sygn. akt: KIO 1154/23

WYROK z dnia 11 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Anna Kuszel-Kowalczyk

Piotr Kozłowski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 maja 2023 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2023 r. przez „Mobilis" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Posag 7 Panien 8; 02-495 Warszawa,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zarząd Transportu Miejskiego

w Warszawie, ul. Grochowska 316/320; 03-839 Warszawa,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 1, 2 i 4 odwołania.

2. Oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża „Mobilis" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Posag 7 Panien 8; 02-495 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez „Mobilis" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Posag 7 Panien 8; 02-495 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania.

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: ……

Członkowie: ……

sygn. akt: KIO 1154/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usługi przewozu w ramach systemu komunikacji miejskiej w aglomeracji warszawskiej w podziale na dwie części".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz.U.U.E. z dnia 14 kwietnia 2023 r., pod nr 2023/S 074-222456.

Dnia 24 kwietnia 2023 roku, wykonawca „Mobilis" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Posag 7 Panien 8; 02-495 Warszawa (dalej „Odwołujący") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie przepisów art. 452 ust. 1 i 2 Pzp, w zw. z art. 16 pkt 3 Pzp, poprzez ustanowienie zabezpieczenia w wysokości wyższej aniżeli dopuszczalna, w wyniku określenia podstawy do obliczenia zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia z uwzględnieniem wartości wynikających ze stawek jednostkowych wynagrodzenia zwaloryzowanych w oparciu o maksymalny limit waloryzacji w latach 2024, 2025, 2026, 2027, w sytuacji, gdy waloryzacja wynagrodzenia jest zdarzeniem –

uzależnionym od ziszczenia się przesłanek określonych w umowie, w związku z czym może dojść do sytuacji, że wynagrodzenie wybranego wykonawcy będzie niższe, aniżeli podstawa przyjęta do obliczenia wartości zabezpieczenia należytego wykonania umowy;

2. naruszenie przepisów art. 431 i art. 439 ust. 1 i 3 Pzp, w zw. z art. 16 pkt 3) Pzp, w zw. z art. 17 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353^1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny („KC"), poprzez zawarcie umowy w okresie wynikającym z Pzp z datą wejścia umowy w życie (datą rozpoczęcia usług przewozowych) 1 stycznia 2024 roku oraz określeniem, że pierwsza waloryzacja wynagrodzenia zostanie dokonana w

„pierwszym dniu pierwszego kwartału następującym po dacie rozpoczęcia

świadczenia usług", co stanowi obejście przepisów Pzp dotyczących obowiązkowych umownych klauzul waloryzacyjnych wynagrodzenia wykonawcy zawartych w art. 439 ust. 1 i 3 Pzp i prowadzi do niedopuszczalnego zachwiania równowagi kontraktowej stron umowy o zamówienie publiczne poprzez nieproporcjonalne przerzucenie na wykonawcę ryzyk związanych ze wzrostem cen na rynku usług przewozów autobusowych w okresie dłuższym niż 180 dni liczonych od dnia złożenia oferty oraz ryzykiem ustalenia podstawy waloryzacji;

3. naruszenie przepisów art. 431 Pzp, w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 2), 3) i 4) w zw. art. 433 pkt 3) Pzp w zw. z art. 16 pkt 3) Pzp i art. 17 ust. 1 Pzp, w zw. z art. 3531 KC, w zw. z art. 354 § 2 KC, w zw. z art. 28 ustawy z dnia 27 grudnia 2009 roku o finansach publicznych („uofp"), w zw. z art. 44 ust. 3 uofp, poprzez określenie w § 8 ust. 6 projektowanych postanowień umowy zasad waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, które wprowadzają maksymalny wskaźnik waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w każdym roku realizacji umowy na poziomie 10%, a co za tym idzie już na etapie składania oferty wskaźnik waloryzacji nie odpowiada warunkom rynkowym, tj. rzeczywistemu wzrostowi cen i kosztów świadczenia usług, w szczególności cen oleju napędowego (diesla), inflacji czy wzrostu wynagrodzeń pracowników, a co za tym idzie w sposób naruszający zasadę ekwiwalentności świadczeń stron umowy o zamówienie publiczne;

4. naruszenie przepisów art. 431 Pzp, w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 2) w zw. art. 433 pkt 3) Pzp w zw. z art. 16 pkt 3) Pzp i art. 17 ust. 1 Pzp, w zw. z art. 3531 KC, poprzez przyjęcie dla pierwszej waloryzacji okresu bazowego, który następuje po dniu złożenia ofert, a co za tym idzie warunki stanowiące podstawę do zmiany wynagrodzenia wykonawcy są nieznane w dniu złożenia oferty;

5. naruszenie przepisu art. 16 pkt 3) Pzp, art. 436 pkt 3) Pzp, w zw. z art. 5 KC, w zw. z art. 483 § 1 KC, w zw. z art. 484 § 1 KC, poprzez wprowadzenie do projektowanych postanowień umowny, limitu kar umownych, który jest nadmiernie wygórowanym i nieodpowiadającym zwyczajowym limitom przyjętym na gruncie umów o zamówienie publiczne w tego typu zamówieniach;

6. naruszenie przepisów art. 436 pkt 3) Pzp oraz art. 16 pkt 3 Pzp w zw. z art. 483 § 1 KC oraz art. 353^1 KC, poprzez zawarcie w załączniku numer 4 do projektowanych postanowień umowy, katalogu kar umownych, który jest katalogiem otwartym, a co za tym idzie katalog kar umownych jest nieznany, w konsekwencji kary umowne nie mają waloru oznaczoności;

7. naruszenie przepisu art. 16 pkt 3) Pzp, art. 436 pkt 3) Pzp, w zw. z art. 5 KC, w zw. z art. 483 § 1 KC, w zw. z art. 484 § 1 KC, poprzez takie ukształtowanie postanowień dotyczących kar umownych, że wykonawca nie wiedząc o uchybieniu i nie mając możliwości jego naprawienia będzie obciążany kolejnymi karami umownymi z tytułu tego samego naruszenia;

8. naruszenie przepisów art. 433 pkt 1), w zw. z art. 436 pkt 3) Pzp oraz art. 16 pkt 3 Pzp w zw. z art. 483 § 1 KC oraz art. 353^1 KC, poprzez wprowadzenie do załącznika numer 4 do projektowanych postanowień umowy kary umownej obliczanej według wzoru określonego przez zamawiającego, w którym przynajmniej dwa wskaźniki

stanowiące podstawę do obliczenia kary umownej są nieznane oraz nałożenie na wykonawcę kar umownych z tytułu okoliczności niezależnych od niego;

9. naruszenie przepisów art. 436 pkt 3) Pzp oraz art. 16 pkt 3 Pzp w zw. z art. 483 § 1 KC oraz art. 353^1 KC, poprzez zawarcie w projektowanych postanowieniach umowy, sankcji finansowej w postaci zmniejszenia/pomniejszenia wynagrodzenia w sytuacjach, które stanowią podstawę do naliczenia kar umownych, a co za tym idzie obejście przez zamawiającego przepisów Pzp dotyczących maksymalnej wysokości kar umownych oraz wprowadzenie do umowy postanowienia stanowiącego waloryzację kar umownych z tytułu nienależytego wykonania umowy, pomimo że konstrukcja kary umownej jest niezależna od ponoszonych kosztów, co prowadzi do sytuacji, w której wysokość kar umownych nie jest z góry określona przez zamawiającego;

10. naruszenie przepisu art. 16 pkt 3) Pzp, w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 KC, w zw. z art. 353^1 KC, art. 387 § 1 KC, poprzez wprowadzenie do SWZ oraz projektowanych postanowień umowy obowiązku zatrudniania na podstawie umowy o pracę wszystkich kierowców świadczących usługi, dyspozytorów i pracowników służby nadzoru ruchu, co w obecnych warunkach rynkowych, tj. braku kierowców, dyspozytorów i pracowników służby nadzoru ruchu na rynku i preferencji tych osób w zakresie elastycznych form zatrudnienia, czyni świadczenie wykonawcy świadczeniem niemożliwym;

11. naruszenie przepisów art. 99 Pzp w zw. z art. 433 ust. 3 Pzp, w zw. z art. 354 § 1 KC, poprzez wprowadzenie do projektowanych postanowień umowy obowiązku wykonania czynności nieznanych w dniu składania oferty z tym zastrzeżeniem, że wykonawca zobowiązany będzie je wykonać bez dodatkowego wynagrodzenia, co prowadzi do sytuacji, w której opis przedmiotu zamówienia jest niejasny, nieprecyzyjny i niejednoznaczny, a co za tym idzie niezgodny z przepisami Pzp;

12. naruszenie przepisów art. 99 Pzp w zw. z art. 16 pkt 3) Pzp, poprzez wprowadzenie do projektowanych postanowień umowy możliwości zmian w zakresie wolumenu (wymiaru) świadczonych usług w sposób nierównomierny, tj. zamawiający przewiduje możliwość zwiększenia nominalnej liczby wozokilometrów o 5% i jego ewentualne zmniejszenie o 10%, co powoduje nierówne rozłożenie ryzyk pomiędzy stronami umowy o zamówienie publiczne.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1) nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień rozdziału XVIII ust. 2 SWZ i nadanie im brzmienia: „Wykonawca, którego oferta zostanie wybrana, zobowiązany będzie do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy najpóźniej w dniu jej zawarcia, w wysokości 5% maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania wynikającego z Umowy –

osobno dla każdej części zamówienia. Maksymalna wartość nominalna zobowiązania wynikająca z danej części zamówienia (Umowy) zostanie obliczona jako iloczyn stawki za wozokilometr wskazanej w ofercie Wykonawcy oraz nominalnej liczby wozokilometrów w każdej części zamówienia. Regulacje w tym zakresie zawierają art. 449-453 ustawy Pzp";

2) nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień § 4 ust. 2 projektowanych postanowień umowy i nadanie im brzmienia: „Pierwsza waloryzacja Stawki przeprowadzona zostanie w pierwszym dniu świadczenia usług przewozowych, a kolejne po upływie kolejnych kwartałów świadczenia usług przewozowych, zgodnie z postanowieniami ust. 3 poniżej, ze skutkiem na kwartał, kiedy nastąpiły zmiany wskaźników",

3) nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień § 4 ust. 6 zdanie pierwsze oraz zdanie drugie projektowanych postanowień umowy i nadanie im brzmienia: „Maksymalna waloryzacja stawek za jeden wozokilometr obowiązujących w danym roku nie może być wyższa niż stawka obowiązująca w I kwartale tego roku (przed waloryzacją) powiększona o 50%. W przypadku, gdy kwartalna waloryzacja stawek za jeden wozokilometr, obliczona według wzoru określonego w ust. 3, przekroczy wskazaną wyżej maksymalną wartość 50% (stawka przed waloryzacją obowiązująca w I kwartale x 1,50), w danym kwartale przyjmuje się wartość stawki równą iloczynowi stawki obowiązującej w I kwartale tego roku (przed waloryzacją) i 1,50";

4) nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień § 4 projektowanych postanowień umowy poprzez ich ujednolicenie z postanowieniami zawartymi w załączniku numer 2 do odwołania;

5) nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień pkt. 3.3, 3.4 i 3.5 załącznika numer 4 do projektowanych postanowień umowy poprzez określenie w sposób jednoznaczny wszelkich wskaźników przyjętych do obliczania kary umownej z tytułu niepunktualności kursowania pojazdów, w tym wprowadzenie do wzoru elementu, który będzie wskazywał na zawinienie wykonawcy w braku punktualności kursowania pojazdów oraz przedstawienie przykładowych wyliczeń kar umownych dla różnych wariantów opóźnień w odjazdach;

6) nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień pkt 4 załącznika numer 4 do projektowanych postanowień umowy poprzez dodanie pkt 4.3.4 i nadanie mu brzmienia: „Przed naliczeniem kar umownych z tytułu naruszeń określonych w pkt 4, Zamawiający wezwie Wykonawcę do zaprzestania naruszeń, wyznaczając mu dodatkowy termin na usunięcie naruszenia. Wykonawca będzie zobowiązany do usunięcia naruszenia najpóźniej przez rozpoczęcie kolejnego kursu pojazdem, w którym została stwierdzona podstawa do naliczenia kary umownej";

7) nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień § 4 ust. 6 projektowanych postanowień umowy i nadanie mu brzmienia: „Łączna wysokość kar umownych oraz pomniejszeń wynagrodzenia określonych w pkt 3 załącznika numer 4 do projektowanych

postanowień umowy, w danym roku nie może przekroczyć 10% wartości Umowy brutto dla danego miesiąca świadczenia usług przewozowych, przy czym łączny limit kar umownych z tytułu niepunktualności kursowania nie może przekroczyć 4% wartości Umowy brutto dla danego miesiąca świadczenia usług przewozowych, z wyłączeniem przypadku naliczenia kary umownej za odstąpienie lub rozwiązanie Umowy, o którym mowa w § 10 ust. 2";

8) nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień rozdziału VI ust. 12 SWZ i nadanie mu brzmienia: „Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 2022 r., poz. 1510 ze zm.) kierowców, dyspozytorów i pracowników służby nadzoru ruchu świadczących usługi na rzecz Wykonawcy w okresie obowiązywania Umowy. Zamawiający dopuszcza zatrudnienie kierowców, dyspozytorów i pracowników służby nadzoru ruchu na podstawie umowy zlecenia. Zamawiający w czasie realizacji Umowy zastrzega sobie prawo do kontroli spełniania przez Wykonawcę wymogu zatrudnienia kierowców, dyspozytorów i pracowników służby nadzoru ruchu na podstawie umowy o pracę. Kontroli zatrudnienia będą dokonywać upoważnieni pracownicy Zamawiającego";

9) nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień § 5 pkt 30 projektowanych postanowień umowy i nadanie im brzmienia: „zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 2022 r., poz. 1510 ze zm.) kierowców, dyspozytorów i pracowników służby nadzoru ruchu świadczących usługi na rzecz Operatora w okresie obowiązywania Umowy. Zamawiający dopuszcza zatrudnienie kierowców, dyspozytorów i pracowników służby nadzoru ruchu na podstawie umowy zlecenia"

10) nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień § 3 ust. 1 pkt 2) projektowanych postanowień umowy i nadanie im brzmienia: „dostosowane zostaną niezwłocznie do zmienionych wymogów w każdym przypadku zmiany przepisów określających wymagania dotyczące autobusów używanych w regularnej zbiorowej komunikacji miejskiej, z uwzględnieniem zdania następnego. Strony ustalą warunki i zakres zmian, o których mowa w zdaniu poprzedzającym poprzez określanie terminów na dostosowanie pojazdów, zakresu dostosowania oraz wysokości dodatkowego wynagrodzenia Operatora związanego z wykonaniem prac dostosowawczych";

11) nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień § 1 ust. 3 projektowanych postanowień umowy i nadanie im brzmienia: „W okresie 01.01.2024 – 31.12.2026, ZTM zlecać będzie Operatorowi wykonywanie usług przewozowych w nominalnej ilości rocznej 4.000.000 (cztery miliony) -5/+5% (minus pięć/plus pięć procent)

wozokilometrów zwanych dalej „wkm” przy wykorzystaniu autobusów wymienionych w ust. 1. Jednocześnie w roku 2027 (w okresie od 1.01.2027 r. do 31.01.2027 r.) przewiduje się zlecenie usług

przewozowych w ilości 333.333 (trzysta trzydzieści trzy tysiące trzysta trzydzieści trzy) -5/+5% wkm”.

Odwołujący wskazał, że spełnia przesłanki umożliwiające wniesienie odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp., tj. posiada interes w uzyskaniu zamówienia i w związku z tym może ponieść szkodę na skutek dokonania przez zamawiającego zaskarżonych czynności z naruszeniem przepisów Pzp, bowiem jest przedsiębiorcą działającym na rynku usług przewozów autobusowych, świadczącym takie usługi m.in. w Warszawie, Krakowie i Bydgoszczy, który planuje złożyć ofertę w obu częściach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto spełnia on warunki udziału w postępowaniu, a także nie podlega wykluczeniu z postępowania, dlatego też w przypadku wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, warunki umowne określone przez zamawiającego mogłyby spowodować szkodę w jego majątku - a co za tym idzie - uzasadnione jest wniesienie odwołania na tym etapie postępowania.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów nr 1, 2 i 4. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

W związku z oświadczeniem zamawiającego, Izba skierowała do rozpoznania na rozprawie pozostałe zarzuty odwołania, nie uwzględnione przez zamawiającego oraz nie wycofane przez odwołującego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut nr 3.

Odwołujący wskazał, iż poziom waloryzacji wynagrodzenia określony przez zamawiającego we wzorze nie odpowiada warunkom rynkowym, z jakimi przyszło się mierzyć wykonawcom na rynku usług przewozowych. W dniu wnoszenia odwołania, wskaźniki przyjęte do waloryzacji wynagrodzenia kształtują się na następujących poziomach:

1) wskaźnik inflacji w marcu 2023 roku – 16,1%;

2) wzrost ceny paliwa – olej napędowy – porównanie 2022 roku do 2021 roku – ok. 150% (średnia cena w 2022 roku w wysokości 6 542,84 zł za 1.000 litrów do średniej ceny w 2021 roku w wysokości 4 278,06 zł za 1.000 litrów);

3) wzrost średniego wynagrodzenia za pracę – 13,5 % rok do roku.

Przedstawione powyżej dane potwierdzają, że w dniu składania ofert wskaźnik waloryzacji wynagrodzenia nie będzie pozwalał na zachowanie ekwiwalentności świadczeń stron umowy i będzie prowadził do przerzucenia wszelkich ryzyk związanych z realizacją przedmiotu umowy na wykonawców. Żaden z podmiotów działających na rynku nie wie w jaki sposób będą się kształtowały ceny na rynku paliw i koszty realizacji usług transportowych. W najbliższych latach Parlament Europejski planuje wprowadzić system handlu emisją Co2 (opłaty za emisję Co2) także dla transportu drogowego. Jak wynika z planów Parlamentu Europejskiego, przepisy w tym zakresie powinny wejść w życie w 2027 roku, jednakże ich wprowadzenie będzie wymagało dostosowania ustawodawstwa krajowego oraz całego systemu związanego z nabywaniem paliw. Prowadzi to do sytuacji, w której ceny na rynku transportu publicznego są także z powyższego względu niemożliwe do przewidzenia również w 4 letnim okresie, gdyż podmioty działające na rynku nie są w stanie przewidzieć, jak zmiany legislacyjne będą wpływać na ceny paliw. Nie można też pomijać faktu, że w lutym 2023 roku Federacja Rosyjska zaprzestała dostaw ropy do Polski. W rzeczywistości nikt z nas nie wie, co może się wydarzyć w najbliższych miesiącach – w tym jak działania wojenne w Ukrainie wpłyną na ceny ropy, a co za tym idzie również cen oleju napędowego dla autobusów spalinowych.

Wskazane powyżej okoliczności prowadzą do wniosku, że ustanowienie limitu waloryzacji wynagrodzenia na poziomie 10% może nie pozwolić na zachowanie ekwiwalentności świadczeń stron umowy o zamówienie publiczne, gdyż już w dniu składania ofert wykonawcy musieliby się zgodzić na zasady waloryzacji, które nie odpowiadają warunkom gospodarczym, naturze stosunku i zasadom współżycia społecznego, co więcej przerzucają większość ryzyk związanych z sytuacją geopolityczną i niestabilnością rynku paliw na wykonawców. Podczas analizy projektowanych postanowień umowy nie można pomijać faktu, że limit waloryzacji jest limitem maksymalnym, zatem wynagrodzenie ulegnie zwiększeniu tylko i wyłącznie w przypadku, gdy koszty realizacji zamówienia ulegną

zwiększeniu. Podczas przygotowania projektowanych postanowień umowy dotyczących waloryzacji zamawiający nie może się ograniczać do treści przepisu art. 439 Pzp, zakładając, że wprowadzenie jakichkolwiek klauzul waloryzacyjnych, bez względu na to, czy są one realne czy nie, uczyni zadość jego obowiązkom w tym zakresie. Podczas przygotowywania postanowień umownych dotyczących klauzul waloryzacyjnych zamawiający musi pamiętać o zasadach prawa zamówień publicznych – zasadzie proporcjonalności i zasadzie efektywności. Zasada proporcjonalności nakazuje zamawiającym postępowanie w taki sposób, aby warunki zamówienia, w tym także sposób realizacji umowy był określony w sposób uwzgledniający zakres zamówienia i jego rodzaj (Prawo zamówień publicznych, Komentarz, pod red. H. Nowak, M. Winiarz, Wyd. UZP). Zasada efektywności nakazuje zaś, aby zamawiający w taki sposób ukształtował warunki zamówienia, aby otrzymać najlepszą jakość usług w ramach środków, którymi zamawiający dysponuje. Podczas analizy projektowanych postanowień umowy w zakresie waloryzacji wynagrodzenia nie można też pomijać ustawowego obowiązku współdziałania zamawiającego z wykonawcą. podczas realizacji zamówienia publicznego. Jednym ze sposobów realizacji obowiązku współdziałania przez zamawiającego jest obowiązek zapłaty wykonawcy wynagrodzenia w wysokości ekwiwalentnej do wartości świadczonych usług. W sytuacji, gdy zamawiający podczas określania warunków zamówienia pomija aktualne warunki rynkowe i ustanawia limit waloryzacji wynagrodzenia znacząco poniżej wysokości, jaka wynikałaby ze wskaźników rynkowych (wskaźnik inflacji, poziom wahań cen paliw, wzrostu wynagrodzenia) – już przed przystąpieniem do zawarcia umowy odmawia wykonawcy współdziałania w celu wykonania umowy. Współdziałanie zamawiającego z wykonawcą podczas realizacji umowy o świadczenie usług poprzez zapłatę wynagrodzenia stanowiącego ekwiwalent dla świadczonej usługi jest jedynym świadczeniem zamawiającego w związku z realizacją umowy o zamówienie publiczne. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że „Ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Jednakże zasada swobody zamawiającego w kształtowaniu postanowień umownych nie jest nieograniczona. Ustalenie przez zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 353^1 KC oraz klauzula generalna z art. 5 KC. O naruszeniu reguł sprawiedliwościowych można mówić wówczas, gdy dysproporcja wartości wzajemnych świadczeń jest rażąca. Postanowienia umowne podlegają ocenie co do sprzeczności z naturą stosunku zobowiązaniowego, który mają regulować lub braku zgodności z zasadami współżycia społecznego przez, przede wszystkim nieznajdujące odzwierciedlenia w realnych potrzebach

zamawiającego, rozłożenie ryzyk kontraktowych, czy brak ekwiwalentności świadczeń” (KIO 693/19).

Zgodnie z art. 354 § 2 kc zamawiający jako wierzyciel powinien współdziałać przy wykonywaniu zobowiązania w sposób odpowiadający m.in. celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego. Celem waloryzacji powinno być zachowanie równowagi kontraktowej z momentu zawarcia umowy, a nie pogarszanie sytuacji wykonawcy. Wprowadzanie zapisów waloryzacyjnych, które zmieniają taką równowagę na niekorzyść wykonawcy już na samym początku realizacji umowy, czego Zamawiający jest w pełni świadomy, musi być uznane za sprzeczne z celem społeczno-gospodarczym umowy i zasadami współżycia społecznego. Co więcej, stanowi celowe działanie zamawiającego zmierzające do wyrządzenia wykonawcy szkody. Również z tego powodu propozycje zapisów dotyczących waloryzacji oderwane od realiów rynkowych nie powinny być akceptowane (Prawo zamówień publicznych, Komentarz, pod red. H. Nowak, M. Winiarz, Wyd. UZP).

Wskazane powyżej okoliczności uzasadniają twierdzenie, że zamawiający powinien w projektowanych postanowieniach umowy przewidzieć limit waloryzacji wynagrodzenia biorąc pod uwagę aktualne warunki rynkowe, tj. zasady waloryzacji powinny odzwierciedlać sytuację gospodarczą, jaka ma miejsce w dniu wszczęcia postępowania. Klauzule waloryzacyjne, które nie czynią zadość tym obowiązkom skutkują ich wadliwością i pozornością, a także stanowią zaprzeczenie dla ratio legis przepisu art. 439 Pzp. Dlatego też postanowienia dotyczące waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy powinny zostać zmodyfikowane i dostosowane do potrzeb zmieniającego się rynku usług przewozowych. Klauzule waloryzacyjne zawarte w dokumentacji zamówienia nie określają także w sposób jednoznaczny okresów bazowych dla waloryzacji wynagrodzenia. Zaniechanie w tym zakresie utrudnia wykonawcy odkodowanie wskaźników, jakie należy przyjąć za podstawę waloryzacji, a tym samym staje się niemożliwe prawidłowe skalkulowanie oferty.

Na te okoliczności odwołujący wnioskował o przeprowadzenie dowodów z: po pierwsze – „Rocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych GUS”, opracowania własnego przedstawiającego zachowanie cen paliwa w 2022 r. – na okoliczność wzrostu cen paliwa w ostatnim okresie oraz, po drugie – wydruku ze strony CIRE.PL. branżowego portalu zajmującego się energią elektryczną – na okoliczność, jak zachowały się ceny energii elektrycznej po wprowadzeniu uprawnień do emisji.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, iż zgodnie z § 4 ust. 6 Umowy „Maksymalna waloryzacja stawek za jeden wozokilometr obowiązujących w danym roku nie może być wyższa niż stawka obowiązująca w I kwartale tego roku (przed waloryzacją) powiększona o 10%. W przypadku, gdy kwartalna waloryzacja stawek za jeden

wozokilometr, obliczona według wzoru określonego w ust. 3, przekroczy wskazaną wyżej maksymalną wartość 10% (stawka przed waloryzacją obowiązująca w I kwartale x 1,10), w danym kwartale przyjmuje się wartość stawki równą iloczynowi stawki obowiązującej w I kwartale tego roku (przed waloryzacją) i 1,10.

Minimalna waloryzacja stawek za jeden wozokilometr obowiązujących w danym roku nie może być niższa niż stawka obowiązująca w I kwartale tego roku (przed waloryzacją) pomniejszona o 10%. W przypadku, gdy kwartalna waloryzacja stawek za jeden wozokilometr, obliczona według wzoru określonego w ust. 3, przekroczy wskazaną wyżej minimalną wartość -10% (stawka przed waloryzacją obowiązująca w I kwartale x 0,90), w danym kwartale przyjmuje się wartość stawki równą iloczynowi stawki obowiązującej w I kwartale tego roku (przed waloryzacją) i 0,90.

Dla uniknięcia wątpliwości wyjaśnia się, że różnica pomiędzy dopuszczalnym maksymalnym, a rzeczywistym wskaźnikiem waloryzacji w danym roku wynikającym z obliczeń poczynionych zgodnie z ust. 3 powyżej, nie zwiększa wskaźnika waloryzacji w kolejnym roku.

Waloryzowana stawka obliczana będzie z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku".

W tak ukształtowanych warunkach umowy waloryzacja stawki z oferty wykonawcy na przestrzeni okresu realizacji przedmiotu zamówienia (zgodnie z § 1 ust. 3 Umowy od 1.01.2024 do 31.12.2026 r.) może wynieść nawet 33,10%. Wynika to z faktu, iż założony limit waloryzacji dotyczy każdego kolejnego roku zaś podstawą jego obliczania jest stawka z roku poprzedniego uwzględniająca maksymalne waloryzacje dokonane w latach wcześniejszych (tzw. procent składany). W tym kontekście waloryzacja stawki na przestrzeni 3 lat obowiązywania Umowy w wysokości 33,10%, nie może zostać uznana za nieodpowiadającą obecnym realiom gospodarczym. W świetle przedmiotowego zarzutu, jak i innych zarzutów odwołania, wydaje się iż odwołujący całkowicie pomija, iż udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi okoliczności wyłączającej ponoszenie przez wykonawcę ryzyka prowadzonej działalności. W tym miejscu przywołać należy orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:

- wyrok z dnia 24 sierpnia 2022 r. KIO 2063/22: Mechanizm waloryzacji jest rozwiązaniem szczególnym mającym na celu ograniczenie (a nie wyłączenie) ryzyka stron związanego ze zmianą cen materiałów bezpośrednio związanych z realizacja zamówienia. Z przepisów p.z.p. nie wynika, że strona wnioskująca o waloryzację w szczególności Wykonawca, uzyska pełne czy też proporcjonalne pokrycie zmian cen materiałów. Pokrycie to nastąpi w sposób limitowany, wynikający z postanowień umowy,

- wyrok z dnia 21 lutego 2022 r. KIO 235/22: Z analizy przepisu art. 439 p.z.p. wynika, że ustawodawca pozostawił zamawiającym swobodę co do sposobu określenia zmiany wynagrodzenia, który nie musi być oparty o wskaźniki GUS. Z powyższego przepisu nie

można jednak wyprowadzić wniosku, iż zamawiający winien być obarczony ryzykiem związanym ze zmianą cen materiałów lub kosztów w pełnym zakresie. Powyższemu przeczy choćby treść art. 439 ust. 2 pkt 4 p.z.p., który stanowi, że w umowie o zamówienie publiczne zamawiający obowiązany jest wskazać maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia,

- wyrok z dnia 11 lutego 2022 r. KIO 230/22: Przepis art. 439 ust. 2 pkt 4 p.z.p. pozostawia do decyzji Zamawiającego, jaka powinna być wartość zmiany wynagrodzenia, którą dopuszcza Zamawiający. Ustawodawca nie narzucił żadnych dodatkowych wymogów. W szczególności powyższy przepis nie nakłada na Zamawiającego wymogu oddania w waloryzacji pełnego zakresu zmian cen. Na Zamawiającego nie został nałożony obowiązek 100% rekompensaty zmian kosztów realizacji inwestycji z uwagi na wzrost cen materiałów budowlanych i surowców.

W tak ukształtowanych warunkach realizacji przedmiotu zamówienia wykonawcy, jako profesjonalni uczestnicy rynku prowadzący działalność gospodarczą w zakresie przewozów, winni samodzielnie oszacować ewentualne ryzyko wynikające z wprowadzenia limitu waloryzacji i uwzględnić je w zaoferowanej stawce. Próba podważenia wprowadzonego przez zamawiającego limitu waloryzacji, koniecznego z punktu widzenia zasad finansów publicznych, prowadzi do nieuniknionego zachwiania równowagi ekonomicznej stron – na zamawiającym bowiem będzie ciążyło w pełni ryzyko związane ze zmianą uwarunkowań rynkowych. Podkreślić należy również, iż zamawiający uwzględnił w przyjętym limicie waloryzacji aktualne uwarunkowania rynkowe. W stosunku do wcześniej zawieranych umów przewozowych, których stroną jest również odwołujący, gdzie limit waloryzacji rocznej wynosił 4%, a waloryzacja była dokonywana raz do roku – w obecnym postępowaniu wprowadzono waloryzację kwartalną i zwiększono jej limit do 10% rocznie. Z przeprowadzonych przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania analiz wynika, że zarówno dla okresów ubiegłych, jak i przyszłych, roczny limit waloryzacji na poziomie 10% odpowiada normalnym warunkom, w jakim funkcjonuje rynek transportu publicznego.

Rok	waloryzacja
2017	-0,24%
2018	5,45%
2019	7,47%
2020	4,60%
2021	-1,57%
2022	
2023	25,26%

Powyższa tabela prezentuje poziom waloryzacji dla wskaźników określonych w Umowie. Jak widać dopiero w ostatnich dwóch latach, waloryzacja przekroczyłaby 10% rocznie. Średnia dla tych lat wyniosła natomiast 7,72%. Należy jednocześnie zwrócić uwagę, że okres 2022 i 2023 roku to szczególny czas, jeśli chodzi o gospodarkę, która musiała się mierzyć w tym czasie ze skutkami pandemii oraz agresji Rosji na Ukrainę. Świadczą o tym choćby zmiany przepisów, które pojawiały się w tym czasie, pozwalających na traktowanie tego okresu jako wyjątkowego i dopuszczały zmiany umowy z tego tytułu, również w aspekcie waloryzacji wynagrodzenia. Na taką okoliczność zamawiający przewidział w umowie mechanizm zmiany zasad waloryzowania stawki bazowej za wozokilometr, w przypadku nadzwyczajnej zmiany

warunków rynkowych, niemożliwych do przewidzenia w dniu zawierania umowy określony w § 15 ust 1 pkt 4 Umowy. Z takiej możliwości korzystał także wykonawca, którego wynagrodzenie w latach 2022-2023 zostało dodatkowo zwaloryzowane (poza waloryzacją przewidzianą w realizowanych na rzecz zamawiającego umowach, jako strona innych umów zawartych z Operatorem,). Zamawiający nie jest zobligowany do wprowadzania do umowy postanowień stanowiących odpowiedź na ryzyka nadzwyczajne, których z zasady przewidzieć nie sposób. Innymi słowy zamawiający może prognozować jedynie normalne, możliwe do przewidzenia zmiany uwarunkowań gospodarczych. Jednocześnie z raportu „Projekcja inflacji i wzrostu gospodarczego NBP na podstawie modelu NEMCOD", opublikowanego w marcu br. na stronie NBP: wynika, iż w kolejnych latach nastąpi powrót do sytuacji, jaka miała miejsce przed okresem pandemii i agresji Federacji Rosyjskiej na Ukrainę. Prognozowane przez NBP wskaźniki kształtują się następująco:

Inflacja CPI (%, r/r): 2024 – 5,7%, 2025 – 3,5%,

ceny energii (%, r/r): 2024 – 7,0%, 2025 – 5,7%,

Wynagrodzenia (%, r/r): 2024 – 8,1%, 2025 – 6,5%.

Oczywiście, należy mieć na uwadze, że oprócz inflacji, wskaźniki wzrostu cen energii oraz wynagrodzeń nie przystają identycznie do wskaźników przyjętych przez zamawiającego, jednak w związku z brakiem innych obiektywnych i niezależnych opracowań w tym zakresie, można przyjąć te wskaźniki za odpowiednie. Przygotowana na ich podstawie symulacja waloryzacji w kolejnych latach kształtuje się następująco:

Rok	waloryzacja
2024	7,29%
2025	5,66%

Niestety na dzień ogłoszenia postępowania brak jest obiektywnych opracowań dla roku 2026 i 2027, jednak już na podstawie ww. danych widać, że roczny limit 10% waloryzacji przyjęty przez zamawiającego jest odpowiedni i wystarczający dla zabezpieczenia normalnego ryzyka zmian, a przyjęcie wyższego nie ma uzasadnienia. Co szczególnie

istotne w przedstawionym kontekście, Odwołujący zarzuca naruszenie art. 439 ust. 2 pkt 2), 3) i 4) Pzp, które wprowadzają stricte formalne wymogi dotyczące klauzuli waloryzacyjnej, które bezsprzecznie zostały uwzględnione w § 4 Umowy, co czyni zarzut naruszenia ww. przepisów całkowicie nieuzasadnionym. Za zupełnie nietrafiony należy uznać zarzut naruszenia art. 433 pkt 3 Pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem: Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. W przypadku obiektywnych wskaźników rynkowych użytych we wzorze waloryzacyjnym tj.:

wskaźnika zmiany przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw bez wypłat nagród z zysku;

- wskaźnika zmiany cen paliwa oraz

wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w danym kwartale

–trudno uznać, iż są to okoliczności, za które jakąkolwiek odpowiedzialność ponosi zamawiający.

Za bezpodstawny należy również uznać zarzut naruszenia art. 431 Pzp. W istocie odwołujący nie wskazuje, na czym ma polegać naruszenie wskazanego przepisu. Podobne trudności z ustaleniem zakresu naruszenia dotyczą przywołanych w zarzucie art. 17 ust. 1 Pzp, art. 353^1 KC, art. 354 § 2 KC, w zw. z art. 28 ustawy z dnia 27 grudnia 2009 roku o finansach publicznych („uofp"), w zw. z art. 44 ust. 3 uofp, gdzie nie wskazano konkretnych jednostek redakcyjnych, do których odnosi się odwołujący.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzut odwołującego jest niezasadny. Izba podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego, dodatkowo podnosząc, co następuje.

Zdaniem Izby cała argumentacja odwołującego opiera się o czarne scenariusze przyszłości polskiej gospodarki i nie uwzględnia aktualnego trendu dla inflacji, która wg prognoz NBP ma stopniowo spadać (dezinflacja). Ponadto zwrócić należy uwagę na bardzo istotny aspekt związany z faktem, iż termin składania ofert przypada na okres szczytu inflacji, co z kolei oznacza, że odwołujący kalkulując cenę swojej oferty musi uwzględnić istniejący stan faktyczny, w tym stosowne ryzyka, jakie mogą wystąpić na etapie realizacji zamówienia. Biorąc pod uwagę wspomniane projekcje inflacyjne NBP oraz ten szczególny okres, zamawiający jako jednostka sektora finansów publicznych, opierając się o dane pochodzące z wiarygodnego źródła miał pełne prawo do przyjęcia stanowiska, a co za tym idzie wyrażenia go w treści dokumentacji postępowania, ustalającego maksymalną roczną wartość waloryzacji na poziomie 10%. Odwoływanie się przez odwołującego do danych historycznych obejmujących ostatnie 2-3 lata nie ma znaczenia, gdyż okres ten charakteryzował się kumulacją okoliczności negatywnie wpływających na gospodarki światowe (COVID-19, sytuacja na Ukrainie). Jednakże te czynniki już są znane i zostały na

tyle opanowane, na ile pozwala obecna sytuacja. Działania rządów i banków centralnych zmierzające do ustabilizowania gospodarki i zmniejszenia inflacji pozwalają na uznanie za wiarygodne stanowiska zamawiającego, że waloryzacja na poziomie do 10% w stosunku rocznym (narastająco) pozwoli na adekwatne zwiększenie wynagrodzenia wykonawcy w toku realizacji umowy. Trzeba mieć też na uwadze, że wykonawca kalkulując swoją cenę ofertową również musi

przewidzieć okoliczności nieznane w chwili obecnej (na równi z zamawiającym).

Zarzut nr 5.

Odwołujący wskazał, iż kara umowna powinna być określona w sposób proporcjonalny do wagi naruszenia. Te same zasady powinny mieć zastosowanie do określania górnego limitu kar umownych, jakie mogą zostać nałożone przez zamawiającego na wykonawcę. W umowach wieloletnich o świadczenie usług przewozowych uzasadnione jest odnoszenie maksymalnego limitu kar umownych do wartości usług świadczonych w danym miesiącu kalendarzowym (okresie rozliczeniowym). Wynika to przede wszystkim z tego, że nawet niewielkie naruszenie obliczane w stosunku do wartości rocznego wynagrodzenia może skutkować tym, że zapłata jednej kary umownej będzie miała tak dotkliwe skutki, że pozbawi wykonawcę płynności finansowej w skali całego kontraktu. Wynagrodzenie wykonawców wypłacane jest miesięcznie, podstawę do jego obliczenia stanowi liczba zrealizowanych wozokilometrów i stawki określonej w ofercie. Każde z naruszeń obwarowanych naliczeniem kar umownych powinno być powiązane z wagą naruszenia i być proporcjonalne do ewentualnych dochodów wykonawcy generowanych z tytułu świadczenia usługi. Liczba różnych przypadków stanowiących podstawę do naliczenia kar umownych i ich waga uzasadniają ich powiązanie z wynagrodzeniem miesięcznym – kara umowna w takie sytuacji będzie spełniała swoje funkcje i będzie proporcjonalna. Odniesienie limitu do rocznego wynagrodzenia prowadzi do tego, że limit kar będzie nadmiernie wygórowany. Pomniejszenie wynagrodzenia z tytułu niepunktualności kursowania stanowi w rzeczywistości karę umowną za opóźnienie w realizacji świadczenia. Zakwalifikowanie tego naruszenia jako kary umownej, skutkuje koniecznością włączenia tych kar umownych do limitu określonego w postanowieniach § 15 ust. 3 projektowanych postanowień umowy.

W odniesieniu do tego zarzutu zamawiający wskazał, iż art. 436 pkt 3 Pzp nie narzuca zamawiającemu dodatkowych wymogów w zakresie ustalenia limitu kar. W tym stanie rzeczy za uprawniony należy uznać pogląd, iż samo wprowadzenie limitu będzie czyniło zadość wymogom wynikającym z Pzp. Tym samym zamawiający wprowadzając limit kar dopełnił wymogów ustawowych, zatem zarzut naruszenia art. 436 pkt 3 Pzp należy uznać za bezpodstawny. Wbrew temu, co twierdzi odwołujący, w przypadku zamawiającego kara

umowna nie ma charakteru głównie odszkodowawczego. W wyroku z dnia 29 stycznia 2013 r., KIO 113/13; KIO 117/13, Krajowa Izba Odwoławcza przywołując wyrok z dnia 22 marca 2011 r., stwierdziła, że „Zamawiającemu przyznane zostało uprawnienie do ukształtowania postanowień umownych. Zamawiający może, o ile nie wykracza poza unormowanie art. 353^1 k.c., dowolnie sformułować postanowienia w zakresie kar umownych, zależnie od sytuacji faktycznej i swoich potrzeb. Kary umowne dla zamawiającego nie pełnią roli ściśle odszkodowawczej. Co do zasady ich znacznie ważniejszą, dla zamawiającego, rolą jest ich funkcja stymulacyjna, dyscyplinująca wykonawcę do prawidłowego wykonania zamówienia (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lipca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 843/09). Nadto Izba zwraca uwagę, że ustanowienie przez zamawiającego możliwości naliczania wysokich kar umownych nie ogranicza prawa wykonawcy do zwrócenia się do sądu powszechnego o dokonanie oceny czy naliczona kara umowna będzie rażąco wygórowana”.

W przedstawionym kontekście należy uznać, iż zamawiający posiada szerokie uprawnienia do kształtowania wysokości kar umownych określonych w umowie o udzielenie zamówienia publicznego za wysokość zastrzeżonych kar podlega kontroli sądu. Wykonawca biorący udział w postępowaniu, znając własne zasady funkcjonowania winien ocenić ryzyko zapłaty kar umownych i uwzględnić je w stawce. Niewątpliwie jednak ryzyko to będzie niższe w przypadku wykonawców stojących na wyższym poziomie organizacyjnym. Wykonawcy tacy, uznając ryzyko poniesienia kar umownych za niskie, mogą wciąż oferować konkurencyjne stawki czego efektem będzie powierzenie wykonania przedmiotu zamówienia podmiotowi świadczącemu usługi na wysokim poziomie przy zachowaniu konkurencyjnej ceny, co stanowi podstawowy cel zamówień publicznych określony w art. 17 Pzp. Kara umowna jest więc jednym z warunków postępowania znacznie wpływającym na realizacje jego podstawowego celu. Jednocześnie jak wskazuje orzecznictwo sądów powszechnych katalog kryteriów pozwalających na zmniejszenie kary umownej nie jest zamknięty, a ocena w tym zakresie, w zależności od okoliczności sprawy, należy do sądu orzekającego. Niewątpliwie miarkowanie kary umownej ma na celu przeciwdziałanie dużym dysproporcjom między wysokością zastrzeżonej kary a godnym ochrony interesem wierzyciela – wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 lutego 2021 r. V CSKP 17/21. W świetle rozważań Sądu Najwyższego zawartych w uzasadnieniu do wskazanego orzeczenia należy wskazać, iż ustalenie, że kara umowna ma charakter rażąco wygórowany, może nastąpić jedynie w konkretnych zmaterializowanych okolicznościach na podstawie wielu czynników. W tym kontekście nie sposób zawczasu ocenić, czy wprowadzony limit kar umownych ma charakter rażąco wygórowany. Ocena taka będzie możliwa dopiero w konkretnych okolicznościach, post factum przez sąd działający na podstawie stosownego wniosku wykonawcy. Z tych względów wskazany zarzut nie znajduje również jakiegokolwiek oparcia w przywołanych przez odwołującego przepisach prawa cywilnego. Jedynie na marginesie cywilistycznych

rozważań w zakresie rzekomego rażącego wygórowania limitu kar umownych, przywołać należy wyrok Sądu Najwyższego – Izby Cywilnej z 2002-05-22 I CKN 1567/99, gdzie wskazano na brak możliwości zastosowania art. 5Kcw stosunku do miarkowania kary umownej.

Zarzuty nr 6, 7, 8 i 9.

Odwołujący podniósł, iż zgodnie z art. 483 § 1 KC „można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi poprzez zapłatę określonej sumy (kara umowna)”. Zobowiązanie wykonane jest należycie, jeżeli zostało wykonane zgodnie z jego treścią, w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Przepis art. 354 § 1 KC jednoznacznie wskazuje, że postępowania dłużnika mające na celu spełnienie świadczenia należy oceniać z punktu widzenia czterech kryteriów, do których należą: treść zobowiązania, zasady współżycia społecznego, cel społeczno-gospodarczy

zobowiązania, ustalone zwyczaje. Szczegółowej analizie należy poddać przede wszystkim pierwsze z kryteriów wskazanych w zdaniu poprzedzającym, tj. treść zobowiązania. Treścią zobowiązania są przede wszystkim uprawnienia i obowiązki stron stosunku prawnego, które zostały określone w ramach łączącego strony stosunku prawnego, które są określone w postanowieniach umowy lub przepisie ustawy. Jednak treści zobowiązania nie można interpretować wyłącznie o literalne brzmienie treści stosunku prawnego, gdyż stosunek prawny kształtowany jest nie tylko w oparciu o prawa i obowiązki szczegółowo określone w oświadczeniach woli stron, ale także poprzez zobowiązania i uprawnienia wynikające z przepisów ustawy, zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów (art. 56 KC) (Grzegorz Tracz „Pojęcie wykonania i niewykonania zobowiązań w polskim prawie cywilnym" [w] Kwartalnik Prawa Prywatnego rok XVIII:2009, z. 1). Strony umowy mogą wprowadzić do umowy postanowienia, które pozwolą na naliczenie kary umownej w wysokości z góry określonej (określona suma) w sytuacji, gdy wykonawca nie uczyni zadość swoim obowiązkom wynikającym z umowy. Naruszenie obowiązku, które może skutkować naliczeniem kary umownej może dotyczyć wyłącznie świadczeń niepieniężnych, co wynika z literalnego brzmienia przepisu art. 483 § 1 KC. „Do przedmiotowo istotnych elementów zastrzeżenia kary umownej należy zaliczyć przede wszystkim określenie zobowiązania, a przynajmniej pojedynczego obowiązku, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie rodzi obowiązek zapłaty kary" (wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z 2 października 2020 roku, sygnatura akt III CSK 77/18).

Kary umowne stanowią zryczałtowane odszkodowanie dla zamawiającego związane z odpowiedzialnością wykonawcy za nienależyte wykonanie przedmiotu umowy. Podstawy

do naliczania kar umownych powinny być znane stronom umowy w dniu jej zawarcia. Dla ważności postanowienia umownego regulującego karę umowną w sposób ważny, tj. pozwalający na powstanie w przyszłości skutków prawnych, kluczowe jest prawidłowe określone essentialia negotii. Oznacza to, że postanowienia umowne dotyczące kar umownych powinny składać się z pewnych elementów konstrukcyjnych, charakteryzujących tę instytucję, bez których nie można mówić, że mamy z nią do czynienia. Do takich elementów kary umownej należy zaliczyć przede wszystkim określenie zobowiązania, a przynajmniej pojedynczego obowiązku, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie rodzi obowiązek zapłaty kary, a więc wskazanie tytułu jej naliczenia.

Zamawiający w pkt 4 załącznika numer 4 do projektowanych postanowień umowy, podczas kształtowania podstaw do naliczania kar umownych posłużył się zwrotem „w szczególności". Stanowi to podstawę do uznania, że określony przez zamawiającego katalog kar umownych jest katalogiem otwartym. Tak naprawdę jakiekolwiek rzekome naruszenie zobowiązań kontraktowych – nawet nieistotne - może być w tej sytuacji uznane za podstawę do naliczenia kar umownych. Przy tak ukształtowanych postanowieniach dotyczących kar umownych może również dojść do sytuacji, w której zamawiający naliczy wykonawcy karę umowną za działanie lub zaniechanie, za które nie ponosi on odpowiedzialności. Postanowienia pkt 4 załącznika numer 4 do projektowanych postanowień umowy prowadzą do wniosku, że zamawiający nie określił w sposób precyzyjny – jakie naruszenia wykonawcy będą skutkowały naliczeniem kar umownych. Prowadzi to do uznania, że brak jest jednego z elementów konstrukcyjnych właściwych dla postanowień o karach umownych. Takie działanie zamawiającego prowadzi do obejścia przepisów KC o odpowiedzialności odszkodowawczej, czyniąc wykonawców odpowiedzialnych za jakiekolwiek naruszenie, które może również nie mieć wpływu na główne świadczenie wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia. W postanowieniu pkt 3 załącznika numer 4 do projektowanych postanowień umowy, co najmniej dwa wskaźniki ze wskazanego wzoru są nieznane, tj. wskaźnik R - wskaźnik swobody ruchu dla linii i kierunku (liczba całkowita dodatnia) oraz W -wskaźnik tolerancji rozkładowej dla przystanku – liczba w przedziale <0; 1>, domyślnie: 1. W dniu składania oferty, wykonawca nie wie, jaki zakres naruszeń postanowień umowy będzie skutkował możliwością naliczenia przez zamawiającego kar umownych. W konsekwencji zamawiający uchybił obowiązkowi określenia kar umownych w sposób jednoznaczny i zgodny z przepisem art. 483 § 1 KC. Sformułowanie kar umownych w sposób sprzeczny z zasadami określonymi w orzecznictwie Sądu Najwyższego prowadzi do ich nieważności (wyrok Sądu Najwyższego z 20 maja 2021 roku, sygnatura akt IV CSKP 58/21; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie - I Wydział Cywilny z dnia 29 października 2021 roku, sygnatura akt I ACa 320/20; postanowienie Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 9 grudnia 2021 roku, sygnatura akt I CSK 366/21). Z tego

też powodu powinny zostać dostosowane przez zamawiającego do właściwych przepisów. Analiza postanowień pkt 3 załącznika nr 4 do projektowanych postanowień umowy, prowadzi także do wniosku, że zamawiający w tym przypadku przewidział możliwość obniżenia wynagrodzenia wykonawcy z tytułu nienależytego wykonania zamówienia, tj. opóźnień w realizacji świadczeń wykonawcy. Zamawiający w pkt. 3 załącznika numer 4 do projektowanych postanowień umowy przewidział karę umowną z tytułu opóźnienia w realizacji usług przewozowych (niepunktualne kursowanie). Jednakże podczas określania tej kary umownej wprowadził dla niej samodzielną nazwę, tj. pomniejszenie wynagrodzenia. Nazwanie kar umownych zmniejszeniem wynagrodzenia nie zmienia jednak charakteru tej instytucji prawnej. A co za tym idzie pomniejszenie wynagrodzenia stanowi karę umowną w rozumieniu art. 483 § 1 KC. Zgodnie z treścią art. 436 pkt 3) Pzp, umowa o zamówienie publiczne powinna przewidywać limit kar umownych. Charakter pomniejszenia wynagrodzenia z tytułu opóźnienia (niepunktualnego kursowania) potwierdza, że jest to kara umowna, a co za tym idzie powinno ono zostać objęte limitem wynikającym z treści art. 436 pkt 3) Pzp. Zamawiający nie tylko nie określił kar umownych w sposób pozwalający na ich oznaczenie w dniu zawarcia umowy, ale także tak sformułował postanowienia dotyczące kar umownych, że wykonawca o okoliczności powstania tytułu do naliczenia kary umownej dowiaduje się w chwili przesłania zawiadomienia o naliczeniu kar umownych. Analiza podstaw do naliczenia kar umownych prowadzi do wniosku, że przeważająca część naruszeń stanowiących podstawę do naliczenia kar umownych, może przy dołożeniu należytej staranności przez kierowcę konkretnego pojazdu pozostać niezauważony. Dla przykładu naruszenie dotyczące systemu oznaczeń – pkt 4 ppkt TIP 1 lit. h – pojazd jest oznaczony szeregiem naklejek (dowód załącznik nr 7), które są umieszczone w różnych miejscach pojazdu (na zewnątrz, wewnątrz). Odklejenie się jednej naklejki skutkuje naliczaniem kary umownej w wysokości „30 x stawka za wzkm" za każde 60 minut kursowania pojazdu. Wykonawca nie wiedząc, że jakakolwiek z naklejek się odkleiła nie może podjąć działań zmierzających do usunięcia tego naruszenia. Wykonawca nie uchyla się od obowiązku usunięcia naruszeń powodujących podstawę do naliczenia kar umownych, jednakże chciałby mieć możliwość podjęcia działań naprawczych przed nałożeniem kary. Podstawą do usunięcia naruszenia jest

uzyskanie wiedzy, że zamawiający stwierdził jakiekolwiek naruszenie po stronie wykonawcy. Wiedzę o takim naruszeniu wykonawca może powziąć tylko poprzez uzyskanie informacji od zamawiającego o stwierdzeniu naruszenia. W związku z czym, uzasadnione jest, aby kara umowna była naliczana w sytuacji, gdy wykonawca otrzyma od zamawiającego informację o naruszeniu i zaniecha usunięcia naruszenia w terminie wyznaczonym przez zamawiającego. Celem umowy na świadczenie usług przewozowych nie powinno być naliczanie kar umownych, ale zapewnienie prawidłowego wykonania takich usług, w czym zamawiający powinien

współdziałać (art. 354 § 2 kc). Zamawiający powinien zatem niezwłocznie powiadomić wykonawcę o naruszeniu i dać mu możliwość jego naprawienia, tak aby od razu zapewnić odpowiednią jakość usług, a nie zwiększać dochód z kar umownych. W konsekwencji odwołujący wnosi o wprowadzenie do załącznika nr 4 do projektowanych postanowień umowy mechanizmu, który pozwoli wykonawcy na sanowanie stwierdzonych przez zamawiającego naruszeń.

Zamawiający wskazał, co następuje.

Zarzut 6

W ślad za argumentacją przedstawioną w odniesieniu do zarzutu 5, ponownie podkreślić należy, iż unormowania Pzp nie zawierają szczególnych ograniczeń czy też wymogów w zakresie formułowania przesłanek lub wysokości kar umownych. Tym samym co do zasady należy przyznać zamawiającemu prawo do swobodnego kształtowania postanowień umowy w tym zakresie. Nie zmienia to faktu, iż o ile na wykonawcy spoczywa ryzyko związane z ewentualną zapłatą kar umownych, o tyle na zamawiającym spoczywa ryzyko uznania tych kar za rażąco wygórowane w toku procesu sądowego, a w konsekwencji ich obniżenia. Podkreślić jednak należy, iż ryzyko wykonawcy nie jest identyczne dla każdego z podmiotów i zależy od standardów funkcjonowania danego przedsiębiorcy. Zaś w przypadku projektowania postanowień umowy przez zamawiającego na etapie przygotowania postępowania, kary umowne siłą rzeczy muszą mieć charakter niejako uśredniony, gdyż nie wiadomo, kto ostatecznie zostanie zwycięzcą postępowania. W przedstawionym kontekście zarzut przekroczenia normy zawartej w 436 pkt 3 Pzp należy uznać za całkowicie bezpodstawny i sformułowany z przyczyn leżących po stronie odwołującego.

Nie sposób zgodzić się z argumentacją odwołującego, iż kary umowne określone w pkt 4 załącznika nr 4 do Umowy mają charakter niedookreślony. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż w dużej części kary sformułowano wprost jako określone uchybienie, przykładowo:

symbol: TMWI

Opis nieprawidłowości: Nieudostępnienie obrazu z Systemu Monitoringu Wizyjnego ze wskazanego okresu lub nieprzekazanie zamówienia do ZTM w terminie 14 dni od wpłynięcia do Operatora wniosku o zabezpieczenie nagrania.

Wartość kary: 200 x stawka wzkm za każdy przypadek, nie więcej niż jeden przypadek w dobie dla danego pojazdu

Jednocześnie w przypadku przesłanek naliczania kar kwestionowanych w odwołaniu, kary umowne zastrzeżono dla wystąpienia pewnej kategorii zdarzeń zdefiniowanych poprzez wyliczenie najczęściej występujących nieprawidłowości, przykładowo:

Symbol: TBK

Opis nieprawidłowości: Niesprawność instalacji pokładowej SPOzP, w szczególności:

a) autobus nie posiada zamontowanych wszystkich przewidzianych dla tego typu taboru kasowników,

b) system SPOzP jest całkowicie wyłączony lub zdemontowany,

c) dane wprowadzone do sterownika pokładowego lub kasowników (numer taborowy, numer linii, numer brygady) są niezgodne z rzeczywistymi oznaczeniami danego autobusu,

d) nieaktualna wersja plików konfiguracyjnych,

e) nieprawidłowy czas wskazywany przez kasowniki lub sterownik (z tolerancją +/-1 minuty względem czasu rzeczywistego),

f) brak zasilania kasowników w autobusie,

g) brak stałego połączenia kasowników ze sterownikiem, w szczególności nie dopuszczalne jest występowanie objawów stałego lub okresowego zaniku zasilania któregokolwiek z kasowników lub utraty łączności sterownika z którymkolwiek z kasowników,

h) informacje o alarmach na wyświetlaczu sterownika.

Wartość kary: 100 x stawka wzkm za każde rozpoczęte 60 minut kursowania pojazdu, w którym stwierdzono uchybienie.

W przedstawionym powyżej przypadku kara umowna jest naliczana za niesprawność wyposażenia pojazdu w zakresie Systemu Pobierania Opłat za Przejazdy (SPOzP), a więc kasowników i infrastruktury im towarzyszącej. Jest to system kluczowy dla zamawiającego, gdyż służy do realizacji jego statutowych zadań w zakresie sprzedaży i kontroli biletów.

Sankcjonowana jest w tym przypadku niesprawność systemu SPOzP zaś określenie „w szczególności" oraz wyliczenie przykładowych nieprawidłowości w funkcjonowaniu systemu służy jedynie zdefiniowaniu zbiorczego pojęcia jakim jest sformułowanie „Niesprawność instalacji pokładowej SPOzP". W przedstawionym kontekście nie sposób uznać, iż przesłanki naliczania kar umownych zostały określone w sposób niejednoznaczny czy też niejasny. Co do zasady Zamawiający określając przesłankę naliczania kary mógłby poprzestać na sformułowaniu „Niesprawność instalacji pokładowej SPOzP", jednak w celu dodatkowego wyjaśnienia, wprowadzono przykładowe wyliczenie przypadków niesprawności. Konstrukcje taką trudno uznać za niejasną czy też nieprecyzyjną. Co szczególnie istotne, odwołujący we wnioskach powiązanych z przedmiotowym zarzutem, nie wnosi o doprecyzowanie definicji, a o wprowadzenie do Załącznika nr 4 obowiązku Zamawiającego występowania do wykonawcy z wezwaniem do usunięcia stwierdzonych naruszeń, które miałoby każdorazowo poprzedzać naliczenie kar umownych. Z całą mocą podkreślić należy, iż wprowadzenie takiego postanowienia, de facto niweczyłoby stymulującą i dyscyplinującą funkcję kar oraz zdejmowałoby z wykonawcy obowiązek dbałości o jakość świadczonych usług. Aktywność wykonawcy mogłaby ograniczyć się właściwie do oczekiwania na pisemne zgłoszenia nieprawidłowości, zamiast podejmować przewidziane w

Umowie działania w celu wykrycia i usunięcia usterek. Nadto wykonawca mógłby każdorazowo kontestować wyznaczony czas na usunięcie nieprawidłowości jako nierealny.

Zarzut 7

Odwołujący zdaje się pomijać okoliczność, iż podstawowym obowiązkiem wykonawcy jako strony umowy cywilnoprawnej jest należyte wykonywanie usług składających się na przedmiot umowy. Gwarancją takiej realizacji usług jest sprawny system kontroli po stronie wykonawcy, który eliminuje nieprawidłowości bądź jeszcze przed etapem przewozu pasażerów bądź w możliwie krótkim czasie od ich wystąpienia. Taki model działania znacząco ogranicza ryzyka nie tylko naliczenia kar umownych, ale przede wszystkim nienależytego wykonania zobowiązania. Obowiązek taki wprost wynika z art. 471 KC. Działania tego typu niewątpliwie wchodzą w zakres wzorca należytej staranności wymaganej od podmiotów profesjonalnych. Zamawiający wprowadził do Umowy postanowienia ustanawiające obowiązki wykonawcy w tym zakresie m.in. w § 5 oraz załącznikach. Tymczasem zarzuty oraz wnioski odwołania, zmierzają do całkowitego przerzucenia na zamawiającego obowiązku kontroli jakości świadczonych usług. Działanie takie nie może zostać uznane za uprawnione. Zgodnie z Umową zamawiający pełni funkcje nadzorcze, ale jednocześnie wymaga, aby wykonawca samodzielnie kontrolował jakość świadczonych usług. Założone w Umowie kary umowne mają stymulować i dyscyplinować wykonawcę do aktywności w tym zakresie, która będzie premiowana poprzez niski wskaźnik naliczonych kar. Dążenie odwołującego do wyeliminowania sankcjonowania niewykonania lub nienależytego wykonywania umowy, nie znajduje podstaw prawnych i zmierza nieuchronnie do zachwiania równowagi ekonomicznej stron na niekorzyść zamawiającego w stopniu, którego nie da się zaakceptować. Formułując przedmiotowy zarzut, odwołujący niejako potwierdza brak po jego stronie kontroli nad wykonywaniem świadczonych usług. Wymaganie od zamawiającego informowania go o ustalonych nieprawidłowościach de facto prowadzi do zwolnienia wykonawcy z obowiązku kontroli jakości świadczonych usług przewozowych.

Jak wspomniano powyżej, to po stronie wykonawcy leży obowiązek świadczenia umowy przewozowej zgodnie z jej warunkami, w tym należytej dbałości o stan pojazdów, a katalog kar umownych wskazany przez zamawiającego w Załączniku nr 4 do Umowy wymienia naruszenia warunków Umowy i przypisuje im określone sankcje. Możliwe naruszenia warunków umowy dzielą się kilka grup: związane z nienależytym wykonywaniem obowiązków przez pracowników wykonawcy, związane z nienależytą dbałością o stan pojazdów operatora oraz związane z procesami nadzoru nad realizacją umowy po stronie operatora. W każdej ze wskazanych grup wykonawca w ramach organizacji prowadzonego przedsiębiorstwa może (i powinien) wprowadzić odpowiednie mechanizmy kontrolne mające na celu ograniczenie możliwości popełnienia naruszeń warunków umowy, a jeżeli takie

powstaną, mające na celu minimalizację strat po stronie wykonawcy. Zamawiający formułując warunki świadczenia usługi przewozowej wskazał wiele mechanizmów, które są wprost wymaganiami względem wykonawcy i wedle których powinny przebiegać procesy po stronie wykonawcy. Rzetelna realizacja procesów wskazanych w załącznikach do Umowy powinna przynieść wykonawcy informację o możliwych uchybieniach w świadczeniu umowy przewozowej. Zamawiający ma świadomość, że autobus, który w ruchu drogowym podczas realizacji kursów z pasażerami przez wiele godzin może przebywać poza terenem zaplecza technicznego wykonawcy, jest narażony na powstanie nowych usterek. Określone przez zamawiającego wymogi wskazane w punkcie 11 Załącznika nr 11 do Umowy „Czynności wykonywane przez prowadzącego pojazd podczas postoju na przystanku krańcowym", gdzie wśród obowiązków prowadzącego jest dokonanie inspekcji pojazdu po zakończeniu realizacji kursu, mają na celu ujawnienie ewentualnych usterek. Poprzez rzetelne wykonywanie obowiązków wynikających z postanowień Umowy to wykonawca ma w pierwszej kolejności ujawnić ewentualne usterki, czyli posiąść informacje o fakcie ich wystąpienia i podjąć adekwatne działania zmierzające do ich usunięcia. Zamawiający formułując w Załączniku nr 4 do Umowy warunki naliczania kar za usterki związane z nienależytą dbałością o stan autobusów, w przeszłości odnosił je do kursu, bowiem po zakończeniu realizacji kursu, wykonawca posiadając stosowną wiedzę w wyniku inspekcji, ma możliwość usunąć usterki (np.: przez naprawę na miejscu czy podmianę autobusu na wolny od usterek). Zgodnie z tymi zasadami zamawiający nie mógł ukarać wykonawcy za to samo uchybienie dwa razy. Jednakże, w związku z tym, że długość trwania kursów nie jest jednakowa, aby mechanizm sankcjonowania był obiektywny, zamawiający od 2018 r. stosuje mechanizm niekarania za to samo uchybienie w czasie 60 min, w których zawiera się większość kursów na liniach ZTM i po upływie których wykonawca może podjąć określone działania zapobiegawcze. Innymi słowy sankcja dotyczy nie tylko realizacji przewozów autobusem niespełniającym wymogów SWZ, ale również niedopełnieniu obowiązków w zakresie kontroli jakości usług – przykładowo niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu obowiązku inspekcji pojazdu po zakończonym kursie. Szczególnego podkreślenia wymaga, iż na mocy przepisów ustawy Prawo przewozowe (art. 14), niezależnie od charakteru zleceniodawcy, na wykonawcy jako przewoźniku ciąży obowiązek zapewnienia bezpiecznych, higienicznych i komfortowych warunków przewozu. Postanowienia Umowy wprowadzone przez zamawiającego mają wiec stymulować

wykonawcę do podejmowania przez niego działań w tym zakresie, będących de facto jego ustawowym obowiązkiem. Odwołujący, jako podmiot już świadczący usługi przewozowe dla zamawiającego, ma dostęp do narzędzia informatycznego jakim jest udostępniona odwołującemu aplikacja „Rejestr Pojazdów", dzięki której pozyskuje na bieżąco wiedzę o stwierdzonych przez zamawiającego usterkach pojazdów. Wykonawca umowy przewozowej ma zatem możliwość podjęcia kroków zaradczych i naprawienia

uchybienia niezwłocznie. Tym samym zarzut sformułowany przez odwołującego jest bezzasadny. W przedstawionym kontekście pozbawiony logiki wydaje się zarzut naruszenia art. 436 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym zamawiający jest zobligowany do wprowadzenia limitu kar umownych. Nawet gdyby wbrew logice uznać za zasadną argumentację odwołującego, nie sposób zaprzeczyć, iż zamawiający wprowadził w § 14 ust. 3 Umowy wymagany limit kar umownych. Tym samym zarzut naruszenia przytoczonego przepisu jest nietrafiony. W zakresie przywołanych przepisów Kodeksu cywilnego w pełni aktualna pozostaje argumentacja odnosząca się do zarzutu 5.

Zarzut 8

Zamawiający wskazał, iż waloryzacja wynagrodzenia ze względu na punktualność realizowania zleconych przewozów nie ma charakteru kary umownej (o czym szerzej w ramach odpowiedzi na Zarzut 9). Zamawiający wprowadził do wzoru na ocenę punktualności kursowania (wskazanego w załączniku nr 4 do Umowy), będącej jednym z podstawowych elementów składających się na ocenę jakości realizacji umowy przewozowej, dwa wskaźniki pozwalające uwzględnić wpływ okoliczności niezawinionych przez wykonawcę, a wpływających na brak możliwości realizacji kursów w sposób punktualny. Zgodnie z punktem 3.2. Załącznika nr 4 do Umowy jako punktualny jest uznany odjazd z przystanku, który nastąpił nie wcześniej niż minutę (60 sekund) przed wyznaczoną w rozkładzie jazdy godziną odjazdu oraz nie później niż 239 sekund (blisko 4 minuty) po tej godzinie. Zamawiający nie przewiduje możliwości powiększenia tolerancji na większe niż minutowe przyspieszenia odjazdu z przystanku, natomiast przewiduje taką możliwość dla kursów opóźnionych o 4 i więcej minut.

Zdefiniowana tolerancja punktualności została ustalona przez zamawiającego na podstawie ponad 30-letniego doświadczenia w organizacji transportu publicznego. Takie widełki pozwalają usprawiedliwić nieznaczne przyspieszenia oraz opóźnienia w odjazdach z przystanku, które wynikają z wpływu warunków ruchu drogowego na możliwość realizacji rozkładu jazdy i wykonywania usług przewozowych zgodnie z warunkami umowy. Warto nadmienić, że odwołujący świadczy usługi przewozowe wg takiej samej definicji punktualności od 2016 roku i dla przykładu w roku ubiegłym (2022) punktualność roczna dla trzech umów pomiędzy odwołującym a zamawiającym na łącznie 150 autobusów w ruchu wyniosła pomiędzy 96,5 a 99,4%. Odwołujący jako podmiot profesjonalny jest zatem w stanie oszacować poziom ryzyka związanego z możliwością zastosowania pomniejszeń z tytułu zawinionych odjazdów niepunktualnych, ująć to ryzyko w kalkulacjach kosztów i ostatecznie uwzględnić w stawce. Realizacja umowy przewozowej w warunkach ruchu drogowego, jaki panuje na obszarze świadczenia usług, mimo przyjętej tolerancji stwarza ryzyko realizacji odjazdów wykraczających poza określone w Załączniku nr 4 do Umowy ramy, co może nie być zawinione przez wykonawcę. Zamawiający wprowadził zatem do

wzoru na obliczenie cząstkowych współczynników niepunktualności wskaźnik „R" – wskaźnik swobody ruchu, który przyjmuje domyślnie wartość zero. Każda dodatnia całkowita liczba różna od zera działa na korzyść wykonawcy, gdyż de facto przesuwa o takt minutowy (60-sekundowy) granice tolerancji opóźnień odjazdów z przystanków. Współczynnik „R" równy 1 powoduje, że odjazdy z przystanków mieszczące się w przedziale do 299 sekund (czyli blisko 5 minut) po godzinie wynikającej z rozkładu jazdy są uznawane jako punktualne, a zatem wykonawca w przypadku wystąpienia okoliczności niezależnych od niego nie jest sankcjonowany pomniejszeniem wynagrodzenia. Zamawiający ocenia punktualność odjazdów w oparciu o dane geolokalizacyjne, które są przekazywane z autobusów na bieżąco do zamawiającego. Na podstawie dużej ilości danych z autobusów wszystkich operatorów jest możliwe ustalenie, ile odjazdów i w jakich okresach było opóźnionych jako np. skutek kongestii (spiętrzenia) w ruchu drogowym, czyli że nie było możliwe ich wykonanie w czasie rozkładowym, co za tym idzie opóźnienie nie było zawinione przez wykonawców. Ustalenie na podstawie analizy statystycznej parametru „R" jako większego niż zero zdejmuje z wykonawców ryzyko uznania opóźnionych odjazdów jako niepunktualnych i pomniejszenia z tego tytułu należnego im wynagrodzenia. Innymi słowy zamawiający na podstawie bieżącej analizy danych spływających z całej sieci komunikacyjnej może rozszerzyć tolerancję czasową dla późniejszych odjazdów, a tym samym wyłączyć stosowanie mechanizmu obniżenia wynagrodzenia ze względu na punktualność.

Z kolei parametr „W", który występuje w obu wzorach na ocenę punktualności odjazdów, zgodnie z zapisami Załącznika nr 4 do Umowy może przyjąć tylko dwie wartości – zero albo jeden. Domyślnie przyjmowane jest jeden, co oznacza, że dowolna wartość pomnożona przez jeden pozostaje na tym samym poziomie. Dla sytuacji, w których ocena punktualności odjazdu z konkretnego przystanku nie byłaby wiarygodna (np. dla przystanków, przy których występują znaczne zakłócenia sygnału GPS, mogące wpływać na rzetelność raportowanych danych) zamawiający,– zdejmując z wykonawcy ryzyko naliczenia pomniejszeń za niezawinione przez niego okoliczności – może przyjąć wartość parametru „W" dla takiego przypadku (konkretnego przystanku) jako zero, co sprawia, że zgodnie z regułami matematycznymi każda wartość pomnożona przez zero daje zero. Wówczas pomniejszeń dla takiego przypadku (przystanku) nie bierze się pod uwagę w ocenie jakości realizacji umowy przewozowej a tym samym pomniejszenie wynagrodzenia za niezawinione przez wykonawcę przekroczenie przedziału tolerancji nie wystąpi. Innymi słowy zamawiający w oparciu o aktualną sytuację związaną z konkretnym przystankiem może wyłączyć ten przystanek z oceny punktualności, co w oczywisty sposób działa na korzyść wykonawcy. Należy jeszcze zwrócić uwagę, że wykonawca posiadający na bieżąco wiedzę na temat sytuacji ruchowej podczas realizacji usług przewozowych, dysponuje dodatkowo dwoma

mechanizmami, które pozwalają na uniknięcie pomniejszeń w przypadku wystąpienia nadzwyczajnych zdarzeń powodujących utrudnienia w ruchu i uniemożliwiających prawidłową realizację rozkładu jazdy. Pierwszy z nich to tryb

sterowania bezpośredniego, który w założeniu ma minimalizować skutki utrudnień w ruchu drogowym dla pasażerów, tj. zapewnić jak największą regularność kursowania autobusów, ale który także wyłącza naliczanie cząstkowego współczynnika niepunktualności dla pojazdów opóźnionych. Mechanizm stosowania trybu sterowania bezpośredniego w sposób przejrzysty został opisany przez zamawiającego w Załączniku nr 5.1 do Umowy. Drugi z mechanizmów to możliwość wystąpienia do zamawiającego z wnioskiem o czasowe odstąpienie od oceny punktualności i zawodności kursowania pojazdów oraz rozliczenia kilometrów na podstawie wykonania (pkt 3.9. Załącznika nr 4 do Umowy). Zastosowane przez zamawiającego mechanizmy, w tym dwa wskaźniki stanowiące element wzoru do oceny punktualności i obliczenia ewentualnych pomniejszeń z tytułu niepunktualnych odjazdów, zostały opisane w sposób precyzyjny i pozwalają w okolicznościach niezależnych od wykonawcy na uniknięcie niesłusznego naliczania pomniejszeń należnego wynagrodzenia.

Jednocześnie należy wskazać, iż zamawiający dokonał zmian w dokumentacji przetargowej w celu doprecyzowania wyjaśnień poszczególnych wskaźników, polegających na uszczegółowieniu samego opisu wskaźników „R" i „W", generalnej zasadzie ich wyliczania, a także przejrzystości przekazywania tej informacji wykonawcy. Zmodyfikowana treść pkt 3.3 i 3.4 załącznika nr 4 do Umowy stanowi załącznik pisma.

Zarzut 9

Przepis art. 436 pkt 3) Pzp obliguje zamawiającego do wskazania w umowie limitu kar umownych. Z normy zawartej w przedmiotowym przepisie, jak i innych przepisach Pzp nie sposób wyinterpretować jednak zakazu wprowadzania przez zamawiającego mechanizmów dostosowujących poziom wynagrodzenia do jakości czy też kompletności świadczenia w zakresie przedmiotu zamówienia. Innymi słowy zamawiający posiada uprawnienie do ustalenia kryteriów oceny świadczonych na jego zlecenie usług i wprowadzenia mechanizmu dostosowującego wysokość wypłacanego wynagrodzenia do bieżącego poziomu jakości. W tym stanie rzeczy zarzuty naruszenia wskazanych przez odwołującego przepisów Pzp należy uznać za nieuzasadnione. Jednocześnie należy wskazać, iż zgodnie z art. 354 § 1 KC dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Podstawowym kryterium należytego wykonania umowy w zakresie przewozów w ramach komunikacji miejskiej jest punktualność realizowanych kursów. Wynika to z celu zawarcia przedmiotowej umowy jakim jest realizacja przez zamawiającego zadania własnego m.st. Warszawy jako gminy w zakresie transportu

lokalnego. Społeczna doniosłość tak ustalonego kryterium jakości świadczonych usług wydaje się oczywista, jednak warto w tym miejscu wskazać, iż komunikacja miejska stanowi podstawowy środek transportu w drodze do szkoły i pracy oraz przy okazji załatwiania podstawowych spraw życia codziennego dla milionów mieszkańców aglomeracji warszawskiej.

W opisanych powyżej uwarunkowaniach mechanizm korekty wynagrodzenia w związku z punktualnością nabiera szczególnego znaczenia w zakresie usług użyteczności publicznej, świadczonych na zlecenie zamawiającego, jednak na rzecz ostatecznego odbiorcy, jakim jest pasażer komunikacji miejskiej. Opisywany mechanizm, w odróżnieniu od kar umownych, pozwala na odejście od kategorii niewykonania i nienależytego wykonania umowy. Kurs wykonany niepunktualnie pozostaje zakwalifikowany jako wykonanie umowy. Przyjęcie konstrukcji kary umownej zgodnie ze stanowiskiem odwołującego prowadziłoby do nielogicznych wniosków, skoro bowiem zgodnie z art. 483 § 2 CK dłużnik nie może bez zgody wierzyciela zwolnić się z zobowiązania przez zapłatę kary umownej, to wykonawca byłby zobligowany do powtórzenia niepunktualnie wykonanego kursu co jest niemożliwe. W tych okolicznościach przyjęcie konstrukcji kary umownej dla kursów niepunktualnych wydaje się nie tylko nie celowe, ale również niemożliwe, co czyni zarzuty naruszenia przepisów KC również nieuzasadnionymi. Zaproponowany przez zamawiającego mechanizm należy przyrównać do konstrukcji określonej w art. 358^1 § 2 KC. Strony stosunku zobowiązaniowego nie są zobowiązane określić w umowie wynagrodzenia w sposób kwotowy. W pełni dopuszczalne jest również wskazanie sposobu ustalania wysokości wynagrodzenia, co zostało uczynione w obu umowach. W tym przypadku wynagrodzenie należne wykonawcy obliczane jest jako iloczyn liczby wykonanych kilometrów i ustalonej stawki skorygowanej o współczynniki określone w załączniku nr 4 do Umowy.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zarzuty odwołującego (nr 5, 6, 7, 8 i 9) są niezasadne. Zdaniem Izby rację ma zamawiający, który twierdzi, że sformułowanie, jakiego użył w załączniku nr 4 „w szczególności", to wyliczenie przykładowych nieprawidłowości w funkcjonowaniu systemu i służy jedynie zdefiniowaniu zbiorczego pojęcia. Nie ma bowiem możliwości, aby na obecnym etapie postepowania zamawiający był w stanie ustalić i zdefiniować w sposób szczegółowy wszystkie możliwe przypadki, jakie mogą wystąpić na etapie realizacji umowy, skutkujące możliwością naliczenia kary umownej. Jest to zadanie niewykonalne. Tym samym definicyjne wyjaśnienie przez zamawiającego obszarów, w jakich będzie poruszał się zamawiający w zakresie kar, jest jak najbardziej prawidłowe i wystarczające.

Odwołujący we wnioskach powiązanych z przedmiotowym zarzutem nie wnosi o doprecyzowanie definicji, a o wprowadzenie do załącznika nr 4 obowiązku zamawiającego

występowania do wykonawcy z wezwaniem do usunięcia stwierdzonych naruszeń, które miałoby każdorazowo poprzedzać naliczenie kar umownych. W ocenie Izby wprowadzenie takiego postanowienia de facto niweczyłoby stymulującą i dyscyplinującą funkcję kar oraz zdejmowałoby z wykonawcy obowiązek dbałości o jakość świadczonych usług. Aktywność wykonawcy mogłaby ograniczyć się właściwie do oczekiwania na pisemne zgłoszenia nieprawidłowości, zamiast podejmowania przewidzianych w umowie działań w celu wykrycia i usunięcia usterek. Nadto wykonawca mógłby każdorazowo kontestować wyznaczony czas na usunięcie nieprawidłowości jako nierealny. Działanie takie nie może zostać uznane za uprawnione. Zgodnie z umową zamawiający pełni funkcje nadzorcze, ale jednocześnie wymaga, aby wykonawca samodzielnie kontrolował jakość świadczonych usług. Założone w umowie kary

umowne mają stymulować i dyscyplinować wykonawcę do aktywności w tym zakresie, która będzie premiowana poprzez niski wskaźnik naliczonych kar. Dążenie odwołującego do wyeliminowania sankcjonowania niewykonania lub nienależytego wykonywania umowy, nie znajduje podstaw prawnych i zmierza nieuchronnie do zachwiania równowagi ekonomicznej stron na niekorzyść zamawiającego w stopniu, którego nie da się zaakceptować.

Odwołujący jako podmiot już świadczący usługi przewozowe dla zamawiającego ma dostęp do narzędzia informatycznego, jakim jest udostępniona odwołującemu aplikacja „Rejestr Pojazdów", dzięki której odwołujący pozyskuje na bieżąco wiedzę o stwierdzonych przez zamawiającego usterkach pojazdów. Wykonawca umowy przewozowej ma zatem możliwość podjęcia kroków zaradczych i naprawienia uchybienia niezwłocznie. Tym samym twierdzenia odwołującego o rzekomej niewiedzy w zakresie stwierdzonych uchybień są bezzasadne.

Zdaniem Izby zastosowane przez zamawiającego mechanizmy, w tym dwa wskaźniki stanowiące element wzoru do oceny punktualności i obliczenia ewentualnych pomniejszeń z tytułu niepunktualnych odjazdów, zostały opisane w sposób precyzyjny i pozwalają w okolicznościach niezależnych od wykonawcy na uniknięcie niesłusznego naliczania pomniejszeń należnego wynagrodzenia.

Jednocześnie należy wskazać, iż zamawiający dokonał zmian w dokumentacji przetargowej w celu doprecyzowania wyjaśnień poszczególnych wskaźników, polegających na uszczegółowieniu samego opisu wskaźników „R" i „W", generalnej zasadzie ich wyliczania, a także przejrzystości przekazywania tej informacji wykonawcy.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający posiada uprawnienie do regulowania zobowiązania wykonawcy w sposób odzwierciedlający potrzeby i charakter wykonywanego świadczenia. Zdaniem Izby najbardziej istotny cel, jaki zamierza osiągnąć zamawiający, to punktualność wykonywania kursów. Nie dziwi zatem fakt, iż aby zmobilizować wykonawcę

do skutecznej realizacji zamówienia konieczne jest przyjęcie środków, które będą mobilizowały wykonawcę do prawidłowej realizacji przedmiotu umowy.

Z uwagi na powyższe należy uznać, iż mechanizm korekty wynagrodzenia ze względu na punktualność jest w pełni dopuszczalny na zasadzie swobody kontraktowej, o której mowa w art. 353^1 KC. Jego wprowadzeniu nie stoją na przeszkodzie przepisy ani Pzp, ani KC. Zarzuty odwołującego zmierzają wyłącznie w kierunku minimalizacji po jego stronie ryzyka wynikającego z umowy.

Zarzut nr 10.

Odwołujący podniósł, iż zamawiający w rozdziale VI ust. 12 SWZ oraz § 5 pkt 30 projektowanych postanowień umowy ustanowił wymóg, aby kierowcy dyspozytorzy i pracownicy służby nadzoru ruchu zostali zatrudnieni na podstawie umowy o pracę. Dochowanie tego obowiązku w obecnych warunkach gospodarczych jest obiektywnie niemożliwe. Rynek przewoźników autobusowych od wielu lat zmaga się z drastycznym problemem braku kierowców oraz innych pracowników specjalistycznych o właściwych uprawnieniach. Jest to wiedza powszechnie dostępna – problemy w tym zakresie stają się przedmiotem wielu publikacji, w tym medialnych. Z tego też powodu stroną, która decyduje o warunkach i sposobie zatrudnienia nie jest podmiot zatrudniający (wykonawca), lecz osoba zatrudniana. Od kilku lat odwołujący w swoim przedsiębiorstwie zauważa, że kierowcy, dyspozytorzy i pracownicy służby nadzoru ruchu nie chcą zawierać umów o pracę, wybierając umowy zlecenia, które dają im większą elastyczność, w tym m.in. w zakresie organizowania swojego czasu i swobody zakończenia współpracy. Odwołujący nie jest jedynym podmiotem, który mierzy się z tym problemem. Jak wynika z powszechnie dostępnych baz danych, podmioty wewnętrzne realizujące usługi przewozów autobusowych w oparciu o zamówienia in-house zatrudniają kierowców m.in. w oparciu o umowy zlecenia (MPK Wrocław, MPK Kraków, MPK Rzeszów, MZA Warszawa). Warunki panujące na rynku, prawo wyboru formy zatrudniania przez osobę zatrudnianą, które wynika z zasady swobody umów, prowadzą do konkluzji, że żaden wykonawca na rynku nie będzie miał narzędzi, aby skłonić personel niezbędny do realizacji zamówienia (w ramach którego najliczniejszą grupę stanowią kierowcy) do zawarcia umowy o pracę zamiast umowy zlecenia. W konsekwencji obiektywnie niemożliwe jest zrealizowanie obowiązku ustanowionego przez zamawiającego w zakresie zatrudnienia na podstawie umów o pracę osób wykonujących czynności wskazane w rozdziale VI ust. 12 SWZ oraz § 5 pkt 30 projektowanych postanowień umowy. Zamawiający kształtując postanowienia SWZ w ten sposób pomija w zupełności fakt, że umowy zlecenia w obecnym kształcie praktycznie nie różnią się od umów o pracę w zakresie obowiązków publicznoprawnych. W przypadku obu rodzajów umów podmiot zatrudniający zobowiązany jest do odprowadzania składek na ubezpieczenie społeczne oraz podatków.

Umowy zlecenia objęte są także zakresem ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, a co za tym idzie podmiot zatrudniający nie może wypłacać wynagrodzeń w wysokości niższej, aniżeli wynika to z właściwych przepisów. W konsekwencji umowy te różnią się od siebie jedynie elastycznością w wykonywaniu czynności objętych umową oraz możliwością szybszego ich zakończenia przez osobę zatrudnioną. Jednocześnie zatrudnianie personelu, o którym mowa w rozdziale VI ust. 12 SWZ oraz § 5 pkt 30 projektowanych postanowień umowy, na podstawie innych umów niż umowa o pracę nie pogarsza bezpieczeństwa czy standardu świadczenia usług. Osoby te nadal muszą bowiem dysponować odpowiednimi uprawnieniami i kwalifikacjami, niezależnie od podstawy ich zatrudnienia. Wskazane okoliczności pozwalają na uznanie, że oba rodzaje umów są względem siebie ekwiwalentne i w przypadku, gdy dana osoba preferuje zatrudnienie na podstawie umowy zlecenia, prawo to nie powinno być jej ograniczane. Pominięcie tego postanowienia w dokumentacji postępowania może skutkować obiektywną niemożliwością świadczenia. Wymóg zatrudnienia ww. osób w oparciu o umowy o pracę w sytuacji, gdy preferowaną przez nich formą jest umowa zlecenia, uniemożliwi wykonawcom działającym na rynku realizację zamówienia.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z: po pierwsze – raportów dot. sytuacji na rynku transportowym oraz problemu z kierowcami na rynku transportowym – na okoliczność trudności z zatrudnianiem kierowców zawodowych oraz po drugie – wydruki potwierdzające, że inni zamawiający dopuszczają możliwość świadczenia usługi przez zatrudnianie kierowców na umowy zlecenia, w tym spółki samorządowe (dot. MZA Warszawa, Arriva, MPK Wrocław, MPK Kraków) oraz SWZ z przetargów w Lublinie, gdzie zamawiający dopuścił umowy zlecenia oraz umowy B2B – na okoliczność, iż inni zamawiający dostrzegają problem z zatrudnianiem kierowców na umowy o pracę.

Zamawiający wskazał, iż określając swoje wymagania w zakresie zatrudnienia kierowców, dyspozytorów i pracowników służby nadzoru ruchu na podstawie umowy o pracę, uczynił zadość nie tylko wymogom stawianym przez przepisy (art. 95 ust. 1 Pzp), ale również wskazówkom wynikającym z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie z art. 95 ust. 1 Pzp „Zamawiający określa w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r.– Kodeks pracy (Dz.U. z 2022 r. poz. 1510)". Użycie w ww. przepisie wyrażenia „określa" nosi cechy imperatywu odnoszącego się do działań zamawiającego, nie pozostawiając mu miejsca na interpretację czy odstępstwa od zasady.

Zamawiający nie ma swobody w podjęciu decyzji o postawieniu wymogu zatrudniania na podstawie umowy o pracę, jeśli przeprowadzona przez niego analiza wykaże, że dane czynności mieszczą się w definicji stosunku pracy. „Jeśli realizacja czynności w ramach udzielanego zamówienia polega na wykonywaniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 Kodeksu pracy to zamawiający musi określić w opisie przedmiotu zamówienia wymóg zatrudnienia, a wykonawca lub podwykonawca mają obowiązek zatrudniać osoby wykonujące czynności objęte tym wymogiem" (tak KIO m.in. w uchwale z dnia 13 grudnia 2019 r., KIO/KD 75/19, w wyroku z dnia 7 grudnia 2020 r., KIO 3033/20).

Jak wynika z art. 95 ust. 1 Pzp, podstawę prawną do określenia czy czynności wykonywane przez pracowników wykonawcy polegają na wykonywaniu pracy, stanowi art. 22 § 1 Kodeksu pracy. Przepis ten określa konstytutywne cechy stosunku pracy: a) wykonywanie pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy, b) wykonywanie pracy pod kierownictwem pracodawcy, c) w miejscu wyznaczonym przez pracodawcę, d) i w czasie przez niego wyznaczonym, a pracodawca - do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem.

Nie ulega wątpliwości, że specyfika pracy kierowców, pracowników obsługi technicznej czy nadzoru ruchu nosi wszystkie ww. cechy, wobec czego nie sposób uznać, iż osoby te nie są pracownikami w rozumieniu Kodeksu pracy. Słuszność stanowiska zamawiającego znajduje również potwierdzenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 kwietnia 2017 r., KIO 745/17: „nie ulega wątpliwości, że zatrudnienie kierowców regularnej komunikacji miejskiej, pracowników zaplecza technicznego bazy transportowej oraz dyspozytorów nosi cechy stosunku pracy. Z tych względów omawiany wymóg nie narusza art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, wynika wprost z imperatywnej dyspozycji art. 29 ust. 3a ustawy Pzp [obecnie art. 95 ust. 1 pzp – przyp. aut.]". Odwołujący wskazuje, iż spełnienie stawianego przez zamawiającego warunku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę jest świadczeniem niemożliwym do spełnienia w obecnych warunkach gospodarczych oraz że umowa o pracę i umowa zlecenia są względem siebie „ekwiwalentne" a różnią się jedynie elastycznością. Nie sposób zgodzić się z taką oceną. Zdaniem zamawiającego argumentacja przedstawiona przez odwołującego zdaje się pomijać pewne istotne kwestie, które nie wpisują się w narrację przyjętą przez odwołującego. Oczywistym jest, iż w wyniku ogólnoświatowych wstrząsów, jakimi były kolejno: pandemia koronawirusa, wojna w Ukrainie czy inflacja, kryzys na rynku pracy stał się faktem, bez względu na dziedzinę. Wiele osób na skutek opisywanych okoliczności straciło zatrudnienie na podstawie umowy o pracę, gdyż dalsze ich utrzymywanie nie było po prostu opłacalne. Tendencja ta zdaje się pogłębiać, z uwagi na to, iż – wbrew twierdzeniom odwołującego – zatrudnianie pracowników na zasadach przewidzianych przez Kodeks pracy staje się dla pracodawcy dużo bardziej uciążliwe niż np. współpraca na podstawie umowy zlecenia (chociażby za sprawą niedawnej

nowelizacji Kodeksu pracy, która z dniem 26 kwietnia br. Wprowadziła szereg uprawnień pracowniczych – w domyśle kosztem pracodawców, tj. nowe uprawnienia rodzicielskie, pracę zdalną, ochronę przed zwolnieniem i nowe obowiązki informacyjne w zakresie umów o pracę). Należy jednak pamiętać, że odwołujący jest profesjonalistą od lat oferującym usługi w dziedzinie komunikacji miejskiej i wszelkie aspekty (w szczególności ekonomiczne) związane z polityką zatrudnienia, dostosowaniem jej do zmieniających się wymogów prawnych, powinien wkalkulować w ryzyko prowadzonej przez siebie działalności, a nie – częściowo poprzez żądanie zgłoszone we wniosku dot. zarzutu – przerzucać je na zamawiającego. Z pewnością nie można przystać na twierdzenie, że ww. wymagania zamawiającego czynią umowę niemożliwą do wykonania. Racjonalna polityka kadrowa, dzięki zapewnieniu pracownikom godziwych i stabilnych warunków zatrudnienia, z pewnością jest możliwa do wdrożenia, a w ostatecznym rozrachunku da wykonawcy skuteczne narzędzie (dzięki spełnieniu wymogu z art. 95 ust. 1 pzp) do ubiegania się o udzielenie kolejnych zamówień. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, że umowa o pracę i umowa zlecenia różnią się jedynie elastycznością, gdyż głównym czynnikiem je rozróżniającym był i jest nadal czynnik ekonomiczny. Było to oczywiste również dla Urzędu Zamówień Publicznych, który w opinii prawnej dotyczącej art. 29 ust. 3a ustawy Pzp (poprzednika art. 95 ust. 1 w ustawie Pzp z 2004 r.) zidentyfikował ten problem w następujący sposób: „Przyzwalanie na taką praktykę, tj. uznawanie niepracowniczego statusu pracownika oznacza, że wykonując pracę uzyskuje on mniej korzystny status prawny (np. ze względu na brak prawa do urlopu, brak ochrony wynagrodzenia, odpowiedzialność odszkodowawczą, niezaliczanie okresu pracy do stażu pracy, brak prawa do odzieży ochronnej itd.), podczas gdy zatrudniający ponosi mniejsze koszty, uzyskując te same korzyści co z pracy pracownika zatrudnionego na podstawie umowy o pracę"
(źródło:

wiedzy/interpretacjaprzepisow/opiniearchiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/inne/opinia-dotyczaca-art.-29-ust.-

3austawy-pzp).

Zasadniczym celem zamawiającego jest uzyskanie w wyniku udzielenia zamówienia usług wykonywanych w sposób należyty, maksymalnie pewny co do jakości i trwałości współpracy. Zagwarantowanie przez wykonawcę, iż osoby wykonujące kluczowe z punktu widzenia realizacji umowy czynności zatrudnione będą na podstawie umowy o pracę oznacza, iż będą one ponosić przed swoim pracodawcą odpowiedzialność pracowniczą, materialną itd., co daje zamawiającemu rękojmię, iż usługi te będą wykonywane odpowiedzialnie, prawidłowo i pod nadzorem. Każda z funkcji, co do których zamawiający stawia warunek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę (kierowcy, dyspozytorzy i pracownicy służby nadzoru ruchu), wymaga od osoby ją sprawującej maksymalnej odpowiedzialności, umiejętności szybkiego reagowania, odporności na stres. Dla bezpieczeństwa pasażerów i uczestników ruchu drogowego niezbędne jest, aby czynności te wykonywały osoby zatrudnione przez operatora

na podstawie umowy o pracę, a nie traktujące te zadania w sposób dorywczy, uzupełniający, czy jak nazywa to odwołujący – elastyczny. Swoboda zakończenia współpracy, którą jako atut umowy zlecenia wskazuje odwołujący, z punktu widzenia zamawiającego stanowi potencjalne zagrożenie trwałości, niezmienności obsady, przekładający się na niepewność co do kompetencji sezonowo napływających zleceniobiorców i gwarancji, że zlecona im praca zostanie wykonania bez szkody dla Warszawskiego Transportu Publicznego.

Podzielając stanowisko zamawiającego, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zarzut odwołującego jest bezzasadny. Jak słusznie wskazał zamawiający – wymagania zamawiającego będące realizacją obowiązku nałożonego na niego przez art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, zważywszy na charakter i zakres planowanych usług, z pewnością nie stanowią naruszenia ani zasady proporcjonalności (art. 16 pkt 3 ustawy Pzp) ani zasad współżycia społecznego (art. 5 KC., art. 353^1 KC), a wręcz przeciwnie – stanowi wyraz zmaterializowania ich w postanowieniach umownych. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 7 marca 2023 r., KIO 455/23: „Zasada proporcjonalności wymaga, aby działania zamawiającego nie wykraczały poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia zamierzonego celu, tj. w tym przypadku dla oceny czy wykonawca jest w stanie należycie wykonać przedmiot zamówienia.” Jak podniósł zamawiający, stawiany przez niego (od lat we wszystkich umowach) wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę jest adekwatny i proporcjonalny do stopnia złożoności, zakresu oraz przeznaczenia przedmiotu zamówienia. Z pewnością nie został on określony na poziomie, który nie byłby uzasadniony rzeczywistymi potrzebami zamawiającego. Izba stwierdziła, że wymóg określony przez zamawiającego odpowiada realnemu zapotrzebowaniu rynku, a okoliczności wykazywane przez odwołującego co najwyżej mogą zmobilizować wykonawcę do podjęcia działań w celu zaoferowania pracownikom takich warunków zatrudnienia, które nie będą budziły wątpliwości. Okoliczność, iż inni zamawiający dopuszczają formę umowy zlecenia, pozostaje irrelewantna wobec oczekiwań zamawiającego w przedmiotowym zamówieniu.

Zarzut nr 11.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający w postanowieniu § 3 ust. 1 pkt 2) projektowanych postanowień umowy nałożył na wykonawcę obowiązek dostosowywania pojazdów do wymogów wynikających z przepisów prawa. Postanowienie to nakłada na wykonawców obowiązek realizacji zadań, które w dniu składania ofert nie są znane – wykonawca nie wie, jaki zakres prac dostosowawczych ma ująć w swojej ofercie. Skutkuje to tym, że opis przedmiotu zamówienia nie został przygotowany w sposób wyczerpujący, jednoznaczny i precyzyjny. Takie ukształtowanie postanowienia skutkuje tym, że oferty w postępowaniu nie

będą możliwe do porównania, a co za tym idzie opis ten został sformułowany w sposób sprzeczny z zasadami Pzp.

Zamawiający odpowiadając na postawiony zarzut wskazał, iż zgodnie z § 3 ust. 1 Umowy, „Operator oświadcza i zobowiązuje się, że wszystkie autobusy przeznaczone przez niego do wykonywania usług będących przedmiotem niniejszej Umowy:

1) spełniać będą wszystkie wymagania wynikające z postanowień Umowy i SWZ oraz przepisów obowiązującego prawa dotyczących wykonywania autobusowych usług przewozowych zbiorowej komunikacji miejskiej,

2) dostosowane zostaną niezwłocznie do zmienionych wymogów w każdym przypadku zmiany przepisów określających wymagania dotyczące autobusów używanych w regularnej zbiorowej komunikacji miejskiej”.

Art. 99 Pzp zawiera siedem ustępów – odwołujący nie wskazuje jednak konkretnej jednostki redakcyjnej art. 99, z którą w jego ocenie stoi w sprzeczności postanowienie § 3 ust. 1 pkt 2 Umowy. Podobnie w zakresie naruszenia art. 433 Pzp, gdzie odwołujący wskazuje na naruszenie normy prawnej określonej w ust. 3, podczas gdy artykuł ten nie zawiera ust. 3. Sama zatem redakcja zarzutu nie pozwala na jego uwzględnienie, gdyż nie wskazuje norm prawnych, których naruszenia dopatruje się odwołujący.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, iż nałożony na wykonawcę zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 2 Umowy obowiązek dostosowania pojazdów, którymi będą wykonywane przewozy, stanowi standardową klauzulę umowną zawieraną powszechnie w umowach przewozowych przez organizatorów publicznego transportu zbiorowego. Sam odwołujący realizuje na rzecz zamawiającego umowy, które zawierają analogiczne postanowienia. Odwołujący nigdy dotychczas nie kwestionował przedmiotowych warunków. W konsekwencji należy uznać, iż obowiązek dostosowania pojazdów do zmian wymogów wynikających z przepisów prawa ma charakter standardowego ryzyka związanego z realizacją kontraktu przewozowego. Obowiązek wykonywania przewozu osób w komunikacji miejskiej pojazdami zgodnymi z wymogami prawa stanowi istotę przedmiotu zamówienia. Tylko takie sformułowanie warunków realizacji zamówienia zapewnia nie tylko możliwość samej realizacji przewozów, ale przede wszystkim bezpieczeństwo ruchu lądowego oraz

przewożonych pasażerów. Nałożenie takiego obowiązku na wykonawcę stanowi przejaw dopuszczalnego rozłożenia ryzyka wynikającego z realizacji umowy. Trudno bowiem uznać, iż w umowach o udzielenie zamówienia publicznego całe ryzyko winno spoczywać na zamawiającym. W tym miejscu podkreślić należy, iż w przyjętym przez zamawiającego modelu realizacji przedmiotu zamówienia ryzyka wykonawcy są i tak znacznie ograniczone – w szczególności nie ponosi on jakiegokolwiek ryzyka związanego z liczbą przewożonych pasażerów oraz z wielkością sprzedaży biletów. Niezależnie od napełnienia pojazdu oraz

przychodów ze sprzedaży biletów, wykonawca otrzymuje wynagrodzenie za wykonane wzkm.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zarzut jest niezasadny. W ocenie Izby w całości należy podzielić argumentację zamawiającego stwierdzającą, iż ryzyko dostosowania pojazdów do zmieniających się wymogów określonych w przepisach prawa należy ocenić jako daleko mniej istotne niż ryzyka obciążające zamawiającego. Dodatkowo ryzyko to doznaje dalszych ograniczeń dzięki gwarancjom ustrojowym demokratycznego państwa prawa związanym z procedurą stanowienia prawa, jak choćby zasada lex retro non agit czy też odpowiedniego vacatio legis. W przedstawionym kontekście nie sposób uznać, iż rozkład ryzyka wynikający z umowy nadmiernie obciąża wykonawcę. Zgodnie z art. 14 ustawy Prawo przewozowe ustawodawca nakłada na wykonawcę, czyli przewoźnika w rozumieniu przepisów ww. ustawy, obowiązki w zakresie stałe zapewnienia bezpieczeństwa. W tym stanie rzeczy należy uznać, iż nałożenie na wykonawcę obowiązku dostosowania pojazdów do ewentualnych zmian wymogów prawa w przyszłości nie może zostać uznane za sprzeczne z przepisami Pzp i stanowi dopuszczalny podział ryzyka pomiędzy stronami umowy, a nadto jest przejawem normalnego ryzyka prowadzenia działalności gospodarczej po stronie wykonawcy.

Zarzut nr 12.

Odwołujący wskazał, iż Umowa o zamówienia publiczne powinna być ukształtowana w sposób proporcjonalny, tj. ryzyka związane z jej realizacją powinny obciążać obie strony w sposób równomierny. Zamawiający przewidział możliwość zwiększenia przedmiotu zamówienia maksymalnie o 5%, z drugiej jednak strony przewidział możliwość obniżenia wolumenu wozokilometrów (pracy przewozowej do zrealizowania przez wykonawcę) o 10%. Poziom obniżenia liczby wozokilometrów ma dla odwołującego duże znaczenie, ponieważ od liczby wozokilometrów uzależniony jest podział kosztów świadczenia usług na liczbę wozokilometrów. Część kosztów składających się na cenę oferty nie jest zależna od liczby wozokilometrów (koszt bazy, koszty ubezpieczeń, finansowanie autobusów) i jest dzielona na pojedyncze wozokilometry. W związku z czym zmiana liczby wozokilometrów ma duże znaczenie dla obliczania ceny oferty i ryzyko związane ze zmianą wozokilometrów poprzez zwiększenie lub zmniejszenie wolumenu wozokilometrów, powinno być ukształtowane w sposób proporcjonalny, tj. zmiana poprzez zmniejszenie i zwiększenie powinna obejmować ten sam zakres.

Zamawiający wskazał, iż zgodnie z § 1 ust. 3 Umowy: „W okresie 01.01.2024 -31.12.2026, ZTM zlecać będzie Operatorowi wykonywanie usług przewozowych w

nominalnej ilości rocznej 4.000.000 (cztery miliony) -10/+5% (minus dziesięć/plus pięć procent) wozokilometrów zwanych dalej „wkm" przy wykorzystaniu autobusów wymienionych w ust. 1".

Sformułowanie § 1 ust. 3 Umowy, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie może być traktowane jako nałożenie na niego jakiegokolwiek ryzyka. Ponownie podkreślić należy, iż ryzyko związane z liczbą przewożonych pasażerów jak również wielkością sprzedaży biletów, a także kontrolą i windykacją należności z tytułu przejazdu bez ważnego biletu obciążają wyłącznie zamawiającego i nie wpływają na wynagrodzenie wykonawcy. Tym samym zwiększenie o 5% lub ograniczenie o 10% liczby zleconych wzkm nie obciąża wykonawcy, zwłaszcza w sytuacji, w której umowa jednoznacznie gwarantuje minimalną liczbę zleconych wzkm, zaś oferta wykonawcy jest skalkulowana w oparciu o stawkę za jeden wzkm.

Nawet gdyby uznać postanowienia § 3 ust. 1 Umowy za czynnik ryzyka, to wskazać należy, iż żaden przepis Pzp nie obliguje do równomiernego podziału każdego zidentyfikowanego ryzyka. Ryzyka związane z wykonywaniem umowy są przypisywane poszczególnym stronom umowy z uwzględnieniem ich roli. Ponownie wskazać należy, iż zamawiający jako organizator publicznego transportu zbiorowego przyjął na siebie w pełni ryzyko związane z popytem na usługi komunikacji miejskiej. Jeśli przyjąć sposób rozumowania odwołującego, ryzyko popytu na usługi przewozowe również winno zostać podzielone równomiernie.

Powyższa argumentacja obnażająca sprzeczności w rozumowaniu odwołującego jednoznacznie wskazuje na brak podstaw do uwzględnienia przedmiotowego zarzutu. Jedynie na marginesie podkreślić należy, iż analogiczne postanowienia, dające zamawiającemu możliwość nieznacznego zwiększenia lub zmniejszenia liczby zlecanych przewozów, pozwalają na elastyczne zarządzanie siecią komunikacyjną, w której naturalnym zjawiskiem są wahania potrzeb komunikacyjnych związanych z okresami urlopowymi lub świątecznymi, wydarzeniami kulturalnymi itp. Analogiczne postanowienia umów przewozowych funkcjonują od lat u wszystkich większych operatorów publicznego transportu zbiorowego w Polsce i nie były dotąd kwestionowane. Z praktycznego punktu widzenia zlecana do wykonania praca przewozowa wynika przede wszystkim z potrzeb przewozowych artykułowanych przez pasażerów, ale także z możliwości ich realizacji. Zamawiający oszacował nominalną wartość zlecanej pracy przewozowej na poziomie 4 mln wzkm rocznie. Określenie maksymalnego możliwego wzrostu pracy przewozowej do 5% wynika przede wszystkim z przepisów prawa, które nakazują określenie w umowie maksymalnej wartości środków przeznaczonych na realizację umowy. Wartość 5% w ocenie zamawiającego na podstawie jego 30-letnich doświadczeń pozwala na zrealizowanie ewentualnych niezbędnych objazdów wynikających z prowadzonych prac drogowych i drobnych

dodatkowych potrzeb przewozowych, które mogą pojawić się w trakcie realizacji umowy. Jednocześnie na bazie wspomnianych doświadczeń i wieloletniego już stosowania analogicznych rozwiązań we wcześniejszych zamówieniach,

zamawiający określił minimalną wartość możliwości zmniejszenia pracy przewozowej do poziomu nie większego niż 10%. Różne sytuacje powodujące zmniejszony popyt na usługi przewozowe (np. pandemia) nakazują zgodnie z Ustawą o finansach publicznych racjonalnie wydatkować środki publiczne i odpowiednio zmniejszać zakres nieefektywnych usług. Jednocześnie biorąc pod uwagę zasady współżycia społecznego oraz reguły wynikające z Pzp zamawiający ograniczył możliwość tego zmniejszenia do 10%. Należy zauważyć, że taka możliwość działa również na korzyść operatora w sytuacji np. czasowego ograniczenia dostępności kierowców (co miało miejsce w 2022 roku) dając możliwość okresowego zmniejszenia zadań zgodnie z warunkami umowy bez konieczności jej zmiany. Ponadto zmniejszenie pracy przewozowej nie powoduje zmniejszenia jedynie wynagrodzenia z tego tytułu, ale także kosztów po stronie operatora, w szczególności kosztów zmiennych jak koszty paliwa czy wynagrodzenia pracowników.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zarzut odwołującego jest niezasadny. Izba zwraca uwagę, iż odwołujący w sposób ogólny podał jako zarzut naruszenie art. 99 ustawy Pzp, bez wskazania konkretnej jednostki redakcyjnej przepisu. Tym samym nie jest wiadomym, który konkretnie ustęp wskazanego przepisu jest przez odwołującego skarżony. Nie jest bowiem zadaniem Izby domyślanie się za odwołującego, które przepisy zdaniem odwołującego zostały naruszone przez zamawiającego. Wadliwe postawienie zarzutu uniemożliwia zatem jego rozpoznanie i powoduje jego oddalenie.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 maja 2022 r. sygn. akt KIO 1087/22 „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. 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, Izba nie ma możliwości, by je uwzględnić. Obowiązkiem strony jest w pierwszej

kolejności wskazanie w środku zaskarżenia okoliczności, które uznaje za istotne dla rozstrzygnięcia, a następnie przedstawienie dowodów na potwierdzenie tych okoliczności”.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że zamawiający w sposób jasny i transparentny dał wyraz swojego zapatrywania na ewentualne ograniczenie lub zwiększenie zakresu przedmiotu zamówienia. Jawna dla wszystkich wykonawców przewidywana możliwość nie ogranicza w żaden sposób konkurencji czy równego traktowania wykonawców, a żaden z przepisów ustawy Pzp nie nakazuje zamawiającemu w sposób proporcjonalny traktowania tolerancji zakresu zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……