, ponieważ zgodnie z załącznikiem nr 12 do umowy, celem ustalenia waloryzacji wynagrodzenia istotnym jest „średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w roku poprzednim". Wzrost miesięcznej inflacji na przestrzeni 15 miesięcy jest nieistotny w świetle niekwestionowanego w tym zakresie wzoru dotyczącego waloryzacji. Odwołujący opiera więc swoje stanowisko co do niewystarczającego 10% rocznego ograniczenia poziomu inflacji na „przykładowych” wskaźnikach, które nie zostały popartymi żadnymi danymi źródłowymi.

Izba uznała argumentację odwołującego za nieuzasadnioną. Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu powołał się na dane, jak sam określił, przykładowe. W ocenie Izby dane te, jako nieuwiarygodnione przez odwołującego, nie mogą stanowić podstawy żądania zmiany maksymalnego wskaźnika waloryzacji stawki wynagrodzenia. Ponownie podkreślenia wymaga, że to na odwołującym ciążył obowiązek udowodnienia zasadności zarzutu. Jako że przedmiotem zarzutu są wskaźniki rzutujące na wynagrodzenie wykonawcy, odwołujący winien był wykazać, że wskaźniki przyjęte przez zamawiającego są nieprawidłowe, natomiast te, które proponuje odwołujący, będą skutkować spełnieniem swej roli waloryzacyjnej. A zatem przyjęte dane nie mogą być danymi przykładowymi, ale konkretnymi, wynikającymi z wiarygodnych źródeł i analiz. Odwołujący na takie dane się nie powołał. Co więcej, jego argumentacja jest niespójna. Odwołujący podnosi, że wskaźnik waloryzacji przekroczy zakładane przez zamawiającego 10% i wyniesie 13%, a jednocześnie wnosi o ustalenie tego wskaźnika do 40%. Nie wykazuje przy tym zasadności przyjętych założeń zarówno co do przyjętego limitu 13%, jak i 40%.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 16 pkt 2 oraz art. 441 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez naruszenie zasady przejrzystości i brak określenia okoliczności, w których zamawiający może skorzystać z prawa opcji, oraz naruszenie treści art. 353^1 i art. 5 K.c. w zw. z art. 8 ust. 1, art. 16 pkt 2 i 3, art. 431 oraz art. 441 ust. 1 ustawy poprzez określenie zbyt krótkiego terminu rozpoczęcia świadczenia usług w ramach prawa opcji, co stanowi naruszenie zasady proporcjonalności, stanowi uprzywilejowanie pozycji zamawiającego względem wykonawcy i naruszenie zasadę równowagi kontraktowej stron.

Odwołujący podniósł, że zamawiający określił rodzaj i zakres opcji, wskazując jakie usługi wchodzą w prawo opcji, ich zakres rzeczowy oraz wymaganą ilość dodatkowych pojazdów. Odnośnie okoliczności skorzystania z prawa opcji, specyfikacja i projektowane postanowienia umowy milczą, określając jedynie termin uprzedzenia o skorzystaniu z opcji oraz dość pojemny wyjątek od tego terminu. Wykonawca na podstawie postanowień s.w.z. nie ma więc podstaw do tego, aby móc przewidzieć w jakich sytuacjach i przy wystąpieniu

jakich okoliczności może spodziewać się skorzystania przez zamawiającego z prawa opcji. Wobec treści pkt 3.10 i §14 ust. 5 umowy, wykonawca musiałby być gotowy niemal w każdym momencie realizacji umowy do podołania obowiązkowi zorganizowania dodatkowych przewozów po otrzymaniu zawiadomienia zamawiającego. Przewidziany przez zamawiającego termin 21 dni jest bowiem zbyt krótki, aby móc przygotować realizację dodatkowych usług, których realizacja na etapie składania oferty i zawierania umowy nie jest przecież pewna. W zasadzie wykonawca musiałby również utrzymywać na stałe dodatkowych pracowników, którzy będą gotowi do natychmiastowego rozpoczęcia wykonywania obowiązków, jeśli zamawiający skorzysta z prawa opcji w trybie nagłym. W ocenie odwołującego, zasadnym byłoby więc wydłużenie podstawowego terminu uprzedzenia wykonawcy o skorzystaniu z prawa opcji do co najmniej 2 miesięcy oraz ustalenie, że dotychczasowy okres 21 dni to czas uprzedzenia dotyczący sytuacji nagłych. Zasadnym byłoby również uzupełnienie przez zamawiającego opisu okoliczności, w jakich rozważał będzie skorzystanie z prawa opcji, tak aby dać wykonawcy możliwość przewidzenia, że w danych okolicznościach może spodziewać się zgłoszenia żądania ze strony zamawiającego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że w dniu 26 maja 2022 roku dokonał modyfikacji s.w.z. w zakresie prawa opcji w szczególności poprzez doprecyzowanie okoliczności uprawniających do skorzystania z prawa opcji.

Odnosząc się do tej części zarzutu, w której odwołujący podniósł naruszenie zasady przejrzystości i brak określenia okoliczności, w których zamawiający może skorzystać z prawa opcji, Izba wskazuje, że w tym zakresie zamawiający doprecyzował postanowienia s.w.z., o czym poinformował pismem z dnia 26 maja 2022 roku. Tym samym zakwestionowany w odwołaniu zapis przestał istnieć, a zatem uwzględnienie tej części

zarzutu nie znajduje podstaw.

Odnosząc się do stanowiska odwołującego, iż zamawiający - ustalając termin realizacji zamówienia realizowanego w ramach prawa opcji naruszył zasadę proporcjonalności, zasadę równowagi kontraktowej stron oraz doprowadza do uprzywilejowania pozycji zamawiającego względem wykonawcy, Izba wskazuje, że

zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający jego uzasadnione potrzeby. Zamawiający realizuje określone cele statutowe i ma najlepszą wiedzę w zakresie tego, w jaki sposób mogą one zostać osiągnięte. To zamawiający jako gospodarz postępowania określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy, charakteryzujący cel jaki zamierza osiągnąć.

Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia nie ma obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia w sposób najdogodniejszy dla wykonawców. Prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie utrudnia części wykonawcom złożenie oferty. A zatem nie można przyznać wykonawcom uprawnienia do narzucania zamawiającym konkretnego określenia

ich potrzeb oraz sposobu ich opisania czy zapewnienia ich realizacji w specyfikacji

warunków zamówienia.

W tym miejscu wskazać należy, że ograniczenie wolności ułożenia stosunku prawnego wedle uznania stron polega jedynie na tym, że jego treść lub cel nie może sprzeciwiać się właściwości zobowiązania, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Jak wskazuje się w orzecznictwie, z zasady swobody umów wynika przyzwolenie na

faktyczną nierówność stron (wyrok SN z dnia 18 marca 2008 r., IV CSK 478/07).

Izba wskazuje, że zgodnie z art 353^1 K.c., strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. Przepisy ustawy P.z.p. modyfikują zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią specyficzne ograniczenie zasady swobody umów. Nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika expressis verbis z przepisów ustawy P.z.p. W umowie w sprawie zamówienia publicznego zamawiający może formułować postanowienia wyłącznie korzystne dla niego. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowany jest pogląd, że zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu prowadzi częstokroć do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z

prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy.

Podkreślić należy, że umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są uznawane za sui generis umowy adhezyjne (tak np.

Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 16 lipca 2016 roku sygn. akt: XXIII Ga 924/14 oraz Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 lutego 2016 roku sygn. akt II CSK 197/15).. Jak wskazał Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z 14 kwietnia 2008 r., X Ga 67/08 Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353^1 k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Składając ofertę zabezpiecza zatem swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę. Umowy zawierane w trybie udzielenia zamówienia publicznego zbliżone są w swym charakterze do kategorii umów przystąpienia (umów adhezyjnych). Dominująca pozycja Zamawiającego wynika nie, jak w przypadku umów adhezyjnych z przewagi ekonomicznej jednego z kontrahentów, a z faktu, iż jest stroną reprezentującą interes publiczny. Dla umów adhezyjnych charakterystyczne jest, iż najważniejsze ich warunki określa jeden z kontrahentów posługując się najczęściej ogólnymi warunkami umów. Podobnie w przypadku umów zawieranych w trybie udzielenia zamówienia publicznego - w specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy zawrzeć wszystkie istotne warunki przyszłej umowy. Zamawiający może wręcz załączyć do specyfikacji wzór (projekt) przyszłej umowy lub ogólne warunki umowy, jeżeli zamierza na takich warunkach zawrzeć umowę. W takim przypadku złożenie oferty jest równoznaczne ze zgodą kontrahenta na zawarcie umowy według wzorca umownego (art. 384 § 1 k.c.). Zasada równości, na którą powołuje się Skarżący nabiera na gruncie prawa zamówień publicznych zupełnie innego znaczenia. W myśl art. 7 PZP Zamawiający obowiązany jest do traktowania na równych prawach wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienia publiczne i do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. Powołany przez Skarżącego art. 7 PZP stanowić ma w założeniu swoistego rodzaju barierę przed nadużyciami ze strony Zamawiającego i wyraża dwie podstawowe zasady prawa zamówień publicznych - zasadę równości oraz zasadę uczciwej konkurencji. Zdecydowanym celem powyższych regulacji jest wyeliminowanie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jakichkolwiek elementów, które miałyby charakter dyskryminacyjny. Także w samym postępowaniu zmierzającym do wyłonienia wykonawcy musi być przestrzegana zasada niedyskryminacji. Można uznać, że postępowanie ma charakter dyskryminacyjny wówczas, gdy prowadzi do wyłączenia określonej kategorii potencjalnych wykonawców bez uzasadnionej przyczyny. Nie sposób przyjąć, że ustalenie istotnych warunków zamówienia następuje w sposób dowolny w drodze jednostronnej czynności Zamawiającego. Jednakże zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 PZP, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera istotne dla zamawiającego postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy. Zastosowane przez Zamawiającego kryteria spełniają warunek niedyskryminacji jeżeli są istotne z punktu widzenia rzeczywistych potrzeb zamawiającego. Zamówienia publicznego udziela się bowiem w ściśle określonym celu, dla zaspokojenia z góry oznaczonych potrzeb publicznych. Należy więc stwierdzić, że kształtowanie poszczególnych warunków kontraktu nie jest działaniem dowolnym, a ich treść musi mieć zawsze swoje uzasadnienie w istniejących potrzebach jednostki zamawiającej.

Wskazać należy, że w przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający w sposób dyskrecjonalny kształtuje większość essentialiae i incidentaliae negotii przygotowując własną

s.w.z. Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje w ten sposób ograniczona - przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może uwzględnić. Natomiast w przypadku, gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają, może do tego stosunku umownego - co jest jego fundamentalnym uprawnieniem - w ogóle nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu).

Z powyższego wynika, że odwołujący nie może domagać się zmian w projekcie umowy w zakresie terminu realizacji zamówienia w ramach prawa opcji, powołując się jedynie na brak równowagi kontraktowej i naruszenie zasady proporcjonalności. Z kolei podnoszone przez odwołującego trudności związane z organizacją pracy, zatrudnieniem pracowników czy zapewnieniem pojazdów nie stanowią o naruszeniu przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów, lecz stanowią ryzyko kontraktowe wykonawcy, które wykonawca winien uwzględnić kalkulując cenę ofertową.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 99 ust. 1 w zw. z art. 441 ust. 1 i 433 pkt 4 ustawy P.z.p., poprzez zastrzeżenie możliwości ograniczenia zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia na poziomie 15% przy jednoczesnym określeniu prawa opcji na poziomie 9,3% dla cz. I, 7% dla cz. II, 8,5% dla cz. III, co prowadzi do oceny o niejednoznacznym i utrudniającym kalkulację oferty określeniu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł, że zamawiający wprowadził szeroki zakres prawa opcji wynoszący odpowiednio dla kolejnych części zamówienia 9,3%, 7% oraz 8,5% (pkt 3.7 s.w.z.). Jednocześnie jednak zamawiający wprowadził możliwość ograniczenia pracy przewozowej, obejmującego 15% zakresu rzeczowego (pkt 3.4 s.w.z.). Przedmiot zamówienia, który będzie realizowany przez wykonawcę mieści się więc pomiędzy 85% zakresu rzeczowego a 109,3% tego zakresu dla części pierwszej i odpowiednio dla pozostałych części do 107% i 108,5% zakresu rzeczowego. Skutkiem takiego ukształtowania postanowień jest konieczność założenia na etapie oferowania kosztów realizacji pełnego podstawowego zakresu rzeczowego i pełnego zakresu rzeczowego wynikającego z prawa opcji, przy jednoczesnym ryzyku ograniczenia zakresu podstawowego o 15% i braku realizacji jakiejkolwiek części zakresu opcjonalnego. Zdaniem odwołującego usunięcie powyższego naruszenia powinno polegać na zmniejszeniu dopuszczalnego poziomu ograniczenia zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia z 15% do 10% (pkt 3.4 s.w.z.) przy odpowiednim zmniejszeniu prawa opcji o 5% w każdej z części (pkt 3.7 s.w.z.).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł, że opis przedmiotu zamówienia (OPZ) został skonstruowany w sposób zgodny z przepisami, jednocześnie pozwalający Zamawiającemu na ukształtowanie zakresu przedmiotu zamówienia w sposób gwarantujący elastyczną realizację zamówienia, dostosowaną do zmieniających się potrzeb zamawiającego w okresie obowiązywania umowy (96 miesięcy). Stwierdził, że głównym celem opisu przedmiotu zamówienia jest umożliwienie wykonawcom ustalenia co wchodzi w skład przedmiotu zamówienia, jaki jest jego zakres i jakie ewentualne ryzyka wynikają z realizacji przedmiotu zamówienia. OPZ skonstruowany w postępowaniu umożliwia zidentyfikowanie i oszacowanie takich ryzyk. W tym zakresie nie pozostawia on żadnych wątpliwości.

Izba podziela stanowisko zamawiającego. Izba ponownie podkreśla, że opis przedmiotu zamówienia jest tworzony przez zamawiającego, który jest uprawniony do tego, by uwzględnić w nim swoje faktyczne potrzeby. Jeżeli potrzebą zamawiającego było ustalenie pewnego zakresu, w ramach którego będzie miał możliwość ograniczenia lub rozszerzenia zamówienia, to mógł tego rodzaju rozwiązanie umieścić w opisie przedmiotu zamówienia. Izba wskazuje, że taki mechanizm nie jest zakazany przepisami ustawy P.z.p., w tym w szczególności przepisami, na które wskazał odwołujący. W przypadku tego zarzutu pozostaje adekwatna argumentacja i rozważania Izby wskazane wyżej, przy rozpoznawania zarzutu dotyczącego terminu realizacji przez zamawiającego prawa opcji.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....