

**WYROK**

Warszawa, dnia 23 grudnia 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 19 grudnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2024 r. przez wykonawcę Asseco Data Systems S.A. z siedzibą w Gdańsku

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest: Innobaltica Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku

**orzeka:**

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutów opisanych jako Zarzut nr 1, Zarzut nr 2 pkt: od 1 do 11; pkt od 13 do 15; pkt 17; pkt 22; Zarzut nr 4 z powodu ich uwzględnienia przez zamawiającego i/ lub wycofania tych zarzutów przez odwołującego;
2. oddala odwołanie;
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Asseco Data Systems S.A. z siedzibą w Gdańsku, i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Asseco Data Systems S.A. z siedzibą w Gdańsku tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 4462/24

**Uzasadnienie**

InnoBaltica Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320) - dalej: „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Eksploracja systemu FALA”; znak sprawy ZP/11/24 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”), o wartości szacunkowej powyżej progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 listopada 2024 r. pod nr 702609-2024.

W dniu 18 listopada 2024 r. zamawiający opublikował na stronie internetowej prowadzonego postępowania dokumentację postępowania, w tym Specyfikację Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”).

W dniu 28 listopada 2024 r. przez wykonawcę Asseco Data Systems S.A. z siedzibą w Gdańsku (dalej „odwołujący”) zostało wniesione odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na wadliwym, tj. niezgodnym z ustawą Pzp, sformułowaniu SWZ.

Odwołujący sformułował zarzuty naruszenia:

1. art. 16 pkt 1 i pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 1 i 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez wadliwe ustalenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej - wskazanie w Rozdziale VII SWZ „Informację o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia” pkt ii) - poprzez sporządzenie nieproporcjonalnego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunków udziału w postępowaniu, który to opis narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców, jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia;
2. art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego (dalej „KC”) w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, w tym także w zakresie wzoru umowy, obowiązującego przy

realizacji zamówienia w sposób naruszający równość stron stosunku cywilnoprawnego oraz istotnie przekraczający zasadę swobody umów bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności poprzez przerzucenie na wykonawcę niemożliwych do oszacowania ryzyk;

3.art. 433 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 1, w zw. z art. 16 ustawy Pzp w związku z art. 471

i 472 KC poprzez niejednoznaczne określenie zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej i wprowadzenie kar umownych za „opóźnienie” w realizacji umowy;

4.art. 433 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1, w zw. z art. 16 ustawy Pzp w związku z art. 471

i 472 KC poprzez niejednoznaczne określenie zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej i wprowadzenie kar umownych dla wykonawcy, które są nieprecyzyjne i niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;

5.art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup>

KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustalenie klauzuli waloryzacyjnej w sposób nie pozwalający na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niwelujący ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego, co przy aktualnym poziomie inflacji oraz wzroście wynagrodzeń, prowadzi do uznania postanowień wzoru umowy w zakresie waloryzacji wynagrodzenia w niezmienionym kształcie za naruszające zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania

w całości i nakazanie zamawiającemu wykonanie czynności polegających na:

- 1.modyfikacji SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania, a jeśli to konieczne, modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu;
- 2.przedłużeniu terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach;
- 3.przyznaniu odwołującemu kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia.

W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Zamawiający złożył do akt sprawy pismo procesowe z 16 grudnia 2024 r. - Odpowiedź na odwołanie, w którym oświadczył, że uwzględni odwołanie w zakresie: (1) Zarzutu nr 1;

(2) Zarzutu nr 2 pkt: 1); 5); 6); 10); 11); 13); 14); 15); 22); (3) Zarzutu nr 4. Ponadto wniósł

o odrzucenie odwołania w zakresie: (1) Zarzutu nr 2 pkt: 2); 3); 4); 7); 8); 9); 12); 16); 17); 18); 19); 20); 21); (2) Zarzutu nr 3; (3) Zarzutu nr 5, przedstawiając szczegółową argumentację.

W piśmie z 18 grudnia 2024 r. odwołujący przedstawił swoje stanowisko w związku

z odpowiedzią zamawiającego na odwołanie. W pierwszej kolejności wskazał, że zamawiający uwzględnił część zarzutów odwołującego, w odniesieniu do tej części odwołujący oczekuje ich realizacji zgodnie z treścią oświadczenia zamawiającego. Ponadto, w zakresie części zarzutów odwołującego zamawiający wniósł o ich oddalenie, przy czym jednocześnie dokonał zmiany kwestionowanych przez odwołującego postanowień lub udzielił odpowiedzi, która jest dla odwołującego satysfakcjonująca. W związku z powyższym odwołujący wycofał następujące zarzuty: zarzut nr 2 pkt 2), pkt 3), pkt 4), pkt 8), pkt 9). W zakresie pozostałych zarzutów odwołujący wniósł o ich uwzględnienie. Jednocześnie, w związku ze stanowiskiem zamawiającego, przekazany w odpowiedzi na odwołanie, odwołujący zaprezentował dodatkowe stanowisko.

Ponadto w zakresie zarzutu nr 2 pkt 7, w odniesieniu do którego zamawiający w swojej odpowiedzi posłużył się następującymi pojęciami w pkt 7.3 i 7.4: „AD.7.3. Zamawiający zakłada 100 aparatów zabezpieczających” oraz „Ad. 7) 4. Zamawiający zakłada 1000 m okablowania, zgodnie z dokumentacją”, odwołujący prezentując swoje stanowisko w piśmie

z 18 grudnia 2024 r. podtrzymał żądanie wskazania maksymalnej liczby aparatów zabezpieczających, które mogą podlegać wymianie, oraz wskazania maksymalnej liczby metrów bieżących okablowania oraz podania w jakich rodzajach instalacji ma podlegać wymiana okablowania. Zamawiający na rozprawie zadeklarował, że dokona zmian

we wskazanym zakresie, precyzując jednoznacznie liczbę aparatów zabezpieczających

- maksimum 100 oraz okablowania - maksimum 1000 m. Biorąc pod uwagę powyższe oświadczenie zamawiającego - odwołujący wycofał zarzut opisany jako Zarzut nr 2 w pkt 7 odwołania.

W zakresie zarzutów, które zostały przez zamawiającego uwzględnione, oraz

w zakresie wycofanych przez odwołującego - Izba umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w punkcie 1

sentencji. W pozostałym zakresie Izba uznała, że zarzuty odwołującego nie zasługują na uwzględnienie.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przesłaną przez zamawiającego w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią na nie a także stanowiskiem odwołującego zaprezentowanym w piśmie z 18 grudnia 2024 r., a także po wysłuchaniu stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje**

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób.

Odwołujący jest podmiotem, który oferuje usługi objęte przedmiotem postępowania.

W wyniku uregulowania postanowień SWZ w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp został on pozbawiony uczestnictwa w postępowaniu na uczciwych i zgodnych z prawem warunkach, w tym możliwości złożenia ważnej i konkurencyjnej oferty. W konsekwencji, w rezultacie działań zamawiającego odwołujący może ponieść szkodę, polegającą na uniemożliwieniu mu uzyskania zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia korzyści w postaci zysku, który odwołujący zamierza osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła dowód z dokumentacji postępowania, przesłanej przez zamawiającego do akt sprawy.

Izba dopuściła dowody z dokumentów przedstawionych przez odwołującego, załączonych do pisma procesowego z 18 grudnia 2024 r. w postaci:

- 1.,„Regulamin Świadczenia Usług Komunikacji Elektronicznej przez Polkomtel Sp. z o.o. dla Abonentów”;
- 2.,„Regulamin świadczenia usług komunikacji elektronicznej B2B” przez T-Mobile;
- 3.,„Regulamin świadczenia usług telekomunikacyjnych dla abonamentowych usług mobilnych Play”;
- 4.,„Regulamin świadczenia multimedialnych usług Orange”;

na okoliczność wykazania, że operatorzy telekomunikacyjni, zgodnie z zapisami zawartymi w regulaminach, nie gwarantują parametrów SLA.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje**

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z zapisem w Rozdziale IV SWZ jest Eksploatacja Systemu FALA. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w Załączniku nr 10 do SWZ.

W treści załącznika nr 10 (pkt 2 - Informacje o systemie FALA, ppkt 2.1 Wstęp) opisano, że zamawiany system FALA jest narzędziem do planowania podróży oraz płacenia za przejazd w transporcie publicznym na terenie województwa pomorskiego. W ramach niniejszego postępowania zamawiający zamierza zakupić usługi w zakresie eksploatacji Systemu FALA w okresie od 14.03.2025 r. do 30.09.2028 r. System FALA obejmuje swoim zasięgiem trasy transportu kolejowego (pociągi aglomeracyjne i regionalne, tj. pociągi POLREGIO oraz PKP SKM w Trójmieście) oraz trasy komunikacji miejskiej organizowanej przez następujące miasta Gdańsk, Gdynia, Chojnice, Lębork, Słupsk, Władysławowo, Puck. FALA umożliwia zakup usług transportowych u różnych przewoźników przez jeden system. Pasażer, aby móc korzystać ze wszystkich udogodnień, jakie oferuje FALA, rejestruje konto w Systemie. Umożliwia to zautomatyzowanie dużej części procesów związanych z doбором odpowiedniej opłaty za przejazd (z wykorzystaniem ulg, najkorzystniejszych opcji cenowych itp.). System pozwala rozliczyć pasażera za przejazdy na danej trasie na podstawie identyfikowania go w różnych pojazdach komunikacji miejskiej (na podstawie Check in - Check out). Do korzystania z infrastruktury Systemu FALA (falomatów i czytników) posiadanie konta FALA nie jest obligatoryjne. Za przejazd zapłacić można kartą bankomatową lub skorzystać z biletu papierowego z kodem QR. Na System FALA składa się portal pasażera systemfala.pl wraz z planerem podróży, dostępny przez stronę www oraz przez aplikację mobilną dostępną na Android i iOS, a także falomaty i czytniki, czyli urządzenia będące połączeniem kasowników i biletomatów, zamontowanych w pojazdach komunikacji miejskiej oraz na przystankach

i stacjach kolejowych. Każda osoba zarejestrowana w Systemie FALA zarządza swoim kontem np. przypisuje uprawnienia do ulg, podcina sposób płatności (np. kartę płatniczą, ePortmonetkę, BLIK). W trakcie realizacji Projektu PZUM został zrealizowany standardowy interfejs przeznaczony do integracji tzw. API PZUM oraz opracowane zostały procedury (umożliwiające podłączanie do Systemu urządzeń innych producentów i innych systemów). Pojazdy komunikacji lokalnej oraz przystanki i stacje kolejowe zostały wyposażone

w walidatory (Falomaty) umożliwiające odczyt kart NFC, kart płatniczych i kodów QR, natomiast kontrolerzy w nowoczesne urządzenia do kontroli, obsługujące również karty EMV. Przygotowane zostało Centrum Personalizacji umożliwiające personalizację kart FALA oraz Punkty Obsługi Klienta do obsługi Pasażerów.

Warunki na których zostanie zawarta umowa zamawiający opisał w załączniku nr 5 do SWZ - „Projektowane postanowienia umowy”.

Izba, biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron a także zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu uznała, że odwołanie w zakresie zarzutów, które nie zostały uwzględnione przez zamawiającego i nie zostały wycofane przez odwołującego - nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności odnosząc się do zarzutu nr 2 pkt 12, 16, 18, 19, 20, 21 tj. naruszenia art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego

w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, w tym także w zakresie wzoru umowy obowiązującego przy realizacji zamówienia w sposób naruszający równość stron stosunku cywilnoprawnego oraz istotnie przekraczający zasadę swobody umów bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności poprzez przerzucenie na wykonawcę niemożliwych do oszacowania ryzyk - zarzut ten nie zasługiwał na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że w powyższym zakresie odwołujący kwestionował następujące postanowienia przyszłej umowy.

W zakresie opisywanym w Zarzucie nr 2 pkt 12, odwołujący opisywał i kwestionował postanowienie zamieszczone w Załączniku nr 7 pn. „SLA”, będącym jednocześnie załącznikiem do Załącznika nr 10 „Opis przedmiotu zamówienia” w którym zamawiający w pkt 1.15. wskazał co następuje: „1.15 Niezaliczany jest czas niedostępności lub ograniczonej dostępności do „Czas niedostępności lub ograniczonej dostępności” w przypadkach gdy wystąpi on w wyniku działań lub zaniechań stron trzecich takich jak dostawcy energii elektrycznej, operatorzy telekomunikacyjni, operator systemu GPS, organizacje VISA

i MasterCard a Wykonawca wykonał wszystkie działania zapobiegawcze i zastosował rozwiązania techniczne przewidziane w Dokumentacji a mechanizmy zabezpieczające przyjęte przez Wykonawcę były wystarczające w stosunku do parametrów SLA, umów lub parametrów świadczenia usługi poszczególnych dostawców usług świadczonych przez takie strony trzecie. W celu potwierdzenia spełnienia powyższych warunków, Wykonawca przedstawi Zamawiającemu umowy z dostawcami tych usług lub standardowe warunki świadczenia tych usług o ile nie ma możliwości zawarcia umowy.”

Odwołujący wnosił o zmianę tego postanowienia, bowiem w żadnym przypadku nie może on ponosić odpowiedzialności za działania stron trzecich, na których działania lub zaniechania nie ma wpływu. Zaproponowane rozwiązanie przez zamawiającego w istocie nakłada na wykonawcę obowiązki, którymi wykonawca nie może być obciążony np. zawarcia bliżej niesprecyzowanych umów lub obowiązku wykazania, że umów zawrzeć nie można. Zobowiązanie które narzuca zamawiający powoduje, że wykonawca nie ma możliwości oszacowania ryzyka, które może stanowić przesłankę do naliczenia kar umownych lub nawet odstąpienia od umowy. Treść tego postanowienia ma kluczowe znaczenie dla odwołującego, bowiem precyzyjne określenie jego zobowiązania ma w tym zakresie charakter krytyczny.

W związku z powyższym wnosił o nakazanie zamawiającemu nadania postanowieniu w pkt 1.15 następującej treści: „1.15 Niezaliczany jest czas niedostępności lub ograniczonej dostępności do „Czas niedostępności lub ograniczonej dostępności” w przypadkach gdy wystąpi on w wyniku działań lub zaniechań stron trzecich”.

Odnosząc się do zarzutu opisanego jako nr 2 pkt 16 odwołujący przywoływał zapisy Załącznika nr 3 do OPZ pn. „Opis przedmiotu zamówienia w ramach [Usługi GSM],”

w rozdziale 2.1.2.4. „Obsługa kart SIM”, w którym zamawiający wskazał w pkt 7.1 co następuje: „7.1.Wykonawca udostępni Zamawiającemu możliwość bezpłatnego sprawdzania aktualnego stanu limitów w aktualnym okresie rozliczeniowym oraz aktywowanie kart sim przez 24 godziny na dobę przez wszystkie dni w roku – poprzez dedykowaną aplikację webową. Aplikacja zapewni także monitorowanie pozwalające na kontrolę ilości przesyłanych danych oraz statusu (zalogowany/ niezalogowany). Aplikacja zapewni także funkcjonalność umożliwiającą aktywowanie dodatkowych pakietów danych.”

Odwołujący wnosił o zmianę treści tego postanowienia. Wykonawca nie jest dostawcą aplikacji webowych do zarządzania kartami SIM. Dostawcami takich aplikacji webowych są poszczególni operatorzy GSM. Funkcjonalność aplikacji jest różna dla poszczególnych operatorów GSM. Wykonawca nie ma żadnego wpływu na działania operatorów

komunikacyjnych, jako strony trzeciej i nie może odpowiadać za ich działania jak za własne, a taką zgodnie z treścią pkt. 1.15 Załącznika nr 7 do OPZ - SLA zostali uznani przez zamawiającego operatorzy telekomunikacyjni. Z tej przyczyny wnosił o nakazanie zamawiającemu nadania postanowieniu w pkt 7.1 następującej treści: „7.1. Wykonawca w ramach zawieranej umowy z operatorem sieci GSM na usługi komórkowej transmisji danych, wskaże Zamawiającego, jako użytkownika aplikacji webowej danego operatora GSM, o ile będzie istniała taka możliwość u danego operatora GSM.”

Opisując zarzuty nr 2 pkt 18 odwołujący wskazywał na sformułowanie przez zamawiającego Załącznika nr 3 do OPZ pn. „Opis przedmiotu zamówienia w ramach [Usługi GSM],” Zamawiający, w rozdziale 2.1.2.4. „Obsługa kart SIM wskazał w pkt 7.3, 7.4 i 7.5

co następuje: „7.3. Na każde żądanie Zamawiającego Wykonawca niezwłocznie dokona blokady karty SIM - w przypadkach: 7.3.1.1. utraty karty (zagubienie, kradzież), 7.3.1.2.nadużycia lub nieautoryzowanego użytkownika wynikającego z wewnętrznych przepisów Zamawiającego, 7.3.1.3. z innych powodów wynikających z wewnętrznych procedur Zamawiającego.” 7.4 Odblokowanie zablokowanej karty SIM nastąpi nie później niż w terminie 4 godzin od zgłoszenia, a wydanie nowej karty (w przypadku utraty) - nie później niż do końca pierwszego dnia roboczego następującego po dniu zgłoszenia przedstawicielowi Zamawiającego (z depozytu przekazanego przez Wykonawcę). 7.5 Wykonawca zapewni możliwość czasowego blokowania (zawieszenia) kart SIM na każde żądanie Zamawiającego nie później niż w terminie 24 godzin od zgłoszenia - w taki sposób, że karty pozostają zablokowane i nie są za nie pobierane żadne opłaty. Czas blokady (zawieszenia) nie może przekroczyć 6 miesięcy, po tym czasie musi nastąpić wznowienie świadczenia usług. Blokadą czasową może być objętych jednocześnie do 10 % wszystkich kart SIM.”

Odwołujący wskazywał, że wykonawca nie jest operatorem sieci GSM i nie ma możliwości blokowania kart SIM. W celu zapewnienia jak najkrótszego czasu realizacji usługi blokowania wnosił, aby zamawiający dokonywał zgłoszeń blokad kart SIM bezpośrednio

u operatorów sieci GSM. Z tej przyczyny wnosił o nakazanie zamawiającemu usunięcia przedmiotowych postanowień lub nadania postanowieniu w pkt 7.3 następującej treści:

„7.3. Wykonawca po podpisaniu Umowy udzieli Zamawiającemu pełnomocnictwa na podstawie którego Zamawiający będzie mógł dokonać zgłoszenia blokady karty SIM u operatorów z wykorzystaniem aplikacji webowych lub za pośrednictwem biur obsługi klientów operatorów GSM”.

Formułując kolejny zarzut opisany jako nr 2 pkt 19 odwołujący cytował zapisy w Załączniku nr 3 do OPZ pn. „Opis przedmiotu zamówienia w ramach [Usługi GSM],” w rozdziale 2.1.2.5. „Pozostałe Wymagania” wskazujące w pkt 9.2 co następuje: „9.2. Wszelkie dostarczone usługi powinny spełniać wymogi bezpieczeństwa i poufności transmisji danych za co odpowiada Wykonawca.”

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu usunięcia przedmiotowego postanowienia. Jego zdaniem zamawiający przerzuca na wykonawcę odpowiedzialność za działania i zaniechania podmiotu trzeciego, na którego wykonawca nie ma i nie może mieć wpływu. Taka konstrukcja zasad odpowiedzialności wykonawcy powoduje, że nie ma on możliwości oszacowania ryzyka świadczenia usługi, co skutkuje brakiem możliwości oszacowania przedmiotu zamówienia i złożenia konkurencyjnej oferty.

W zarzucie nr 2 pkt 20 odwołujący ponownie cytował Załącznik nr 3 do OPZ pn. „Opis przedmiotu zamówienia w ramach [Usługi GSM],” w rozdziale 2.1.2.5. „Pozostałe Wymagania”, pkt 9.3 o treści: „9.3. W przypadku niedotrzymania warunków technicznych łączy Zamawiający ma prawo do wcześniejszego wypowiedzenia umowy z winy Wykonawcy”, wnosząc o nakazanie zamawiającemu usunięcia przedmiotowego postanowienia.

Ponownie twierdził, że na wykonawcę przerzuca się odpowiedzialność za działania i zaniechania podmiotu trzeciego, na którego wykonawca nie ma i nie może mieć wpływu. Wykonawca nie może odpowiadać, za działania i decyzje operatorów telekomunikacyjnych - w szczególności, że usługą, którą dostarcza jest usługą powszechną, regulowaną przez przepisy szczególne. Odwołujący wskazuje dla przykładu, że danemu operatorowi może na danym terenie wygasnąć pozwolenie radiowe co będzie wymagało przeorganizowania przez Operatora na danym terenie łączności GSM (zasięgu). W takim przypadku wystąpi sytuacja, na którą wykonawca nie ma wpływu. Taka konstrukcja zasad odpowiedzialności wykonawcy powoduje, że nie ma on możliwości oszacowania ryzyka świadczenia usługi, co skutkuje brakiem możliwości oszacowania przedmiotu zamówienia i złożenia konkurencyjnej oferty.

Stawiając zarzut nr 2 pkt 21 odwołujący wskazał na zapisy Załącznika nr 3 do OPZ pn. „Opis przedmiotu zamówienia w ramach [Usługi GSM],” w rozdziale 2.1.2.5. „Pozostałe Wymagania” wskazał w pkt 9.5, zgodnie z którym: „9.5 Wykonawca zapewni prędkość pobierania na poziomie co najmniej 20 MB/s oraz prędkość wysyłania na poziomie co najmniej 5 MB/s oraz opóźnienie maksymalne do 45 ms. Podane wartości muszą zostać zapewnione przez 24 godziny na dobę w każdym dniu roku dla każdej karty SIM.”

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu usunięcia przedmiotowego postanowienia jako niemożliwego do spełnienia i wskazywał, iż z uwagi na zastosowane technologie radiowe GSM, przemieszczanie się urządzeń odbiorczych, ograniczoną pojemność sieci radiowej (pasmo radiowe jest dzielone pomiędzy wszystkie urządzenia zalogowane do danej stacji bazowej), nie ma możliwości zapewnienia powyższych parametrów.

Wszystkie cytowane wyżej postanowienia odnoszą się w istocie do jednej kwestii dotyczącej ponoszenia przez wykonawcę odpowiedzialności za działania czy też zaniechania podmiotów trzecich tj. operatorów telekomunikacyjnych. Odwołujący podkreślał, że nie ma wpływu na te podmioty, jakość świadczonych przez nie usług, ich działania w zakresie jakości usług, ani przerw w świadczeniu usług. Nie zgadzał się w konsekwencji na to, aby to wykonawca był obciążony odpowiedzialnością za działania takiego podmiotu jak telekom, który będzie uwzględniony w jego odpowiedzialności kontraktowej, tj. zapewnienia odpowiedniej jakości świadczenia usług dostarczanych przez telekom. Powyższe bowiem w sposób bezpośredni przekłada się na okoliczność, iż niespełnienie wymogów kontraktowych w zakresie usług operatorów telekomunikacyjnych, będzie wiązało się z ewentualną ich niedostępnością, niedotrzymaniem wymogów SLA, co z kolei narazi przyszłego wykonawcę na sankcje kontraktowe: zapłatę kar umownych, a nawet odstąpieniem od umowy.

Na wstępie Izba pragnie podkreślić, że nie jest rolą Izby takie kształtowanie zapisów SWZ czy też postanowień umownych w taki sposób, aby zapewnić wykonawcy optymalne dla niego warunki realizacji zamówienia publicznego. Izba wyłącznie ocenia działania

i zaniechania zamawiających pod kątem ich zgodności z prawem. Zamawiający jako gospodarz postępowania, w granicach przepisów prawa, opisuje przedmiot zamówienia

w sposób, który zagwarantuje spełnienie jego uzasadnionych potrzeb, nawet gdyby powodowało to, że ukształtowane w SWZ, w tym projekcie umowy wymagania

czy oczekiwania będą wiązały się z przyjęciem przez wykonawcę takich zobowiązań

czy odpowiedzialności, których wzięcie na siebie związane będzie z określonym ryzykiem. Wykonawca musi każdorazowo rozważyć czy chce podjąć się realizacji danego zamierzenia

i czy, w określonych warunkach opisanych przez zamawiającego, jest w stanie dany przedmiot zamówienia zrealizować i skalkulować cenę na takim poziomie, który z jednej strony pozwoli mu uzyskać zamówienie, z drugiej zaś przejąć na siebie pewne ryzyka i je skalkulować.

W sytuacji zatem, gdy opisany przez zamawiającego przedmiot zamówienia jest podyktowany jego uzasadnionymi potrzebami, nie zaś zamiarem wyeliminowania z rynku określonego wykonawcy czy też chęcią faworyzowania jakiegoś podmiotu - nie jest możliwe skuteczne ingerowanie w określony przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia,

a w konsekwencji decydowanie za zamawiającego, w jaki sposób ma ukształtować warunki

i zasady współpracy z wyłonionym w przetargu podmiotem. Jeśli zamawiający, w ramach jednego przedmiotu zamówienia, zdecyduje się na połączenie kilku kluczowych elementów,

a powyższe jest uzasadnione i zgodne z obowiązującymi przepisami - Izba nie ma możliwości narzucenia zamawiającemu określonej, oczekiwanej przez wykonawcę koncepcji realizacji danej dostawy, usługi czy roboty budowlanej.

W rozpoznawanej sprawie, w ocenie Izby, oczekiwania wykonawcy co do zmian, które miałyby nastąpić w zapisach przyszłej umowy skutkowałyby tym, że Izba musiałaby ingerować w treść opisu przedmiotu zamówienia w stopniu, który wykracza poza przyznane jej uprawnienia. Należy bowiem stwierdzić, że w niniejszej sprawie wymogi postawione przez zamawiającego, a wynikające z opisu przedmiotu zamówienia w zakresie opisanym treścią zarzutów znajdują swoje uzasadnienie w świetle celu, jakiemu ma służyć realizowany przez wykonawców przedmiot zamówienia.

W ocenie Izby wymagania zamawiającego w zakresie, w jakim oczekuje zapewnienia od wykonawcy realizującego umowę usług w zakresie transmisji danych - mieszczą się

w granicach ryzyka wykonawcy i nie naruszają przepisu art. 99 ustawy Pzp, zgodnie z którym przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Skoro oczekiwaniem zamawiającego jest wyłonienie w postępowaniu wykonawcy, który będzie obsługiwał pełne spektrum zadań związanych z utrzymaniem i serwisem Systemu PZUM, w tym zapewnienia usług transmisji danych, oczekiwania odwołującego aby zamawiający wykreślił z treści umowy zapisy, które nakładają na wykonawcę odpowiedzialność w zakresie działania operatorów telekomunikacyjnych - jest oczekiwaniem niezrozumiałym. Wyłączenie odpowiedzialności wykonawcy za jeden z kluczowych elementów, jakie wykonawca (bezpośrednio lub pośrednio przez podwykonawcę) będzie dostarczał, spowodowałoby w istocie, że to zamawiający ponosiłby odpowiedzialność za ten jeden element zamówienia, którego realizację zamierza powierzyć wykonawcy. Zamawiający, w trosce o komfort pasażerów, mając na celu zapewnienie ciągłości świadczonych dla nich usług podjął zatem słusznie decyzję o powierzeniu całości realizowanego zakresu jednemu podmiotowi. To jego zadaniem będzie zapewnienie ciągłości i niezawodności działania, w konsekwencji to na tym podmiocie będzie spoczywał obowiązek takiego ukształtowania relacji z podmiotami trzecimi i wynegocjowanie z nimi takich warunków, które zapewnią realizację usługi w zakresie i na warunkach przez zamawiającego oczekiwanych.

Odwołujący twierdzi wprawdzie, że nie ma żadnych możliwości wpływu na działanie takich podmiotów, ich zasad świadczenia usług, jakości usług, sposobu i terminów usuwania awarii np. dostępności sygnału GSM i wszelkich innych aspektów prowadzonej przez operatorów telekomunikacyjnych działalności, nie może zatem odpowiadać za działania i zaniechania takich podmiotów. Przedkłada przy tym w postępowaniu dowody w postaci regulaminów świadczenia usług przez operatorów, w których to regulaminach znajdują się zapisy o tym, że nie gwarantują oni parametrów SLA. Odnosząc się do powyższych dowodów po pierwsze należy zauważyć, że twierdzenia odwołującego pozostają w sprzeczności

z zakresem i celem prowadzonego postępowania, gdyż to zadaniem wykonawcy wyłonionego w postępowaniu będzie zagwarantowanie prawidłowego funkcjonowania środowiska,

w którym działa PZUM, w ramach umowy serwisowej, tym samym jego rolą będzie zapewnienie takich warunków, aby możliwe było osiągnięcie oczekiwanych przez zamawiającego rezultatów, co może uczynić na wiele sposobów. Ponadto przywoływane

i załączone do pisma procesowego regulaminy, jak sam wskazuje odwołujący, zostały pobrane ze stron internetowych i stanowią ogólne warunki świadczenia usług dla abonentów. Odwołujący twierdzi wprawdzie, że nie jest możliwe ani negocjowanie tych warunków

z wymienionymi podmiotami, ani też zawieranie umów na określonych przez niego zasadach, nie przedstawia jednak żadnych dowodów na tą okoliczność.

W konsekwencji Izba uznała, że odwołujący domagając się wprowadzenia określonych zmian w treści przyszłej umowy domaga się w istocie ukształtowania relacji z zamawiającym w sposób dla niego korzystny, zamawiający z kolei ukształtował kwestionowane zapisy kierując się celem osiągnięcia określonego rezultatu, nie naruszając przepisów ustawy Pzp czy Kodeksu cywilnego.

Nie zasługiwał na uwzględnienie także zarzut nr 3 odwołania, dotyczący naruszenia art. 433 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 1, w zw. z art. 16 ustawy Pzp w związku z art. 471 i 472 Kodeksu cywilnego poprzez niejednoznaczne określenie zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej i wprowadzenie kar umownych za „opóźnienie” w realizacji umowy.

W tym zakresie odwołujący zapisy § 5 Załącznika nr 5 do SWZ, w których zamawiający przewidział cały katalog kar umownych, w tym karę umowną, która przewiduje odpowiedzialność wykonawcy za niedotrzymanie poziomu SLA, nie precyzując, że przekroczenie wskaźnika winno nastąpić z winy wykonawcy lub co najmniej z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Zgodnie z §15 ust. 2 pkt 5, zamawiający przewidział karę umowną: „5) dla każdego przypadku wykazanego w raporcie miesięcznym niedotrzymania oferowanego poziomu SLA aplikacyjnego wskazanego w ofercie Wykonawcy w wysokości 100.000 zł za każde rozpoczęte 0,1% wskaźnika SLA poniżej oferowanego w ofercie poziomu SLA”.

Odwołujący wskazywał, że niedotrzymanie oferowanego poziomu SLA, należy rozumieć jako przekroczenie terminu umownego, a więc opóźnienie przy realizacji usług opisanych umową. Przewidziane przez zamawiającego kary umowne za opóźnienie

w realizacji umowy potęguje niepewność wykonawcy i uniemożliwia rzetelnej kalkulacji oferty. Wprowadzenie do wzoru umowy w zakresie kar umownych pojęcia opóźnienia oznacza,

że wykonawca będzie odpowiedzialny za niedochowanie terminów realizacji zamówienia, niezależnie od tego jakie będą tego przyczyny. Również w sytuacji, gdy opóźnienie wynikać będzie z przyczyn niezależnych od wykonawcy, a nawet z

przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Tymczasem wykonawca nie ma zwykle żadnego wpływu na okoliczności zewnętrzne oraz na czynności zamawiającego. Nie sposób zatem przyjąć, aby wykonawca ponosił odpowiedzialność za zdarzenia pozostające poza jego kontrolą. Wykonawca zobowiązany jest zrealizować umowę przy zachowaniu należytej staranności i powinien odpowiadać wobec zamawiającego w przypadku niedochowania tej staranności. Wykonawca nie może przejść na siebie odpowiedzialności za dochowanie terminu realizacji niezależnie od jakichkolwiek okoliczności.

Odwołujący przywoływał treść przepisu art. 433 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zakazane jest wprowadzanie do umowy postanowień przewidujących odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia. Zamawiający, tworząc umowę powinien przewidzieć, że wykonawca nie odpowiada za okoliczności, na których powstanie nie ma wpływu, a wysokość kar umownych nie może być dowolna.

Odwołujący wnosił o zmodyfikowanie postanowień § 11 wzoru umowy poprzez jednoznaczne dodanie do postanowienia sformułowania, że owo niedotrzymanie poziomu SLA może być karane umową wyłącznie, gdy będzie to zawinione przez wykonawcę lub co najmniej nastąpi z przyczyn leżących po jego stronie, a więc nadanie postanowieniu w §11 ust. 2 pkt 5 Załącznika nr 5 do SWZ treści: „dla każdego przypadku wykazanego w raporcie miesięcznym niedotrzymania oferowanego poziomu SLA aplikacyjnego wskazanego w ofercie Wykonawcy w wysokości 100.000 zł za każde rozpoczęte 0,1% wskaźnika SLA poniżej oferowanego w ofercie poziomu SLA, jeżeli przekroczenie nastąpiło z winy Wykonawcy” albo „dla każdego przypadku wykazanego w raporcie miesięcznym niedotrzymania oferowanego poziomu SLA aplikacyjnego wskazanego w ofercie Wykonawcy w wysokości 100.000 zł za każde rozpoczęte 0,1% wskaźnika SLA poniżej oferowanego w ofercie poziomu SLA, jeżeli przekroczenie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”.

Odwołujący wskazywał przy tym, że wysokość kary umownej przewidziana przez zamawiającego jest bardzo wysoka, ma charakter niewspółmierny do potencjalnej szkody, dlatego tak ważne jest dla odwołującego, aby przedmiotowe postanowienie zostało zmienione w sposób przez niego postulowany.

Podobnie w przypadku postanowienia określonego w §11 ust. 2 pkt 14 Załącznika nr 5 do SWZ o treści: „14) tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w art. 439 ust. 5 Prawa zamówień publicznych - 5.000 zł za każdy przypadek”. Odwołujący argumentował, że zamawiający przewiduje odpowiedzialność wykonawcy bez względu na to czy brak zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom lub nieterminowa zapłata nastąpiła z winy wykonawcy lub przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Zamawiający nie przewidział choćby obowiązku ciężącego na płatniku wynikającym z art. 96b ust. 3 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług. W przypadku bowiem, gdy rachunek bankowy podwykonawcy, na który ma być dokonana płatność nie występuje w wykazie, o którym mowa w art. 96 b ww. ustawy wykonawca nie powinien przelewać wynagrodzenia.

W związku z powyższym odwołujący wnosił o zmodyfikowanie postanowień § 11 wzoru umowy poprzez jednoznaczne dodanie do postanowienia sformułowania, że owo niedotrzymanie poziomu SLA może być karane umową wyłącznie, gdy będzie to zawinione przez wykonawcę lub co najmniej nastąpi z przyczyn leżących po jego stronie, a więc nadanie postanowieniu w §11 ust. 14 pkt 5 Załącznika nr 5 do SWZ treści: „14) tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w art. 439 ust. 5 Prawa zamówień publicznych - 5.000 zł za każdy przypadek, jeżeli brak zapłaty lub nieterminowa zapłata nastąpiła z winy Wykonawcy” albo „14) tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w art. 439 ust. 5 Prawa zamówień publicznych - 5.000 zł za każdy przypadek, jeżeli brak zapłaty lub nieterminowa zapłata nastąpiła z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”.

Odnosząc się do powyższego zarzutu w pierwszej kolejności przypomnieć należy, że przepis art. 433 pkt 1 ustawy Pzp, jako pierwsza z niedozwolonych klauzul umownych, odnosi się do zakazu ustanawiania odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, za wyjątkiem przypadków, gdy jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia.

Regulacja niniejsza nawiązuje do definiowanego w cywilistyce wyróżnienia dotyczącego zwłoki i opóźnienia. Zgodnie z art. 476 KC dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Zwłoka jest

zatem kwalifikowaną postacią nieterminowego wykonania zobowiązania w tym znaczeniu, że jest następstwem zdarzeń, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Sama z kolei odpowiedzialność za nieterminowe wykonanie zobowiązania jest powiązana z winą dłużnika. Na gruncie KC możliwa jest modyfikacja ustawowej zasady odpowiedzialności opartej na winie, ponieważ art. 473 § 1 KC stanowi, że dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.

Jednak powyższa modyfikacja zasady odpowiedzialności dłużnika (wykonawcy) za niedotrzymanie terminu wykonania zobowiązania, jest co do zasady niedopuszczalna w umowie w sprawie zamówienia publicznego, a zamawiającemu nie wolno kształtować umowy w taki sposób, że wykonawca będzie odpowiedzialny za zwykłe opóźnienie, niezawinione przez siebie. Izba podziela zatem stanowisko odwołującego, że tak ustanowiony zakaz dotyczy postanowień umownych, wiążących jakąkolwiek postać odpowiedzialności wykonawcy z opóźnieniem. Nie można zatem ograniczyć zakazu jej wprowadzenia do sytuacji, w której wykonawca nie dotrzymuje terminu realizacji zamówienia, ale dotyczy również takich sytuacji, w których wykonawca nie wykonuje zamówienia z przyczyn od siebie niezależnych.

Przepisu tego jednak nie sposób odnosić do kwestionowanych przez odwołującego zapisów w §11 Wzoru umowy. Nie mamy bowiem w tym przypadku do czynienia z opóźnieniem w realizacji umowy, ale z kwestią ponoszenia odpowiedzialności za brak dotrzymania oczekiwanego poziomu świadczenia usług SLA. SLA, jak wyjaśnił zamawiający to zgodnie z definicją „umowa poziomu usług” (ang. Service Level Agreement) i jest to umowa pomiędzy dostawcą usług a klientem, określająca poziom usług jaki dostawca zapewnić musi klientom. W takim przypadku nie może być zatem mowy o opóźnieniu w realizacji usługi SLA, gdyż jej postanowienia dotyczą gwarantowanego poziomu świadczenia usług i w sytuacji, gdy ten nie jest zapewniony na poziomie oczekiwanym i ustalonym przez strony w umowie - wykonawca obciążany jest określoną karą.

Zamawiający w swoim piśmie procesowym - Odpowiedzi na odwołanie w sposób wyczerpujący wyjaśnił także z jakich powodów tak istotnym z punktu widzenia jego potrzeb jest zapewnienie utrzymania ciągłości działania systemu FALA oraz zapewnienie poziomu SLA na wysokim poziomie. System ten pozwala zaplanować i opłacić podróż koleją (SKM i PR) oraz lokalną komunikacją na terenie województwa pomorskiego i wielu miast w terenie, zapewniając transport dla wielu milionów pasażerów. Bez zapewnienia ciągłości działania systemów nie będzie możliwe zapewnienie pasażerom bezawaryjnej możliwości podróżowania, co z kolei spowoduje zarówno utrudnienia dla mieszkańców i turystów, jak też utratę przychodów Jednostek Samorządu Terytorialnego.

Z powyższych powodów zamawiający wprowadził do umowy postanowienia, które zapewnią utrzymanie niewrażliwych, z punktu widzenia celu tego zamówienia, systemów na poziomie niezbędnym do osiągnięcia zakładanych celów. Przy czym ponownie należy podkreślić, że ustalone kary umowne nie mają związku z wprowadzonym przez ustawodawcę zakazem karania wykonawców za opóźnienie w realizacji usług, ale mają stanowić gwarancję utrzymania określonego poziomu świadczonych usług.

Nie zasługiwał na uwzględnienie także zarzut opisany jako zarzut nr 5, polegający na naruszeniu przepisów art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez ustalenie klauzuli waloryzacyjnej w sposób nie pozwalający na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niwelujący ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego, co przy aktualnym poziomie inflacji oraz wzroście wynagrodzeń, prowadzi do uznania postanowień wzoru umowy w zakresie waloryzacji wynagrodzenia w niezmienionym kształcie za naruszające zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego.

W tym zakresie odwołujący wskazywał na wprowadzone przez zamawiającego w § 25 Załącznika nr 5 do SWZ zapisy, określające projektowane postanowienia umowy (wzór umowy). Jako jedną z przesłanek uprawniających strony do zmiany (aneksowania) umowy, która byłaby zawarta w wyniku postępowania, zamawiający zawarł zasady dotyczące wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych inflację: „1. W związku z realizacją postanowień art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych, Strony postanawiają,

że w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy, waloryzacja wynagrodzenia umownego następować będzie na wniosek którejkolwiek ze Stron, na poniższych zasadach. 2. Opłaty dla Wykonawcy, o których mowa w Załącznik nr 3 - Zasady obliczania miesięcznego wynagrodzenia Wykonawcy oraz wynagrodzenia w ramach Prawa Opcji z wyłączeniem opłat ujętych Załącznik nr 5 do SWZ w pozycjach 1a) kolumna 3 i 1b) kolumna 3

Załącznika nr 3a do powyższego załącznika, będą zwaloryzowane jednorazowo od dnia 1 stycznia 2027 r., pod warunkiem, że spełnione zostaną wymogi określone w poniższych punktach. 3. Opłaty dla Wykonawcy, o których mowa ust 2 ulegną waloryzacji tylko

na przyszłość, jeżeli Wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych w ujęciu kwartalnym, ogłaszany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”, za okres od dnia 1 lipca 2025 r. do dnia 31 grudnia 2026 r., zmieni się o co najmniej 18% (18 punktów procentowych), w stosunku do wysokości tego wskaźnika w dniu zawarcia Umowy. 4. Zmiana wysokości opłat dla Wykonawcy, o których mowa w ust. 2 nastąpi od dnia 1 stycznia 2027 r., pod warunkiem przedstawienia przez Wykonawcę obiektywnych dowodów, w jaki sposób cena materiałów lub koszty związane

z realizacją Umowy, wpływają na warunki realizacji Umowy, w szczególności na cenę wykonania Przedmiotu Umowy, które zostaną zaakceptowane przez Zamawiającego.

5. Wartość zmiany opłat dla Wykonawcy, o których mowa w ust 2, jeżeli zostanie uzgodniona będzie równa ½ wzrostu Wskaźnika, wskazanego w ust 3. powyżej. 6. Maksymalna wartość zmiany kwoty, o której mowa w § 4.1 Umowy w całym okresie trwania Umowy, włączając

w to zmianę wynagrodzenia określoną w § 19.3.2) do pkt 4) może wynieść maksymalnie 7% (7 punktów procentowych).”

Zarzuty odwołującego dotyczyły tego, że określona podstawa do zmiany wynagrodzenia wykonawcy, w przypadku dużego wzrostu inflacji, która umożliwia waloryzację umownego wynagrodzenia tylko raz w ciągu umowy nie więcej niż 7% i to po przekroczeniu co najmniej 18% (18 punktów procentowych), w stosunku do wysokości tego wskaźnika w dniu zawarcia umowy - jest wadliwa. Przywoływał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 marca 2022 r. (sygn. akt KIO 440/22) oraz wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2022 r. (sygn. akt KIO 3600/21), w których Izba zwróciła uwagę, że celem klauzul waloryzacyjnych jest rzeczywiste i uczciwe utrzymanie równowagi ekonomicznej pomiędzy wykonawcą a zamawiającym.

Przyjęcie z góry założenia, że zmiana wynagrodzenia w przypadku wzrostu inflacji przez 4 letni okres umowy możliwa jest jedynie do 7% całkowitego wynagrodzenia brutto

- w jego ocenie narusza zasady współzycia społecznego, jak i sprzeciwia się właściwości stosunku prawnego. Takie założenie w SWZ jest naruszeniem zasady ekwiwalentności świadczeń, aby nie doszło do zdecydowanego zachwiania równowagi ekonomicznej stron

na niekorzyść wykonawcy, jak też, aby nadmierne podwyższenie wynagrodzenia nie doprowadziło do negatywnych konsekwencji dla zamawiającego - czemu wyraz dała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 października 2022 r. (połączone sprawy: sygn.. KIO 2532/22, KIO 2536/22, KIO 2544/22).

W związku z powyższym odwołujący wnosil o nakazanie zamawiającemu zmiany

§ 25 ust. 5 Załącznika nr 13 do SWZ na następujące brzmienie: „1. W związku z realizacją postanowień art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych, Strony postanawiają,

że w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy, waloryzacja wynagrodzenia umownego następować będzie na wniosek którejkolwiek ze Stron, na poniższych zasadach. 2. Każdego roku obowiązywania Umowy, począwszy od 1 stycznia 2026 roku, Wykonawca uprawniony będzie do dokonania waloryzacji swojego wynagrodzenia z tytułu świadczenia usług objętych Umową. Waloryzacja zostanie dokonana w oparciu o wskaźnik „Przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw” za rok poprzedzający waloryzację, ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (PMW) i „Średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w poprzednim roku” ogłaszany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (SWC), w sposób następujący: Wartość waloryzacji =  $0,5 \cdot PMW + 0,5 \cdot SWC$  Wykonawca uprawniony jest do waloryzacji wynagrodzenia wskazanego w Umowie w kolejnych latach jej obowiązywania, bez konieczności zmiany (aneksowania) Umowy. Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, dokonana na zasadach określonych w niniejszym ustępie, nie może przekroczyć 20% wartości umowy brutto, określonej w § 4 ust. 1 Umowy.”

Jak wskazywał odwołujący tak sformułowane oczekiwanie co do rozstrzygnięcia, sprowadza się do tego aby klauzula waloryzacyjna nie miała charakteru iluzorycznego, tylko formalnie spełniającego wymagania ustawy Pzp, aby była rzeczywistym narzędziem pozwalającym na dostosowanie wynagrodzenia wykonawcy do panujących realiów gospodarczych, pozwalającym w sposób rzetelny i uczciwy do prowadzenia przez niego działalności gospodarczej, przy zachowaniu zasad współzycia społecznego.

Tak postawiony zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie z niżej wskazanych powodów. Izba w pełni podziela pogląd odwołującego, jak też wyrażony w przywoływanych przez niego wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, że zadaniem waloryzacji jest urealnienie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych

z realizacją zamówienia publicznego. Zmiana wynagrodzenia nie powinna być dokonywana automatycznie, ale powinna ona odzwierciedlać realny wpływ zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania przedmiotu zamówienia.

Na uwagę zasługuje jednak także uzasadnienie projektu ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy - Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624), zgodnie z którym zamawiający, wprowadzając do umowy odpowiednią klauzulę, ma pozostawioną swobodę określenia jej elementów, mając

na względzie w szczególności: specyfikę zamówienia (np. w zakresie jakie elementy materiałów i kosztów są kluczowe i w praktyce podlegają dużym wahaniom), dostępność wiarygodnych i aktualizowanych podstaw ustalenia zmiany ceny (np. odpowiednie wskaźniki Prezesa GUS), planowane możliwości finansowe zamawiającego co do przewidywanych zmian wynagrodzenia.

Należy także podkreślić, że udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi okoliczności wyłączającej ponoszenie przez wykonawcę ryzyka prowadzonej działalności, co potwierdza orzecznictwo Izby. Zgodnie z wyrokiem z dnia 24 sierpnia 2022 r., sygn. akt 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 realizacją zamówienia. Z przepisów ustawy Pzp nie wynika, że strona wnosząca o waloryzację w szczególności Wykonawca, uzyska pełne czy też proporcjonalne pokrycie zmian cen materiałów. Pokrycie to nastąpi w sposób limitowany, wynikający z postanowień umowy”. Z kolei w wyroku z dnia 21 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 235/22 Izba wskazała, że: „Z analizy przepisu art. 439 ustawy Pzp 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 obciążony ryzykiem związanym ze zmianą cen materiałów lub kosztów w pełnym zakresie. Powyższemu przeczy choćby treść art. 439 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, 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”. Podobnie wypowiedziała się Izba w wyroku z dnia 11 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 230/22, wskazując, że: „Przepis art. 439 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp 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 również nałożony obowiązek 100% rekompensaty zmian kosztów realizacji inwestycji z uwagi na wzrost cen materiałów budowlanych i surowców”.

Mając na uwadze wyżej wskazane uzasadnienie projektu ustawy, wyżej przywołane tezy zawarte w licznych orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, jak też okoliczność, że odwołujący oprócz kwestionowania wprowadzonych przez zamawiającego do projektu umowy zapisów, nie wskazał z jakich przyczyn nie sposób uznać, że te są wymierne w odniesieniu do świadczonych usług - zarzut ten należało oddalić. Odwołujący nie podjął bowiem nawet próby wykazania, że postanowienia umowy dotyczące waloryzacji wynagrodzenia naruszają w sposób rażący równowagę kontraktową stron i jako takie są sprzeczne z naturą stosunku umowy o udzielenie zamówienia publicznego oraz zasadami współżycia społecznego. Odwołujący wskazywał jedynie, że nie do zaakceptowania są propozycje jednorazowej waloryzacji wynagrodzenia, ograniczenie jest wysokością do 7 punktów procentowych oraz, że wskaźnik ustalony przez zamawiającego jest na zbyt niskim poziomie.

Należy podkreślić, że samo tylko kwestionowanie zapisów, bez wskazania z jakiej przyczyny propozycje zamawiającego pozostają w sprzeczności z prawem, pozostaje bez znaczenia dla oceny dokonywanej przez Izbę, która rozpatrując odwołanie, bada jedynie legalność działań zamawiającego.

Izba dostrzegła wprawdzie, że mamy do czynienia z zamówieniem, którego okres realizacji jest dość długi, gdyż wynosi 3,5 roku, a w konsekwencji mogą mieć miejsce zdarzenia i okoliczności powodujące, że realizacja zamówienia będzie mniej opłacalna. Jednak, analizując aktualną sytuację, w której wyraźnie widoczny jest spadek poziomu inflacji, jak też stabilizacja poziomu cen - nie sposób nie zauważyć, że sytuacja taka wpływa korzystnie na sytuację wykonawcy w zakresie kalkulacji ceny oferty. Ponadto, jak każdy wykonawca także odwołujący jako profesjonalista, opierając się na własnym doświadczeniu, wiedzy, analizy trendów co do kierunków zmian cen czy też ich stabilizacji winien oszacować swoje koszty realizacji zamówienia i złożyć ofertę odzwierciedlającą zarówno uwarunkowania rynkowe, jak też jego indywidualne.

Jak wskazuje bowiem niejednokrotnie Izba, celem klauzul waloryzacyjnych jest przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy zachwianej przez określone zdarzenia mające miejsce w trakcie jej realizacji.

Natomiast jednocześnie, wprowadzając obowiązek ustanowienia klauzuli waloryzacyjnej w umowie, ustawodawca pozostawił swobodzie zamawiającego możliwość doprecyzowania jej elementów, a wykonanie obowiązku z art. 439 ustawy Pzp powinno odbywać się z uwzględnieniem charakteru danego przedmiotu zamówienia, jak i możliwości finansowych zamawiającego w sposób nieprowadzący do wypaczenia celu ww. przepisu (tak m.in. w Wyroku sygn. akt KIO 2355/21 z dnia 10 września 2021 r., KIO 1151/22 z dnia 25 maja 2022 r., KIO 134/23 z dnia 31 stycznia 2023 r., KIO 2122/23 z dnia 3 sierpnia 2023 r., KIO 498/24 z dnia 6 marca 2024 r.).

Izba przyjęła wyjaśnienia zamawiającego, który wskazywał także na okoliczność, że maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia wykonawcy uwzględniać musi jego możliwości finansowe. Przy tym wskazać należy, że określony przez zamawiającego poziom waloryzacji na poziomie 7 %, wobec tego, że odwołujący nie przedstawił żadnych argumentów i wyliczeń, które dałyby Izbie jakąkolwiek podstawę do stwierdzenia, że wskaźnik taki jest nieodpowiedni i nieadekwatny do panującej aktualnie sytuacji rynkowej - należy uznać za wypełniający treść przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia się zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca:.....