

WYROK

z dnia 4 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2022 r. przez wykonawcę Arriva Bus Transport Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Malbork

orzeka:

- 1) Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 5 petitum odwołania, tj. naruszenia art. 436 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, ze zm.) poprzez brak wskazania łącznej maksymalnej wysokości kar umownych których mogą dochodzić strony i nakazuje Zamawiającemu - Gminie Malbork modyfikację § 6 Wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr A.3 do Specyfikacji Warunków Zamówienia poprzez dostosowanie treści projektowanego postanowienia umownego do regulacji art. 436 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.
- 2) W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.
- 3) Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego - Gminę Malbork w 1/4 części i odwołującego - wykonawcę Arriva Bus Transport Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu w 3/4 części i:
  - a) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Arriva Bus Transport Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu tytułem wpisu od odwołania,
  - b) zasądza od zamawiającego - Gminy Malbork na rzecz wykonawcy Arriva Bus Transport Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu kwotę 2 775 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące siedemset siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika procesowego.

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, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 1567/22

#### Uzasadnienie

Gmina Malbork, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „świadczenie usług transportowych dla dzieci dojeżdżających do placówek oświatowych Gminy Malbork 2”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 7 czerwca 2022 r., Nr 2022/BZP 00197095/01.

W dniu 13 czerwca 2022 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca Arriva Bus Transport Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego zarówno tych podjętych w postępowaniu, jak i tych zaniechanych przez Zamawiającego, polegających na:

- a) ustanowieniu niezgodnych z ustawą PZP zapisów Wzoru Umowy umożliwiających ograniczenie zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron,
- b) nieprecyzyjnym ukształtowaniu Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej jako „OPZ”) i dopuszczeniu do wprowadzenia przez Zamawiającego zmian w zakresie wykonywania usługi w sposób dowolny bez żadnych ograniczeń,
- c) nieprecyzyjnym ukształtowaniu postanowień Wzoru Umowy poprzez brak wskazania w jaki sposób, przez kogo i w jakim terminie Zamawiający będzie składał zapotrzebowanie, na podstawie którego zostaną wydrukowane bilety dla dzieci uprawnionych do korzystania z przewozów szkolnych,
- d) nadużyciu pozycji dominującej Zamawiającego poprzez ukształtowanie postanowień Wzoru Umowy dotyczącego wynagrodzenia minimalnego na rażąco niskim poziomie oraz w sposób niezrozumiały i nieprecyzyjny,

e) braku wskazania wymaganych przepisami prawa wszystkich elementów umowy, tj. łącznej maksymalnej wysokości kar umownych których mogą dochodzić strony pomimo tego, że jest to element obowiązkowy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 433 pkt 4 ustawy PZP, art. 99 ust. 1 ustawy PZP, art. 16 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 5 oraz art. 353<sup>1</sup> oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ustawy PZP poprzez ustanowienie niezgodnych z ustawą PZP zapisów Wzoru Umowy umożliwiających ograniczenie zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron poprzez wskazanie w § 1 ust. 3 Umowy oraz Rozdziale II ust. 2 lit. „B” Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”), że „w przypadku zwiększenia ilości dowożonych uczniów Przewoźnik musi zapewnić ich dowóz na warunkach podanych w ofercie. Z tytułu zmniejszenia ilości dowożonych uczniów Usługobiorca nie przewiduje ponoszenia dodatkowych opłat z tego tytułu”, bez wprowadzenia żadnych ograniczeń w zakresie zmiany liczby przewożonych uczniów co stanowi nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego,

2) art. 99 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 5 oraz art. 353<sup>1</sup> oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ustawy PZP poprzez ustanowienie niezgodnych z ustawą PZP zapisów Wzoru Umowy w § 1 ust. 3 Umowy (str. 4) oraz Rozdziale II ust. 2 lit. „B” SWZ (str. 5) „że Usługobiorca zastrzega prawo zmiany liczby przewożonych uczniów na poszczególnych liniach w zależności od potrzeb zgłaszanych przez szkoły (podana liczba dzieci jest orientacyjna), zmiany przebiegu linii komunikacyjnych i rozkładu jazdy oraz wyznaczenia nowych przystanków” bez wprowadzenia żadnych ograniczeń w tym zakresie co oznacza, że OPZ jest opisany w sposób nieprecyzyjny a kwestionowane zapisy stanowią nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego,

3) art. 99 ust. 1 ustawy PZP poprzez brak w OPZ wskazania w jaki sposób, przez kogo i w jakim terminie Zamawiający będzie składał zapotrzebowanie, na podstawie którego zostaną wydrukowane bilety dla dzieci uprawnionych do korzystania z przewozów szkolnych co oznacza, że OPZ został ukształtowany w sposób nieprecyzyjny,

4) art. 5 oraz art. 353<sup>1</sup> oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ustawy PZP oraz art. 99 ust. 1 ustawy PZP poprzez nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego poprzez ukształtowanie postanowień Wzoru Umowy dotyczącego wynagrodzenia minimalnego na rażąco niskim poziomie poprzez ustalenie, że w § 13 ust. 13 pkt 4 lit. c poprzez określenie, że Umniejszenie wynagrodzenia w przypadkach, gdy Przewoźnik nie będzie wykonywał przewozu w dniach lub okresach i na liniach wskazanych przez Usługobiorcę, w których przewóz jest bezcelowy z uwagi na ograniczenie związane z wystąpieniem stanu epidemii i wynikające z tego całkowite zamknięcie szkół (dyrektorzy nie zgłaszają żadnej listy dzieci do przewozu), nastąpi przez ustalenie minimalnej wartości świadczenia stanowiącej równowartość liczby zamówionych biletów miesięcznych w ilości 15 sztuk x kwota brutto jednego biletu na cały pełny miesiąc (licząc od pierwszego do upływu ostatniego dnia danego miesiąca)” co jest niezrozumiałe i nieprecyzyjne i powoduje, że naruszona została także zasada ekwiwalentności świadczeń stron wynikających z umowy wzajemnej wyrażona w art. 487 § 2 k.c. i stanowi nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego,

5) art. 436 pkt 3 oraz pkt 4 ustawy PZP poprzez brak wskazania łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony pomimo ustawowego obowiązku.

W konsekwencji postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie swojego odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmianę SWZ w następujący sposób:

1) poprzez zmianę § 1 ust. 3 Umowy oraz Rozdziale II ust. 2 lit. „B” SWZ i dodanie, że

„zmiana ilości dowożonych uczniów nie może przekroczyć +/-10 % oraz że w przypadku zmniejszenia ilości dowożonych uczniów ponad 10% Usługobiorca zobowiązuje się do uiszczenia rekompensaty w wysokości odpowiadającej wynagrodzeniu Przewoźnika które by otrzymywał gdyby nie doszło do ww. zmiany”

2) poprzez zmianę § 1 ust. 3 Umowy oraz Rozdziale II ust. 2 lit. „B” SWZ i dodanie, że

„prawo zmiany liczby przewożonych uczniów na poszczególnych liniach w zależności od potrzeb zgłaszanych przez szkoły (podana liczba dzieci jest orientacyjna), zmiany przebiegu linii komunikacyjnych i rozkładu jazdy oraz wyznaczenia nowych przystanków nie może przekroczyć 10 % wielkości zamówienia, zmiany przekraczające ww. wartość wymagają zgody Przewoźnika wyrażonej na piśmie”,

3) poprzez zmianę § 1 ust. 3 Wzoru Umowy i dodanie, że „Liczba uczniów dowożonych do szkół na dany miesiąc określana będzie na podstawie zapotrzebowania składanego Wykonawcy przez placówki oświatowe w terminie do ostatniego dnia miesiąca poprzedzającego”,

4) poprzez zmianę § 13 ust. 13 pkt 4 lit. c Wzoru Umowy poprzez określenie, że „Zmniejszenie wynagrodzenia w przypadkach, gdy Przewoźnik nie będzie wykonywał przewozu w dniach lub okresach i na liniach wskazanych przez Usługobiorcę, w których przewóz jest bezcelowy z uwagi na ograniczenie związane z wystąpieniem stanu epidemii i wynikające z tego całkowite zamknięcie szkół (dyrektorzy nie zgłaszają żadnej listy dzieci do przewozu), nastąpi przez ustalenie minimalnej miesięcznej wartości świadczenia stanowiącej równowartość 50% miesięcznego wynagrodzenia całkowitego netto wskazanego w § 4 ust. 1 Wzoru Umowy”,

5) poprzez dodanie ust. 7 do § 6 i określenie, że „Łączna suma naliczonych kar umownych, nałożonych przez cały okres realizowania Umowy nie przekroczy miesięcznego wynagrodzenia całkowitego netto wskazanego w § 4 ust. 1 Wzoru Umowy”.

W uzasadnieniu zarzutu zawartego w punkcie 1 petitum odwołania Odwołujący podał, że postanowieniem niedozwolonym w świetle art. 433 pkt 4 ustawy PZP jest wprowadzenie do

umowy postanowień związanych z możliwością ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczeń stron. W ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył przywołany przepis poprzez wskazanie w § 1 ust. 3 Umowy (str. 4) oraz Rozdziale II ust. 2 lit. „B” SWZ (str. 5), że „w przypadku zwiększenia ilości dowożonych uczniów Przewoźnik musi zapewnić ich dowóz na warunkach podanych w ofercie. Z tytułu zmniejszenia ilości dowożonych uczniów Usługobiorca nie przewiduje ponoszenia dodatkowych opłat z tego tytułu”. Zdaniem Odwołującego Zamawiający wprowadzając to postanowienie doprowadził do sytuacji, w której nie jest znany wolumen zamówienia. Powołał się przy tym orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w którym ukształtowała się zasada, że zakazane jest redagowanie postanowień umowy o zamówienie publiczne w taki sposób, że zakres czy wolumen zamówienia zależy w całości od zdarzeń przyszłych i niepewnych (wyrok z dnia 6 listopada 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2177/14).

Ponadto dodał, że w tego rodzaju przetargach wykonawcy kalkulują cenę oferty na podstawie tras przewozu, częstotliwości kursowania oraz postawionych wymagań zdolności technicznej i zawodowej (liczba i rodzaj autobusów, liczba kierowców). Cena biletu określana jest zatem poprzez podzielenie ceny oferty przez prognozowaną liczbę biletów miesięcznych zadeklarowaną przez zamawiającego, w związku z czym spadek liczby biletów w stosunku do prognozy oznacza dla wykonawców niższe przychody. W konsekwencji w jego ocenie uzależnienie wynagrodzenia wykonawcy od liczby uczniów objętych dowożeniem przy równoczesnym zastrzeżeniu, że zamawiający może dowolnie ograniczyć liczbę dowożonych dzieci i nie należy się Wykonawcy z tego tytułu żadna rekompensata stanowi naruszenie art. 433 pkt 4 ustawy PZP. Jego zdaniem praktyka polegająca na zaprojektowaniu postanowienia umownego, które przewiduje możliwość samodzielnego, jednostronnego decydowania przez zamawiającego o ograniczeniu zakresu świadczenia w trakcie realizacji zamówienia, jeśli w umowie nie jest wskazana minimalna gwarantowana wielkość lub wartość świadczenia stron, jest niedozwolona.

Odwołujący wskazał również, że aktualna treść zapisów Wzoru Umowy nakłada na wykonawców zbyt duże ryzyko, albowiem każdy zainteresowany wykonaniem przedmiotowego zamówienia przedsiębiorca nie może przewidzieć, jaki będzie rzeczywisty zakres wykonania usług, w związku z czym nie jest w stanie oszacować swoich przychodów z ewentualnego wykonywania przedmiotowej usługi. I tym samym nie ma możliwości złożenia rentownej i rynkowej oferty cenowej. Jego zdaniem wykonawcy na etapie składania oferty powinien mieć pewność przynajmniej co do orientacyjnego zakresu wykonywania usługi. Niedopuszczalna jest pełna dowolność w zmianie zakresu wykonania zamówienia publicznego. Natomiast postępowanie Zamawiającego uniemożliwia sporządzenie i należytą wycenę oferty.

W sposób szczególnie krytyczny Odwołujący ocenił ocenę zapis Wzoru Umowy o tym, że liczba uczniów korzystających z usługi / zamawianych biletów może być dowolnie zmieniana przy jednoczesnym zastrzeżeniu, że wykonawca bez względu na charakter i wielkość tej zmiany musi zapewnić ich dowóz i odwóz na warunkach określonych w ofercie. Według Odwołującego takie zapisy utrudniają kalkulację oferty i wprowadzają niepotrzebne niewiadome. Zamawiający ma obowiązek uwzględnić i podać wszystkie informacje, mające wpływ na sporządzenie oferty i skalkulowanie ceny. Jeżeli istnieje pewne ryzyko co do zakresu usługi w całym okresie jej realizacji, to nie może być ono w całości przerzucane na wykonawcę, który powinien mieć pewność w odniesieniu do stałych elementów, pozwalających na przyjęcie założeń kalkulacyjnych ekonomiczności kontraktu za zaoferowaną cenę. Natomiast jego zdaniem zakwestionowane postanowienia Wzoru Umowy dopuszczające właściwie dowolną zmianę zakresu wykonywanej usługi sprzeciwiają się zasadzie pewności obrotu. Powołał się przy tym na tezy wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 13 września 2005 r. w sprawie o sygn. akt V Ca 1110/04.

Na koniec uzasadnienia pierwszego zarzutu Odwołujący dodał, że jeżeli Zamawiający przewiduje możliwość jednostronnego ograniczenia zakresu zamówienia, to powinien określić minimalną wartość lub wielkość świadczenia stron umowy. W ten sposób Zamawiający zapewniłby realizację zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców określonej w art. 16 pkt 1 ustawy PZP. Stanowiłoby to też uczynienie zadość obowiązkowi wynikającemu z art. 99 ust. 1 ustawy PZP i umożliwiłoby wykonawcom prawidłowe sporządzenie ofert. W konsekwencji wprowadzenie postanowień w kształcie zaproponowanym przez Odwołującego jego zdaniem korzystnie wpłynęłoby na wykonanie zamówienia przez każdego potencjalnego wykonawcę. Natomiast brak tych zapisów stanowi kolejne ryzyko, którym niepotrzebnie będzie obciążony każdy potencjalny wykonawca.

W uzasadnieniu zarzutu zawartego w punkcie 2 petitum odwołania Odwołujący wskazał, że zastrzeżenie sobie przez Zamawiającego prawa do zmiany liczby przewożonych uczniów na poszczególnych liniach w zależności od potrzeb zgłaszanych przez szkoły, zmiany przebiegu linii komunikacyjnych i rozkładu jazdy oraz wyznaczenia nowych przystanków jest niezgodne z art. 99 ust. 1 ustawy PZP. Powołał się przy tym na tezy wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 kwietnia 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 479/19. Dodał, że SWZ będący dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wyznacza obowiązki wykonawców, jakie ciążyą na nich w związku z chęcią uczestniczenia w postępowaniu, warunki jakim wykonawcy muszą sprostać oraz wskazuje dokumenty, które należy złożyć aby uczestniczyć w postępowaniu. Z tego też względu postanowienia SWZ powinny być precyzyjne i jasne w swej treści, zaś zapisy SWZ należy czytać w sposób dosłowny. Zdaniem Odwołującego na zamawiającym ciąży obowiązek opracowania treści SWZ w taki, aby sposób aby była ona pozbawiona pola do domysłów i do dedukcji przez wykonawców, bez potrzeby prowadzenia procesu wnioskowania, co należałoby uczynić w jej wykonaniu, aby ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Powołując się na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lipca 2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO/KD 62/12 ocenił, że w tym postępowaniu Zamawiający nie sprostał tego rodzaju obowiązkowi.

Ponadto Odwołujący podniósł, że aktualna treść zapisów OPZ uzależnia w całości zakres wykonywanej usługi od zdarzeń przyszłych i niepewnych, co jego zdaniem jest niedopuszczalne. Zamawiający bowiem przerzuca na potencjalnego wykonawcę całość ryzyka związanego z realizacją zamówienia. Jest to zbyt duże ryzyko, które utrudnia prawidłowe skalkulowanie oferty i dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym w sposób prawidłowy wykonać przedmiot zamówienia. Powołał się przy tym na tezy wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2358/18.

W ocenie Odwołującego uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania warunków

umowy, które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego. Zwrócił przy tym uwagę na tezy wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 listopada 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2177/14, a także tezy wyroku z dnia 8 listopada 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2196/18.

Na koniec uzasadnienia drugiego zarzutu Odwołujący dodał, że wprowadzenie do SWZ żądanej przez Odwołującego zmiany jest konieczne do kalkulacji rentownej ceny ofertowej i udziału w przedmiotowym postępowaniu wykonawców zdolnych do realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego. Zaproponowane przez rozwiązania polegające na wprowadzeniu ograniczeń w zmianie warunków wykonywania umowy do 10 % wielkości zamówienia mają ustanowić ramy, w których potencjalny wykonawca będzie mógł się poruszać. Wskazał, że propozycja Odwołującego wprowadzająca margines dopuszczalnych zmian bez konieczności zmiany umowy ma służyć zachowaniu zasady pewności obrotu. W jego ocenie wprowadzenie jednego z zaprezentowanych w odwołaniu rozwiązań umożliwi każdemu potencjalnemu wykonawcy oszacowanie przychodów, które może osiągnąć z wykonania przedmiotowej usługi, a tym samym umożliwi mu to skonstruowanie oferty.

W uzasadnieniu zarzutu zawartego w punkcie 3 petitum odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie zawarł w OPZ w jaki sposób, przez kogo i w jakim terminie Zamawiający będzie składał zapotrzebowanie, na podstawie którego zostaną wydrukowane bilety dla dzieci

uprawnionych do korzystania z przewozów szkolnych co oznacza, że OPZ został ukształtowany w sposób nieprecyzyjny, a co narusza art. 99 ust. 1 ustawy PZP. Zamawiający nie podał obowiązkowi opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny (tj. precyzyjnie określony, niebudzący wątpliwości) i wyczerpujący (tj. przedstawiający przedmiot zamówienia w sposób wszechstronny i szczegółowy). Zamawiający nie uwzględnił również wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na wykonanie zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutu zawartego w punkcie 4 petitum odwołania Odwołujący wskazał, że ustalenie minimalnego wynagrodzenia na tak niskim poziomie, jak uczynił to Zamawiający, jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego jak i przepisami. Podniósł, że umowy w sprawie zamówienia publicznego są umowami wzajemnymi. Ich charakterystyczną cechą jest to, że

każda ze stron zobowiązana jest do świadczenia na rzecz drugiej, uznawanego za odpowiednik

tego, co sama otrzymuje (art. 487 § 2 k.c.), czyli że świadczenia powinny być ekwiwalentne (równoważne). Dodał, że kwestionowane przez Odwołującego zapisy mogą być sprzeczne z zasadami współzycia społecznego. Wskazał, że w przypadku, gdy doszło do naruszenia obiektywnej ekwiwalentności świadczeń, możliwe jest zastosowanie przepisów o wyzysku i można również oceniać treść czynności prawnej w kontekście zasad współzycia społecznego.

W uzasadnieniu zarzutu zawartego w punkcie 5 petitum odwołania Odwołujący podał, że zgodnie z art. 436 pkt 3 ustawy PZP umowa powinna określać też łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony, natomiast Wzór Umowy sporządzony przez Zamawiającego nie zawierał tego typu postanowień.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, w tym w szczególności postanowienia SWZ wraz z załącznikami, pytania Odwołującego do SWZ z dnia 10 czerwca 2022 r. i odpowiedź Zamawiającego z dnia 13 czerwca 2022 r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikająca z art. 528 ustawy PZP.

Izba stwierdziła również, że wypełnione zostały przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 PZP.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła również stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony oraz uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w piśmie procesowym z dnia 24 czerwca 2022 r. stanowiącym odpowiedź na odwołanie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający - Gmina Malbork prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na

„świadczenie usług transportowych dla dzieci dojeżdżających do placówek oświatowych Gminy

Malbork 2”. Numer referencyjny tego zamówienia to PP2227/DD2/2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 7 czerwca 2022 r., nr 2022/BZP 00197095/01.

Szczegółowy zakres i przedmiot zamówienia został opisany przez Zamawiającego w Rozdziale II SWZ.

W świetle ust. 1 (Opis przedmiotu zamówienia) przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług transportowych dla dzieci uczęszczających do placówek oświatowych Gminy Malbork, na trasie z domu do placówek oświatowych Gminy Malbork i z placówek oświatowych Gminy Malbork do domu wraz z zapewnieniem opieki w czasie dowożenia we wszystkie dni realizacji zajęć szkolnych i przedszkolnych od 01.09.2022 r. do 30.06.2023 r.

Zgodnie z ust. 2 (Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia) przedmiotem zamówienia jest świadczenie w ramach regularnych przewozów osób usług w zakresie dowozu i opieki w czasie przewozu dzieci uczęszczających do placówek oświatowych Gminy Malbork: do Szkoły Podstawowej w Gminie Malbork i Szkoły Podstawowej w Nowej Wsi Malborskiej, na trasie z domu do szkoły i z powrotem począwszy od dnia 01 września 2022 r. do dnia 30 czerwca 2023 r. poprzez sukcesywny zakup biletów miesięcznych z uwzględnieniem ewentualnie

przysługujących tym uczniom ulg ustawowych w przewozach transportem publicznym, określonych w ustawie z dnia 20 czerwca 1992 r. o uprawnieniach do ulgowych przejazdów środkami publicznego transportu zbiorowego. Dowożeniem objęte są dzieci uczęszczające do szkół i oddziałów przedszkolnych - w Szkole Podstawowej w Gminie Malbork, ul. Główna 5, 82-200 Malbork oraz Szkole Podstawowej w Nowej Wsi Malborskiej, ul. Moniuszki 24, 82-200 Nowa Wieś Malborska. Wykonywanie przewozów odbywać się będzie na utworzonych przez Wykonawcę liniach komunikacyjnych, w ramach przewozów regularnych (pkt 1).

Realizacja usługi nie wyłącza prawa Wykonawcy do świadczenia usług transportowych wobec innych osób na podstawie stosownych zezwoleń uzyskanych zgodnie z ustawą z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym, jednakże Wykonawca zobowiązany jest do

zapewnienia pierwszeństwa przejazdu na danej trasie dzieciom uczęszczającym do szkoły lub

oddziału przedszkolnego oraz ilość wolnych miejsc siedzących koniecznych dla bezpiecznego i terminowego przewozu dzieci do szkół podczas wykonywania powierzonego zadania (pkt 2).

W punkcie 3 Rozdziału II SWZ został sformułowany dokładny harmonogram planowanych dowozów w godzinach porannych i odwozów w godzinach popołudniowych dzieci w wieku od 3 do 6 lat i uczniów klasy od I do VIII dotyczący Szkoły Podstawowej w Gminie Malbork i Szkoły Podstawowej w Nowej Wsi Malborskiej. Jednocześnie w tym punkcie Zamawiający zastrzegł prawo zmiany liczby przewożonych uczniów na poszczególnych liniach w zależności od potrzeb zgłaszanych przez szkoły (podana liczba dzieci jest orientacyjna), zmiany przebiegu linii komunikacyjnych i rozkładu jazdy oraz wyznaczenia nowych przystanków, a ponadto, że w przypadku zwiększenia ilości dowożonych uczniów wykonawca musi zapewnić ich dowóz na warunkach podanych w ofercie, a z tytułu zmniejszenia ilości dowożonych uczniów zamawiający nie przewiduje ponoszenia dodatkowych opłat z tego tytułu.

Zastrzeżenia te znalazły odzwierciedlenie w postanowieniu § 1 ust. 3 Wzoru Umowy.

Jednocześnie w punkcie 4 Rozdziału II SWZ Zamawiający przewidział mechanizm gwarantujący wykonawcy uzyskanie minimalnego świadczenia w razie wystąpienia nadzwyczajnych

okoliczności związanych z epidemią. Zamawiający określił, że wykonawcy nie przysługują żadne roszczenia w stosunku do Zamawiającego w przypadku zmiany liczby zapotrzebowanych biletów miesięcznych lub nie zamówienia żadnych biletów miesięcznych z powodu okoliczności związanych z wystąpieniem epidemii, w tym m.in. wirusa SARS-CoV-2 lub choroby wywołanej tym wirusem (COVID-19) oraz naprzemiennego tzw. „hybrydowego” lub zdalnego nauczania, z zastrzeżeniem minimalnej ilości świadczeń, o której mowa w projekcie umowy będącym załącznikiem nr 3 do SWZ.

W § 13 ust. 13 pkt 4 Wzoru Umowy zostało zapisane, że usługobiorca, po stwierdzeniu, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19 wpływają na należyte wykonanie umowy w uzgodnieniu z przewoźnikiem dokonuje zmiany umowy, w szczególności przez:

- a) zmianę terminu wykonania umowy lub jej części, lub czasowe zawieszenie wykonywania umowy lub jej części,
- b) zmianę sposobu wykonywania usług,
- c) zmianę zakresu świadczenia wykonawcy i odpowiadającą jej zmianę wynagrodzenia lub sposobu rozliczenia wynagrodzenia wykonawcy - o ile wzrost wynagrodzenia spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekroczy 50% wartości pierwotnej umowy; zmniejszenie wynagrodzenia w przypadkach, gdy przewoźnik nie będzie wykonywał przewozu w dniach lub okresach i na liniach wskazanych przez usługobiorcę, w których przewóz jest bezcelowy z uwagi na ograniczenie związane z wystąpieniem stanu epidemii i wynikające z tego całkowite

zamknięcie szkół (dyrektorzy nie zgłaszają żadnej listy dzieci do przewozu), nastąpi przez ustalenie minimalnej wartości świadczenia stanowiącej równowartość liczby zamówionych biletów miesięcznych w ilości 35 sztuk x kwota brutto jednego biletu na cały pełny miesiąc (licząc od pierwszego do upływu ostatniego dnia danego miesiąca),

d) w przypadku stwierdzenia, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19 mogą wpłynąć na należyte wykonanie umowy, usługobiorca, w uzgodnieniu z przewoźnikiem, może dokonać zmiany umowy zgodnie z pkt 4.

Zmiana minimalnej wartości świadczenia stanowiącej równowartość liczby zamówionych biletów miesięcznych, o której mowa w § 13 ust. 13 pkt 4 Wzoru Umowy, z 15 sztuk biletów na 35 sztuk biletów została dokonana w dniu wniesienia odwołania przez Odwołującego (okoliczność wynikająca z odpowiedzi Zamawiającego z dnia 13 czerwca 2022 r. na pytania Odwołującego do SWZ z dnia 10 czerwca 2022 r., okoliczność niesporna między Stronami, przyznana również na rozprawie).

W § 6 Wzoru Umowy Zamawiający przewidział katalog kar umownych:

1) w przypadku nie wywiązania się przez przewoźnika bez zbędnej zwłoki z obowiązku opisanego w § 2 pkt 12 Umowy, usługobiorca zapewni zastępczy środek transportu we własnym zakresie, a przewoźnik zobowiązany będzie do pokrycia poniesionych przez Usługobiorcę kosztów w całości w terminie 7 dni; ponadto takie działanie przewoźnika stanowić będzie podstawę rozwiązania przez usługobiorcę zawartej umowy i usługobiorcy przysługiwać będzie prawo do naliczenia przewoźnikowi kary umownej w wysokości 15 tys. zł brutto,

2) w przypadku rozwiązania umowy przez usługobiorcę z winy przewoźnika, usługobiorcy przysługuje prawo do naliczenia przewoźnikowi kary umownej w wysokości 20 tys. zł,

3) w przypadku rozwiązania umowy przez przewoźnika z winy usługobiorcy, przewoźnikowi przysługuje prawo do naliczenia Usługobiorcy kary umownej w wysokości 20 tys. zł,

4) w przypadku odstąpienia od umowy przez przewoźnika, usługobiorcy przysługuje prawo do naliczenia wykonawcy kary umownej w wysokości 20 tys. zł,

5) w przypadku niepotwierdzenia - na żądanie usługobiorcy - przez przewoźnika zatrudnienia w oparciu o umowę o pracę osoby/osób, które wykonują czynności w zakresie realizacji przedmiotu umowy, usługobiorcy przysługuje prawo do naliczenia przewoźnikowi kary umownej w wysokości 2 tys. zł.

Nadto zostało zastrzeżone, że należne kary umowne mogą zostać potrącone z wynagrodzenia należnego Przewoźnikowi.

W związku z odwołaniem wniesionym przez Odwołującego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający dokonał zmiany ogłoszenia o zamówieniu i wydłużył termin składania ofert do dnia 8 lipca 2022 r.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Ze względu na cofnięcie na posiedzeniu zarzutu zawartego w punkcie 3 petitum odwołania złożonego w dniu 13 czerwca 2022 r. przez wykonawcę Arriva Bus Transport Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu Izba rozpoznała merytorycznie odwołanie w zakresie zarzutów podniesionych w punktach nr 1, 2, 4 i 5 petitum odwołania.

Izba uznała odwołanie za uzasadnione w części, tj. w zakresie zarzutu naruszenia art. 436 pkt 3 ustawy PZP (zarzut nr 5). W zakresie zarzutów opisanych w punktach nr 1, 2 i 4 petitum odwołania Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów prawa, wobec tego zarzuty te zostały oddalone.

Zgodnie z regulacją art. 559 ust. 2 ustawy PZP uzasadnienie orzeczenia Izby zawiera wskazanie podstawy prawnej orzeczenia z przytoczeniem przepisów prawa.

Według art. 436 pkt 3 ustawy PZP umowa zawiera postanowienia określające w szczególności łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony.

Rzeczywiście projektowany § 6 Wzoru Umowy nie zawiera osobnego ustępu, w którym zostałoby sformułowane postanowienie o łącznej maksymalnej wysokości kar umownych. Stąd też Izba nakazała Zamawiającemu dostosowanie tego paragrafu umowy do regulacji ustawowej.

Jedynie na marginesie należy wskazać, że na rozprawie w dniu 4 lipca 2022 r. Zamawiający oświadczył, iż w wydłużonym przez niego terminie składania ofert (tj. do dnia 8 lipca 2022 r.) dokona modyfikacji Wzoru Umowy w zakresie kar umownych zgodnie z żądaniem odwołania. Niemniej Izba nie mogła uznać takiego oświadczenia jako uwzględnienia zarzutu odwołania w rozumieniu regulacji art. 522 ust. 4 zdanie pierwsze ustawy PZP. Po pierwsze ze strony Zamawiającego nie padło wyraźne procesowe stwierdzenie, że uwzględnia on ten zarzut odwołania. Po drugie zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Na dzień zamknięcia rozprawy Izba nie posiadała żadnego dowodu na to, że Zamawiający rzeczywiście zmienił treść SWZ i Wzoru Umowy w zakresie dotyczącym kar umownych zgodnie z żądaniem Odwołującego zawartym w jego odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała zatem za uzasadniony zarzut naruszenia art. 436 pkt 3 ustawy PZP.

Pozostałe zarzuty odwołania będące przedmiotem rozpoznania Izby okazały się niezasadne.

Z uwagi na to, że zarzuty nr 1, 2 i 4 odwołania zostały głównie oparte na konstrukcji naruszenia art. 99 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 5, art. 353<sup>1</sup> i art. 487 § 2 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 8 ustawy PZP Izba dokona zbiorczego omówienia tych zarzutów.

Art. 99 ust. 1 ustawy PZP stanowi, że 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.

Art. 433 pkt 4 ustawy PZP stanowi, że projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Zgodnie z art. 5 Kodeksu Cywilnego nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia

społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Według art. 353<sup>1</sup> Kodeksu Cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze)

stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Art. 487 § 2 Kodeksu Cywilnego stanowi zaś, że umowa jest wzajemna, gdy obie strony

zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej.

Art. 8 ust. 1 ustawy PZP zawiera zaś odesłanie do przepisów Kodeksu Cywilnego stwierdzając, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników

konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach

zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny,

jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Analiza uzasadnienia zarzutów postawionych przez Odwołującego w punktach 1, 2 i 4 petitum odwołania, przy uwzględnieniu jego ustnego stanowiska wyrażonego na rozprawie, prowadzi do wniosku, że naruszenia przepisów prawa przez Zamawiającego upatruje on przede wszystkim w nieprecyzyjnym i niejasnym ukształtowaniu OPZ oraz nadużyciu pozycji dominującej przez Zamawiającego, przy jednoczesnym naruszeniu zasady ekwiwalentności świadczeń.

W ocenie Izby Zamawiający w niniejszej sprawie ukształtował przedmiot zamówienia zgodnie ze swoimi potrzebami, w sposób wystarczająco dokładny, precyzyjny i nie stwarzający wątpliwości interpretacyjnych dla przeciętnego przedsiębiorcy uczestniczącego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Biorąc pod uwagę specyfikę zamawianej usługi i wciąż trwający stan zagrożenia epidemicznego na terytorium Polski Zamawiający miał pełne prawo do tego, żeby w treści SWZ i Wzoru Umowy przewidzieć odpowiednie postanowienia na wypadek zmiany sytuacji epidemicznej w kraju, która miałaby wpływ na należyte wykonanie umowy, a tym samym na zmianę zakresu praw i obowiązków stron umowy. Chodzi właśnie o zakwestionowane przez Odwołującego postanowienia SWZ i Wzoru Umowy dotyczące zmiany liczby przewożonych uczniów / dzieci (ich zwiększenia lub zmniejszenia) na poszczególnych liniach w zależności od potrzeb zgłaszanych przez szkoły, zmiany przebiegu linii komunikacyjnych i rozkładu jazdy oraz wyznaczenia nowych przystanków. Odwołujący nie wykazał w odwołaniu, na czym dokładnie miałyby polegać niejasność czy nieprecyzyjność zakwestionowanych postanowień. W ocenie Izby w stanie faktycznym tej sprawy podnoszony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 ustawy PZP jest bardziej przejawem jego niezadowolenia wynikającego z jego zdaniem nierównomiernego i niesprawiedliwego rozłożenia ciężarów i ryzyka mogącego mieć wpływ na realizację tego konkretnego zamówienia, a nie z rzeczywistej niedokładności opisu przedmiotu zamówienia. Podkreślić należy, że środki ochrony prawnej przewidziane w ustawie PZP służą wyłącznie ochronie wykonawców przed niezgodnymi z prawem działaniami lub zaniechaniami zamawiających i nie mogą one stanowić prawnego narzędzia służącego kształtowaniu przez wykonawców korzystnych dla siebie postanowień umownych. Takie dążenia wykonawców nie korzystają z ochrony prawnej i nie mogą stanowić podstawy uwzględnienia odwołania.

Reasumując, według Izby Odwołujący poprzez wniesienie środka ochrony prawnej zmierzał do przymuszania korzystnych dla siebie postanowień SWZ i Wzoru Umowy i ukształtowania ich w taki sposób, który zapewniłby mu wręcz brak jakiegokolwiek realnego ryzyka gospodarczego w wykonaniu zamówienia, w tym także minimalizację zagrożenia osiągnięcia zysku na mało satysfakcjonującym poziomie.

Ponadto wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający wyraźnie wskazał w dokumentacji postępowania minimalną wartość świadczenia stron. Taka wartość została określona w § 13 ust. 13 pkt 4 lit. c) Wzoru Umowy na wypadek wystąpienia przeszkód w realizacji zamówienia, gdyby

zostały wprowadzone ograniczenia związane z wprowadzeniem stanu epidemii oraz wynikające z tego całkowite zamknięcie szkół.

Mając powyższe na względzie zarzut dotyczący naruszenia art. 99 ust. 1 i art. 433 pkt 4 ustawy PZP nie mógł okazać się skuteczny.

Tak samo nietrafione okazały się zarzuty odwołania dotyczące naruszenia norm prawa cywilnego, w których Odwołujący doszukuje się naruszenia zasady ekwiwalentności świadczeń wzajemnych, tj. art. 5, art. 353<sup>1</sup> i art. 487 § 2 Kodeksu Cywilnego, które w sprawach z zakresu zamówień publicznych znajdują zastosowanie na mocy art. 8 ust. 1 ustawy PZP.

W pierwszej kolejności należy uczynić zastrzeżenie, że zdaniem Izby art. 487 § 2 Kodeksu Cywilnego nie może stanowić wzorca kontroli ekwiwalentności świadczeń stron umowy. Przepis ten zawiera jedynie definicję umowy wzajemnej (tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 czerwca 2019 r. w sprawie o sygn. akt I NSNc 7/19). Poza tym w orzecznictwie sądowym zostało powszechnie przyjęte, że przepisy Kodeksu Cywilnego dotyczące umów wzajemnych nie wymagają, aby świadczenia stron były obiektywnie równoważne. Interesy stron przed skutkami kwalifikowanej dysproporcji świadczeń zabezpiecza art. 388 Kodeksu Cywilnego dotyczący wзыску. W świetle tego przepisu strona może żądać unieważnienia umowy jedynie wówczas, gdy wartość jej świadczenia w rażąco stopniu przewyższa wartość świadczenia strony przeciwnej. Oczywiście jest to możliwe dopiero w przypadku spełnienia pozostałych przesłanek zawartych w tym przepisie. Dodać tu trzeba, że treść umów wzajemnych podlega takim samym ograniczeniom, jakim podlegają wszystkie czynności prawne z mocy art. 58 Kodeksu Cywilnego (tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 maja 2004 r. w sprawie o sygn. akt III CK 47/03). Z treści uzasadnienia odwołania nie wynikają w ogóle kwalifikowane okoliczności, które miałyby swoje odbicie w skonkretyzowanych zasadach mających swoje źródło w zasadach współżycia społecznego, a które w konsekwencji uprawniałyby Izbę do zastosowania regulacji prawnych służących zapobieżeniu istnienia rażąco dysproporcji świadczeń wzajemnych stron umowy. Samo ogólnikowe, do tego wielokrotnie powoływanie się przez Odwołującego na niezgodność niektórych postanowień SWZ i Wzoru Umowy z zasadami współżycia społecznego, ale bez wyraźnego wskazania jakie konkretnie zasady miał naruszyć Zamawiający i bez uzasadnienia w jaki sposób to naruszenie miało nastąpić, jest w przekonaniu Izby niewystarczające.

W dalszej kolejności wskazać należy, że w polskim porządku prawnym obowiązuje zasada swobody umów. Jak już była o tym mowa powyżej w myśl art. 353<sup>1</sup> Kodeksu Cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się naturze stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Z zasady swobody umów wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron, a więc brak ekwiwalentności ich wzajemnej sytuacji prawnej. Akceptacja przez strony takiej nieekwiwalentnej ich sytuacji, głównie negocjacyjnej, nie oznacza, że każdorazowo należy chronić podmiot, który zdecydował się jednak na zawarcie umowy, a więc umowy na warunkach częściowo niezgodnych z jego oczekiwaniami, w tym założeniami ekonomicznymi. Z zasady swobody umów wyrażonej w art. 353<sup>1</sup> Kodeksu Cywilnego nie wynika też uprawnienie jednej z jej stron do domagania się, żeby umowa była zawarta na warunkach oczekiwanych przez tą stronę, w szczególności co do ceny (tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r. w sprawie o sygn. akt I CSK 339/17). Poza tym autonomia woli stron nie wyklucza zawarcia umowy, w której nie występuje pełna ekwiwalentność świadczeń. Istotne jest jednak, aby słabsza strona umowy obejmowała swoją świadomością brak ekwiwalentności oraz żeby dysproporcja w wysokości świadczeń nie była rażąca (tak: wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 18 marca 2019 r. w sprawie o sygn. akt V ACa 87/19). Także Krajowa Izba Odwoławcza w swoim orzecznictwie wyraziła już pogląd, że założeniem ustawy PZP jest aby zamawiający otrzymał produkt zaspakajający jego uzasadnione potrzeby, uzyskany w wyniku realizacji zamówienia przez wykonawcę wybranego w warunkach uczciwej konkurencji. Ustawa PZP przewiduje jedynie odpłatność świadczenia wykonawcy za cenę, która nie może być rażąco niska (górną granicą ceny limitowaną jest wyłącznie przez konkurencję rynkową), nie zakłada jednak bezwzględnej ekwiwalentności świadczeń wzajemnych między zamawiającym a wykonawcą zamówienia (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lutego 2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 171/13).

Odnosząc powyższe poglądy prawne do stanu faktycznego tej sprawy w zakwestionowanych postanowieniach SWZ i Wzoru Umowy nie można dopatrzeć się rażącej dysproporcji świadczeń wzajemnych Zamawiającego i potencjalnego wykonawcy, a co miałyby uzasadniać skorzystanie z regulacji art. 58 § 2 lub art. 388 Kodeksu Cywilnego, a w ostateczności nawet art. 5 Kodeksu Cywilnego. Podkreślić należy, że Zamawiający przewidział we Wzorze Umowy regulacje, które nie obciążają potencjalnych wykonawców w stopniu wykraczającym ponad jego uzasadnione potrzeby. Na wypadek zmiany sytuacji epidemicznej w kraju i zamknięcia szkół skutkującego brakiem konieczności przewożenia dzieci Zamawiający w § 13 ust. 13 pkt 4 Wzoru Umowy przewidział mechanizm zmiany umowy, a także zagwarantował dla wykonawcy realizującego zamówienie minimalny poziom świadczenia na dość wysokim poziomie. Co więcej, po pytaniach zadanych przez samego Odwołującego Zamawiający zdecydował się na zwiększenie zakresu świadczenia minimalnego z kwoty odpowiadającej równowartości 15 biletów na równowartość 35 biletów, co zdaniem Izby świadczy z jednej strony o dobrej woli Zamawiającego, a z drugiej strony właśnie o realnym dążeniu do równomiernego rozłożenia ryzyka w wykonaniu umowy. Postanowienia SWZ i Wzoru Umowy, które w swoim odwołaniu zakwestionował wykonawca Arriva Bus Transport Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu, mają właśnie służyć zagwarantowaniu zrównoważenia zakresu świadczeń wzajemnych stron na wypadek zaistnienia niespodziewanych, nadzwyczajnych okoliczności związanych z rozwojem zagrożenia epidemicznego. O zaskarżonych postanowieniach SWZ i Wzoru Umowy nie można zatem powiedzieć ani że zostały one sformułowane niejasno i mało precyzyjnie, ani również że sformułowano je w sposób dowolny i arbitralny, świadczący wręcz o nadużyciu pozycji przez Zamawiającego. Stąd też wszelkie twierdzenia Odwołującego o nieekwiwalentności świadczeń i przeliczeniu całego ryzyka realizacji zamówienia na wykonawców są całkowicie nieuprawnione.

Izba będąc związana zarzutami odwołania nie analizowała zarzutów nr 1, 2 i 4 odwołania przez pryzmat naruszenia art. 16 ust. 1 ustawy PZP, albowiem art. 16 ustawy PZP nie zawiera takiej jednostki redakcyjnej jak ustęp pierwszy. Dlatego też zarzut naruszenia wskazanego przepisu ustawy PZP nie mógł zostać uwzględniony.

Mając na uwadze powyższe zarzuty Odwołującego dotyczące naruszenia art. 5, art. 353<sup>1</sup> i art. 487 § 2 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 8 ustawy PZP również okazały się nieuzasadnione.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574-576 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) 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).

Dlatego też z uwagi na merytoryczne rozpoznanie i uwzględnienie jednego z czterech zarzutów zawartych w odwołaniu Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrot jednej czwartej wpisu od odwołania i jednej czwartej kosztów zastępstwa procesowego, tj. razem kwotę 2 775 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące siedemset siedemdziesiąt pięć złotych).

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....

