Sygn. akt:KIO 1411/24

WYROK

Warszawa, dnia 17 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Osiecka-Baran

Andrzej Niwicki

Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 maja 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę Mobilis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, działający na podstawie udzielonych pełnomocnictw w imieniu i na rzecz Miasta Stołecznego Warszawa

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego – wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

orzeka:

1.umarza postępowanie w zakresie zarzutu opisanego w punkcie II.1 lit. c petitum odwołania z powodu jego wycofania przez odwołującego;
2.umarza postępowanie w zakresie żądań opisanych w pkt III.1 lit. f tiret i, ii, xii, xiii, xiv oraz w pkt III.2 lit. f tiret i, ii, xii, xiii, xiv petitum odwołania z powodu ich wycofania przez odwołującego;
3.umarza postępowanie w zakresie żądań opisanych w pkt III.1 lit. d, e, f tiret v, vi, xv oraz w pkt III.2 lit. d, e, f tiret v, vi, xv petitum odwołania z powodu stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne;
4.w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.
5.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego izalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego 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 1411/24

U z a s a d n i e n i e

Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, działający na podstawie udzielonych pełnomocnictw w imieniu i na rzecz Miasta Stołecznego Warszawa, dalej „Zamawiający", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *Usługi regularnego przewozu osób wykonywane w ramach komunikacji miejskiej na liniach autobusowych nadzorowanych przez ZTM na całej sieci komunikacyjnej (w podziale na 3 części).* Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej „ustawa Pzp" lub „PZP", z zastosowaniem przepisów wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 1 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 listopada 2023 r. pod numerem 704315-2023.

W dniu 22 kwietnia 2024 r. wykonawca Mobilis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący", wniósł odwołanie, wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, dalej „SWZ" w zakresie:

(1) postanowień projektu umowy o świadczenie usług przewozów autobusowych w zakresie Części I Zamówienia, tj. Część I: usługi przewozowe świadczone w okresie 1 stycznia 2025 do 31 grudnia 2026 roku w ilości rocznej 2.200.000

(dwa miliony dwieście tysięcy) z tolerancją do -10% (minus dziesięciu procent) wozokilometrów przy wykorzystaniu w ruchu 25 autobusów o długości ok. 9 metrów (klasa MIDI) oraz zapewnienie min. 3 pojazdów rezerwowych stanowiącego Załącznik nr 6 do SWZ („Wzór Umowy nr 1"):

(a) § 4 ust. 6 pkt 1) Wzoru Umowy nr 1;

(b) § 4 ust. 6 pkt 3) Wzoru Umowy nr 1;

(c) § 4 ust. 11 Wzoru Umowy nr 1;

(d) § 12 ust. 1 Wzoru Umowy nr 1;

(e) § 18 ust. 1 Wzoru Umowy nr 1;

(f) Załącznika nr 4 do Wzoru Umowy nr 1 [Zasady oceny i rozliczania autobusowych przewozów pasażerskich w zbiorowej komunikacji miejskiej nadzorowanej przez ZTM];

(2) postanowień projektu umowy o świadczenie usług przewozów autobusowych w zakresie Części II Zamówienia, tj. Cześć II: usługi przewozowe świadczone w okresie 1 grudnia 2024 do 31 stycznia 2028 roku w ilości rocznej 2.100.000 (dwa miliony sto tysięcy) z tolerancją do -10% (minus dziesięciu procent) wozokilometrów przy wykorzystaniu w ruchu 25 autobusów o długości ok. 12 metrów (klasa MAXI) oraz zapewnienie min. 2 pojazdów rezerwowych. Jednocześnie w roku 2024 (w grudniu) i w 2028 (w styczniu) przewiduje się zlecenie usług przewozowych w ilości po 175.000 (sto siedemdziesiąt pięć tysięcy) z tolerancją do -10% (minus dziesięciu procent) wozokilometrów i Części III Zamówienia, tj. Cześć III: usługi przewozowe świadczone w okresie 1 grudnia 2024 do 31 stycznia 2028 roku w ilości rocznej 2.100.000 (dwa miliony sto tysięcy) z tolerancją do -10% (minus dziesięciu procent) wozokilometrów przy wykorzystaniu w ruchu 25 autobusów o długości ok. 12 metrów (klasa MAXI) oraz zapewnienie min. 2 pojazdów rezerwowych. Jednocześnie w roku 2024 (w grudniu) i w 2028 (w styczniu) przewiduje się zlecenie usług przewozowych w ilości po 175.000 (sto siedemdziesiąt pięć tysięcy) z tolerancją do -10% (minus dziesięciu procent) wozokilometrów stanowiącego Załącznik nr 6 do SWZ („Wzór Umowy nr 2"):

(a) § 4 ust. 6 pkt 1) Wzoru Umowy nr 2;

(b) § 4 ust. 6 pkt 3) Wzoru Umowy nr 2;

(c) § 4 ust. 11 Wzoru Umowy nr 2;

(d) § 12 ust. 1 Wzoru Umowy nr 2;

(e) § 18 ust. 1 Wzoru Umowy nr 2;

(f) Załącznika nr 4 do Wzoru Umowy nr 2 [Zasady oceny i rozliczania autobusowych przewozów pasażerskich w zbiorowej komunikacji miejskiej nadzorowanej przez ZTM];

II. Zamawiającemu zarzucono naruszenie następujących przepisów Pzp:

(1) art. 3531 k.c.2, jak i art. 483 k.c. w zw. z 439 ust. 1 Pzp w zw. z art. 433 pkt 2 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 – 3 Pzp poprzez ukształtowanie stosunku prawnego (umowy) w sposób sprzeczny z jego właściwością oraz zasadami współżycia społecznego, prowadzący do nadużycia przez Zamawiającego jego podmiotowego prawa poprzez rażące wykorzystanie dominującej pozycji „organizatora przetargu", w tym wprowadzenie do projektowanych postanowień umowy i jego załączników postanowień w sposób rażąco naruszający równowagę kontraktową stron, przerzucający na wykonawców niemożliwe do oszacowania ryzyka kontraktowe, w tym wynikające z okoliczności niezależnych od wykonawcy, przewidujące obowiązki wykonania przez wykonawców czynności nieznanych w dniu składania oferty z tym zastrzeżeniem, że wykonawca zobowiązany będzie je wykonać bez dodatkowego wynagrodzenia, poprzez niejasne, nieprecyzyjne, niejednoznaczne lub rażąco niekorzystne dla wykonawców postanowienia umowy, a co za tym idzie niezgodny z przepisami Pzp, sprzeciwiając się tym samym naturze stosunku zobowiązaniowego; co znalazło odzwierciedlenie w szczególności w:

(a) w załączniku nr 4 do Wzoru Umowy nr 1 i Wzoru Umowy nr 2 [Zasady oceny i rozliczania autobusowych przewozów pasażerskich w zbiorowej komunikacji miejskiej nadzorowanej przez ZTM] poprzez (m.in.):

(i) wprowadzenie wygórowanych wysokości kar umownych (łączna kara umowna);

(ii) przyjęcie niedopuszczalnej kumulacji kary umownej;

(iii) wprowadzenie kary umownej z tytułu niewykonania świadczeń pieniężnych;

(iv) przewidzenia odpowiedzialności Operatora de facto na zasadzie ryzyka;

(v) brak precyzji w kwalifikacji rodzaju uchybienia mającego skutkować obciążeniem wykonawcy (Operatora) karą umowną;

(vi) brak górnej granicy pomniejszania wynagrodzenia Operatora;

(b) w § 4 Wzoru Umowy nr 1 i Wzoru Umowy nr 2 poprzez (m.in.):

(i) zastosowanie dwóch limitów [z których jeden w praktyce może wykluczać drugi] – co nie czyni zadość powyższemu obowiązkowi;

(ii) dobrane przez Zamawiającego parametry, tj. bezwzględne procenty [10 % i 15,6 % (w przypadku Wzoru Umowy nr 1) oraz 21,5% (w przypadku Wzoru Umowy nr 2)] – które nie odpowiadają istocie i specyfice Zamówienia;

(iii) „przepadanie" wzrostu wskaźnika ponad 10 % na przełomie lat i tym samym zaniżanie jego wartości początkoworocznej;

(c) w § 12 ust. 1 Wzoru Umowy nr 1 i Wzoru Umowy nr 2 poprzez (m.in.) założenie, że Operator ponosi nieograniczoną odpowiedzialność za wszelkie szkody powstałe w związku z wykonywaniem przez niego usług przewozowych stanowiących przedmiot Wzoru Umowy nr 1 i Wzoru Umowy nr 2, co stanowi istotny wyjątek od ustawowego rozłożenia ryzyka szkody opierającego się na zasadzie zawinienia i podlegającego stopniowaniu i w sposób w całości nieuzasadniony – wobec okoliczności, w jakich Zamówienie ma być realizowane – prowadzi do nadmiernego rozszerzenia granic odpowiedzialności odszkodowawczej Operatora;

(d) w § 18 ust. 1 Wzoru Umowy nr 1 i Wzoru Umowy nr 2 poprzez (m.in.) wyłączenie odpowiedzialności Zamawiającego wobec Operatora z jakiegokolwiek tytułu oprócz obowiązku zapłaty wynagrodzenia, co w sposób w całości nieuzasadniony prowadzi do nadmiernego zawężenia granic odpowiedzialności tym razem jednak Zamawiającego, zarazem sprzeczny z art. 473 § 2 k.c.;

a w konsekwencji powyższych

(2) art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

III. Na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. c) Pzp Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień Wzoru Umowy nr 1 i Wzoru Umowy nr 2 w następujący sposób:

(1) w odniesieniu do postanowień Wzoru Umowy nr 1 poprzez:

(a) wykreślenie § 4 ust. 6 pkt 1) Wzoru Umowy nr 1 w całości ewentualnie nadanie § 4 ust. 6 pkt 1) Wzoru Umowy nr 1 następującej treści:

„Stawka za wozokilometr po waloryzacji nie może być wyższa niż stawka obowiązująca w IV kwartale roku poprzedniego, powiększona o 40%. Wyjątek stanowi waloryzacja stawek w 2025 roku, dla której stawka po waloryzacji nie może być większa niż stawka z oferty Operatora powiększona o 40%. W przypadku, gdy kwartalna waloryzacja stawek za jeden wozokilometr, obliczona według wzoru określonego w ust. 3, przekroczy wskazaną wyżej maksymalną wartość 40% (stawka przed waloryzacją obowiązująca w IV kwartale roku poprzedniego x 1,40 lub dla waloryzacji w roku 2025 stawka z oferty Operatora x 1,40), w danym kwartale przyjmuje się wartość stawki równą iloczynowi stawki obowiązującej w IV kwartale roku poprzedniego i 1,40, a dla waloryzacji w roku 2025 równą iloczynowi stawki z oferty Operatora i 1,40."

(b) wykreślenie § 4 ust. 6 pkt 3) Wzoru Umowy nr 1 w całości;

(c) wykreślenie § 4 ust. 11 Wzoru Umowy nr 1 w całości ewentualnie nadanie § 4 ust. 11 Wzoru Umowy nr 1 następującej treści:

„Niezależnie od zasad waloryzacji określonych w ust 1-10 maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia jaką dopuszcza Zamawiający w całym okresie obowiązywania Umowy w efekcie zastosowania waloryzacji, o której mowa w niniejszym paragrafie nie może być większa niż 80% sumy wynagrodzenia Operatora dla lat 2025-2027 ustalonego na podstawie stawek wynikających z oferty Operatora oraz liczby maksymalnej pracy przewozowej określonej w § 1 ust. 3."

(d) nadanie § 12 ust. 1 Wzoru Umowy nr 1 następującej treści:

„Operator odpowiada za wszelkie szkody powstałe w związku z wykonywaniem przez niego usług przewozowych stanowiących przedmiot Umowy, jeżeli szkody te są następstwem okoliczności, za które Operator ponosi wyłączną odpowiedzialność."

(e) wykreślenie § 18 ust. 1 Wzoru Umowy nr 1 w całości;

(f) zmianę Załącznika nr 4 do Wzoru Umowy nr 1 [Zasady oceny i rozliczania autobusowych przewozów pasażerskich w zbiorowej komunikacji miejskiej nadzorowanej przez ZTM] w następujący sposób:

(i) nadanie pkt. 3.9 Załącznika nr 4 następującej treści:

„W przypadku wystąpienia nadzwyczajnych zdarzeń powodujących utrudnienia w ruchu i uniemożliwiających prawidłową realizację rozkładu jazdy Operator może, przed otrzymaniem dziennych raportów wstępnych, wystąpić do ZTM z wnioskiem o czasowe odstąpienie od oceny punktualności i zawodności kursowania pojazdów oraz rozliczenia wzkm na podstawie wykonania (z wyłączeniem kursów straconych z tytułu awarii) na liniach komunikacyjnych w danym dniu w całości lub na wybranych liniach, w wybranym okresie itp. Wniosek powinien zawierać stosowną dokumentację potwierdzającą wystąpienie oraz skalę utrudnień, do których się odnosi. Rozpatrzenie wniosku uwarunkowane jest bieżącym zgłaszaniem stwierdzonych zdarzeń z podaniem skutków, które powodują. Decyzje w tych sprawach podejmowane są przez ZTM stosownie do występujących okoliczności a odmowa uwzględnienia wniosku nie wymaga uzasadnienia."

(ii) w pkt. 3 Załącznika nr 4 dodanie pkt 10 po pkt 3. 9. Załącznika nr 4 o następującej treści:

„W wyniku zastosowania postanowień w pkt. 3.1 – 3.9. miesięczna kwota pomniejszenia wynagrodzenia Operatora z tytułu opóźnień (So) nie może być większa niż 5% wartości wynagrodzenia Operatora za dany miesiąc. W przypadku gdy miesięczna kwota z tytułu opóźnień (So) przekroczy wartość 5% wynagrodzenia należnego Operatorowi za dany miesiąc (wynikającego z iloczynu stawki za wozokilometr i wykonanej pracy przewozowej) wówczas do rozliczenia przyjmuje się wartość kwoty pomniejszenia z tytułu opóźnień równą wartości 5% wynagrodzenia za ten miesiąc. Kwota pomniejszenia wynikająca z tytułu przyspieszeń (Sp) nie podlega ograniczeniu."

(iii) w odniesieniu do postanowienia o treści: „wartość kary („stawka wzkm" oznacza stawkę bazową brutto obowiązująca w miesiącu, w którym zdarzenie ma miejsce)" nadanie mu następującego brzmienia:

„wartość kary

(„stawka wzkm" oznacza stawkę bazową netto obowiązująca w miesiącu, w którym zdarzenie ma miejsce)"

(iv) w odniesieniu do postanowienia o treści: „Niedostępność dla ZTM autobusu: a) rezerwy czynnej rozkładowej, b) realizującego zadania dodatkowe, c) w okresie obowiązywania na linii TSB (z wyłączeniem rozkładowego czasu trwania kursów, za które naliczono jedno z uchybień: RKW0, RKW1, RKW2)." nadanie mu następującego brzmienia:

„Niedostępność dla ZTM autobusu: a) rezerwy czynnej rozkładowej, b) realizującego zadania dodatkowe, c) w okresie obowiązywania na linii TSB (z wyłączeniem rozkładowego czasu trwania kursów, za które naliczono jedno z uchybień: RKW0, RKW1, RKW2) – przez pierwsze 30 minut od zaistnienia zdarzenia kara umowna nie jest naliczana."

(v) wykreślenie postanowień dot. symboli RKW0, RKW1 i RKW2 w całości;

(vi) w pkt. 4 Załącznika nr 4 dodanie postanowienia dot. RKW (symbol) „Kurs wadliwy o którym mowa w pkt. 2.3. (z wyłączeniem kursów, których rozkładowy czas trwania zawiera się w okresie obowiązywania TSB na linii)." (opis nieprawidłowości) „5 x stawka wzkm za każdy wadliwy kurs" (wartość kary)

(vii) w odniesieniu do postanowienia dot. symbolu RRD nadanie mu następującego brzmienia (w zakresie „wartości kary"):

„50.000 zł za każdy stwierdzony przypadek (miesiąc)"

(viii) w odniesieniu do postanowienia o treści: „Zgłoszenie awarii centralnego systemu sprzedaży biletów po upływie 30 minut od jej powstania." nadanie mu następującego brzmienia:

„Zgłoszenie awarii centralnego systemu sprzedaży biletów po upływie 30 minut od jej powstania wykrycia lub momentu, w którym przy dołożeniu należytej staranności powinna zostać wykryta."

(ix) w odniesieniu do postanowienia o treści: „Uchybienie dotyczące rozliczania sprzedaży biletów w automatach biletowych za dany okres rozliczeniowy, w tym opóźnienie w: a) przekazaniu raportów dotyczących sprzedaży biletów, b) dokonaniu wpłaty należności za sprzedaż biletów." nadanie mu następującego brzmienia:

„Uchybienie dotyczące rozliczania sprzedaży biletów w automatach biletowych za dany okres rozliczeniowy, w tym opóźnienie w: a) przekazaniu raportów dotyczących sprzedaży biletów, b) dokonaniu wpłaty należności za sprzedaż biletów."

(x) w odniesieniu do postanowienia dot. symbolu OBS nadanie mu następującego brzmienia (w zakresie „wartości kary"):

„w przypadku ujawnienia w okresie miesiąca niewykazanej sprzedaży kara w wysokości 1,5-krotności sumy cen

wszystkich niewykazanych biletów”

(xi) w odniesieniu do postanowienia dot. symbolu OSP2 nadanie mu następującego brzmienia (w zakresie „wartości kary”):

„600 x stawka wzkm za każdy stwierdzony przypadek (miesiąc)”

(xii) w odniesieniu do postanowienia o treści: „Brak utrzymania liczby wszystkich zgłoszonych w formularzu ofertowym pojazdów posiadających Certyfikat zgodności z wymogami technicznymi. Kara nie jest naliczana: a) w przypadku braku możliwości uzyskania pozytywnego wyniku certyfikacji w wyniku uszkodzenia pojazdu z przyczyn losowych (np. wypadek, pożar) – od 1 do 90 dnia, b) w przypadku udowodnionego złożonego zamówienia na dostawę i dostosowanie pojazdu używanego – od 91 do 120 dnia braku certyfikowanego pojazdu, c) w przypadku konieczności przeprowadzenia napraw pojazdu, obejmujących uszkodzenia konstrukcji autobusu z przyczyn losowych (np. wypadek) – od 91 do 180 dnia braku certyfikowanego pojazdu, d) w przypadku udowodnionego złożonego zamówienia na dostawę autobusu nowego – od 91 do 240 dnia braku certyfikowanego pojazdu. W przypadku braku prawa do dysponowania autobusem przez Operatora, wynikającym z działania organów uprawnionych do pozbawienia tego prawa (np. w celach dowodowych) terminy ulegają wydłużeniu o liczbę dni zatrzymania.” nadanie mu następującego brzmienia:

„Brak utrzymania liczby wszystkich zgłoszonych w formularzu ofertowym pojazdów posiadających Certyfikat zgodności z wymogami technicznymi.

Kara nie jest naliczana:

a) w przypadku braku możliwości uzyskania pozytywnego wyniku certyfikacji w wyniku uszkodzenia pojazdu z przyczyn losowych (np. wypadek, pożar) – od 1 do 90 dnia;

b) w przypadku udowodnionego złożonego zamówienia na dostawę i dostosowanie pojazdu używanego – od 91 do 120 dnia braku certyfikowanego pojazdu,

c) w przypadku konieczności przeprowadzenia napraw pojazdu, obejmujących uszkodzenia konstrukcji autobusu z przyczyn losowych (np. wypadek) – od 91 do 180 dnia braku certyfikowanego pojazdu albo przez cały okres, w którym ww. niewykonanie lub nienależyte wykonanie postanowień Umowy ma miejsce, jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie postanowień Umowy stanowi następstwo okoliczności, za które Operator nie ponosi odpowiedzialności,

d) w przypadku udowodnionego złożonego zamówienia na dostawę autobusu nowego – od 91 do 240 dnia braku certyfikowanego pojazdu.

W przypadku braku prawa do dysponowania autobusem przez Operatora, wynikającym z działania organów uprawnionych do pozbawienia tego prawa (np. w celach dowodowych) terminy ulegają wydłużeniu o liczbę dni zatrzymania.”

(xiii) w odniesieniu do postanowienia dot. symbolu OTP nadanie mu następującego brzmienia (w zakresie „wartości kary”):

„100.000 zł za każdy stwierdzony przypadek naruszenia”

(xiv) w odniesieniu do postanowienia o treści: „Wykroczenie służbowe pracownika Operatora – nieprzestrzeganie obowiązków wynikających z Umowy, w szczególności: […] p) odmowa udzielenia informacji w zakresie punktualności kursowania, trasy kontrolowanego pojazdu, […].” nadanie mu następującego brzmienia:

„Wykroczenie służbowe pracownika Operatora – nieprzestrzeganie obowiązków wynikających z Umowy, w szczególności:

[…] p) odmowa udzielenia informacji w zakresie punktualności kursowania, trasy kontrolowanego pojazdu, chyba że odmowa udzielenia informacji jest w danych okolicznościach uzasadniona bezpieczeństwem ruchu […]”

(xv) w odniesieniu do postanowienia o treści: „Stwierdzona przez ZTM niezgodność ze stanem faktycznym dokumentów sprawozdawczych, sporządzanych przez Operatora.” nadanie mu następującego brzmienia:

„Stwierdzona przez ZTM istotna niezgodność ze stanem faktycznym dokumentów sprawozdawczych, sporządzanych przez Operatora.”

(2) w odniesieniu do postanowień Wzoru Umowy nr 2 poprzez:

(a) wykreślenie § 4 ust. 6 pkt 1) Wzoru Umowy nr 2 w całości ewentualnie nadanie § 4 ust. 6 pkt. 1) Wzoru Umowy nr 2 następującej treści:

„Stawka za wozokilometr po waloryzacji nie może być wyższa niż stawka obowiązująca w IV kwartale roku

poprzedniego, powiększona o 40%. Wyjątek stanowi waloryzacja stawek w 2025 roku, dla której stawka po waloryzacji nie może być większa niż stawka z oferty Operatora powiększona o 40%. W przypadku, gdy kwartalna waloryzacja stawek za jeden wozokilometr, obliczona według wzoru określonego w ust. 3, przekroczy wskazaną wyżej maksymalną wartość 40% (stawka przed waloryzacją obowiązująca w IV kwartale roku poprzedniego x 1,40 lub dla waloryzacji w roku 2025 stawka z oferty Operatora x 1,40), w danym kwartale przyjmuje się wartość stawki równą iloczynowi stawki obowiązującej w IV kwartale roku poprzedniego i 1,40, a dla waloryzacji w roku 2025 równą iloczynowi stawki z oferty Operatora i 1,40."

(b) wykreślenie § 4 ust. 6 pkt 3) Wzoru Umowy nr 2 w całości;

(c) wykreślenie § 4 ust. 11 Wzoru Umowy nr 2 w całości ewentualnie nadanie § 4 ust. 11 Wzoru Umowy nr 2 następującej treści:

„Niezależnie od zasad waloryzacji określonych w ust 1-10 maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia jaką dopuszcza Zamawiający w całym okresie obowiązywania Umowy w efekcie zastosowania waloryzacji, o której mowa w niniejszym paragrafie nie może być większa niż 120% sumy wynagrodzenia Operatora dla lat 2024-2028 ustalonego na podstawie stawek wynikających z oferty Operatora oraz liczby maksymalnej pracy przewozowej określonej w § 1 ust. 3."

(d) nadanie § 12 ust. 1 Wzoru Umowy nr 2 następującej treści:

„Operator odpowiada za wszelkie szkody powstałe w związku z wykonywaniem przez niego usług przewozowych stanowiących przedmiot Umowy, jeżeli szkody te są następstwem okoliczności, za które Operator ponosi wyłączną odpowiedzialność."

(e) wykreślenie § 18 ust. 1 Wzoru Umowy nr 2 w całości;

(f) zmianę Załącznika nr 4 do Wzoru Umowy nr 2 [Zasady oceny i rozliczania autobusowych przewozów pasażerskich w zbiorowej komunikacji miejskiej nadzorowanej przez ZTM] w następujący sposób:

(i) nadanie pkt. 3.9 Załącznika nr 4 następującej treści:

„W przypadku wystąpienia nadzwyczajnych zdarzeń powodujących utrudnienia w ruchu i uniemożliwiających prawidłową realizację rozkładu jazdy Operator może, przed otrzymaniem dziennych raportów wstępnych, wystąpić do ZTM z wnioskiem o czasowe odstąpienie od oceny punktualności i zawodności kursowania pojazdów oraz rozliczenia wzkm na podstawie wykonania (z wyłączeniem kursów straconych z tytułu awarii) na liniach komunikacyjnych w danym dniu w całości lub na wybranych liniach, w wybranym okresie itp. Wniosek powinien zawierać stosowną dokumentację potwierdzającą wystąpienie oraz skalę utrudnień, do których się odnosi. Rozpatrzenie wniosku uwarunkowane jest bieżącym zgłaszaniem stwierdzonych zdarzeń z podaniem skutków, które powodują. Decyzje w tych sprawach podejmowane są przez ZTM stosownie do występujących okoliczności a odmowa uwzględnienia wniosku nie wymaga uzasadnienia."

(ii) w pkt. 3 Załącznika nr 4 dodanie pkt 10 po pkt 3. 9. Załącznika nr 4 o następującej treści:

„W wyniku zastosowania postanowień w pkt. 3.1 – 3.9. miesięczna kwota pomniejszenia wynagrodzenia Operatora z tytułu opóźnień (So) nie może być większa niż 5% wartości wynagrodzenia Operatora za dany miesiąc. W przypadku gdy miesięczna kwota z tytułu opóźnień (So) przekroczy wartość 5% wynagrodzenia należnego Operatorowi za dany miesiąc (wynikającego z iloczynu stawki za wozokilometr i wykonanej pracy przewozowej) wówczas do rozliczenia przyjmuje się wartość kwoty pomniejszenia z tytułu opóźnień równą wartości 5% wynagrodzenia za ten miesiąc. Kwota pomniejszenia wynikająca z tytułu przyspieszeń (Sp) nie podlega ograniczeniu."

(iii) w odniesieniu do postanowienia o treści: „wartość kary („stawka wzkm" oznacza stawkę bazową brutto obowiązująca w miesiącu, w którym zdarzenie ma miejsce)" nadanie mu następującego brzmienia:

„wartość kary

(„stawka wzkm" oznacza stawkę bazową netto obowiązująca w miesiącu, w którym zdarzenie ma miejsce)"

(iv) w odniesieniu do postanowienia o treści: „Niedostępność dla ZTM autobusu: a) rezerwy czynnej rozkładowej, b) realizującego zadania dodatkowe, c) w okresie obowiązywania na linii TSB (z wyłączeniem rozkładowego czasu trwania kursów, za które naliczono jedno z uchybień: RKW0, RKW1, RKW2)." nadanie mu następującego brzmienia:

„Niedostępność dla ZTM autobusu: a) rezerwy czynnej rozkładowej, b) realizującego zadania dodatkowe, c) w okresie obowiązywania na linii TSB (z wyłączeniem rozkładowego czasu trwania kursów, za które naliczono jedno z uchybień: RKW0, RKW1, RKW2) – przez pierwsze 30 minut od zaistnienia zdarzenia kara umowna nie jest naliczana."

(v) wykreślenie postanowień dot. symboli RKW0, RKW1 i RKW2 w całości;

(vi) w pkt. 4 Załącznika nr 4 dodanie postanowienia dot. RKW (symbol) „Kurs wadliwy o którym mowa w pkt. 2.3. (z wyłączeniem kursów, których rozkładowy czas trwania zawiera się w okresie obowiązywania TSB na linii).” (opis nieprawidłowości) „5 x stawka wzkm za każdy wadliwy kurs” (wartość kary)

(vii) w odniesieniu do postanowienia dot. symbolu RRD nadanie mu następującego brzmienia (w zakresie „wartości kary”):

„50.000 zł za każdy stwierdzony przypadek (miesiąc)”

(viii) w odniesieniu do postanowienia o treści: „Zgłoszenie awarii centralnego systemu sprzedaży biletów po upływie 30 minut od jej powstania.” nadanie mu następującego brzmienia:

„Zgłoszenie awarii centralnego systemu sprzedaży biletów po upływie 30 minut od jej powstania wykrycia lub momentu, w którym przy dołożeniu należytej staranności powinna zostać wykryta.”

(ix) w odniesieniu do postanowienia o treści: „Uchybienie dotyczące rozliczania sprzedaży biletów w automatach biletowych za dany okres rozliczeniowy, w tym opóźnienie w: a) przekazaniu raportów dotyczących sprzedaży biletów, b) dokonaniu wpłaty należności za sprzedaż biletów.” nadanie mu następującego brzmienia:

„Uchybienie dotyczące rozliczania sprzedaży biletów w automatach biletowych za dany okres rozliczeniowy, w tym opóźnienie w: a) przekazaniu raportów dotyczących sprzedaży biletów, b) dokonaniu wpłaty należności za sprzedaż biletów.”

(x) w odniesieniu do postanowienia dot. symbolu OBS nadanie mu następującego brzmienia (w zakresie „wartości kary”):

„w przypadku ujawnienia w okresie miesiąca niewykazanej sprzedaży kara w wysokości 1,5-krotności sumy cen wszystkich niewykazanych biletów”

(xi) w odniesieniu do postanowienia dot. symbolu OSP2 nadanie mu następującego brzmienia (w zakresie „wartości kary”):

„600 x stawka wzkm za każdy stwierdzony przypadek (miesiąc)”

(xii) w odniesieniu do postanowienia o treści: „Brak utrzymania liczby wszystkich zgłoszonych w formularzu ofertowym pojazdów posiadających Certyfikat zgodności z wymogami technicznymi. Kara nie jest naliczana: a) w przypadku braku możliwości uzyskania pozytywnego wyniku certyfikacji w wyniku uszkodzenia pojazdu z przyczyn losowych (np. wypadek, pożar) – od 1 do 90 dnia, b) w przypadku udowodnionego złożonego zamówienia na dostawę i dostosowanie pojazdu używanego – od 91 do 120 dnia braku certyfikowanego pojazdu, c) w przypadku konieczności przeprowadzenia napraw pojazdu, obejmujących uszkodzenia konstrukcji autobusu z przyczyn losowych (np. wypadek) – od 91 do 180 dnia braku certyfikowanego pojazdu, d) w przypadku udowodnionego złożonego zamówienia na dostawę autobusu nowego – od 91 do 240 dnia braku certyfikowanego pojazdu. W przypadku braku prawa do dysponowania autobusem przez Operatora, wynikającym z działania organów uprawnionych do pozbawienia tego prawa (np. w celach dowodowych) terminy ulegają wydłużeniu o liczbę dni zatrzymania.” nadanie mu następującego brzmienia:

„Brak utrzymania liczby wszystkich zgłoszonych w formularzu ofertowym pojazdów posiadających Certyfikat zgodności z wymogami technicznymi.

Kara nie jest naliczana:

a) w przypadku braku możliwości uzyskania pozytywnego wyniku certyfikacji w wyniku uszkodzenia pojazdu z przyczyn losowych (np. wypadek, pożar) – od 1 do 90 dnia;

b) w przypadku udowodnionego złożonego zamówienia na dostawę i dostosowanie pojazdu używanego – od 91 do 120 dnia braku certyfikowanego pojazdu,

c) w przypadku konieczności przeprowadzenia napraw pojazdu, obejmujących uszkodzenia konstrukcji autobusu z przyczyn losowych (np. wypadek) – od 91 do 180 dnia braku certyfikowanego pojazdu albo przez cały okres, w którym ww. niewykonanie lub nienależyte wykonanie postanowień Umowy ma miejsce, jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie postanowień Umowy stanowi następstwo okoliczności, za które Operator nie ponosi odpowiedzialności,

d) w przypadku udowodnionego złożonego zamówienia na dostawę autobusu nowego – od 91 do 240 dnia braku certyfikowanego pojazdu.

W przypadku braku prawa do dysponowania autobusem przez Operatora, wynikającym z działania organów uprawnionych do pozbawienia tego prawa (np. w celach dowodowych) terminy ulegają wydłużeniu o liczbę dni zatrzymania.”

(xiii) w odniesieniu do postanowienia dot. symbolu OTP nadanie mu następującego brzmienia (w zakresie „wartości kary”):

„100.000 zł za każdy stwierdzony przypadek naruszenia”

(xiv) w odniesieniu do postanowienia o treści: „Wykroczenie służbowe pracownika Operatora – nieprzestrzeganie obowiązków wynikających z Umowy, w szczególności: […] p) odmowa udzielenia informacji w zakresie punktualności kursowania, trasy kontrolowanego pojazdu, […].” nadanie mu następującego brzmienia:

„Wykroczenie służbowe pracownika Operatora – nieprzestrzeganie obowiązków wynikających z Umowy, w szczególności:

[…] p) odmowa udzielenia informacji w zakresie punktualności kursowania, trasy kontrolowanego pojazdu, chyba że odmowa udzielenia informacji jest w danych okolicznościach uzasadniona bezpieczeństwem ruchu […]”

(xv) w odniesieniu do postanowienia o treści: „Stwierdzona przez ZTM niezgodność ze stanem faktycznym dokumentów sprawozdawczych, sporządzanych przez Operatora.” nadanie mu następującego brzmienia:

„Stwierdzona przez ZTM istotna niezgodność ze stanem faktycznym dokumentów sprawozdawczych, sporządzanych przez Operatora.”

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpił wykonawca Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołania, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Izba uwzględniła przy rozpoznaniu odwołania dokumentację postępowania, w szczególności postanowienia specyfikacji warunków zamówienia. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 14 maja 2024 r. wraz ze złożonymi dowodami.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

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

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Ponadto, Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze co do zarzutu opisanego w punkcie II.1 lit. c *petitum* odwołania, podlega umorzeniu, z powodu jego wycofania przez Odwołującego.

Dalej, Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze w zakresie żądań opisanych w pkt III.1 lit. f tiret i, ii, xii, xiii, xiv oraz w pkt III.2 lit. f tiret i, ii, xii, xiii, xiv *petitum* odwołania, podlega umorzeniu, z powodu ich wycofania przez Odwołującego.

Następnie, Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze w zakresie żądań opisanych w pkt III.1 lit. d, e, f tiret v, vi, xv oraz w pkt III.2 lit. d, e, f tiret v, vi, xv *petitum* odwołania podlega umorzeniu z powodu stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne. Zamawiający w zakresie ww. żądań oświadczył w odpowiedzi na odwołanie, że zmodyfikował stosowne postanowienia. Izba uznała, że postępowanie odwoławcze stało się zbędne, ponieważ czynność Zamawiającego, polegająca na modyfikacji postanowień, skarżonych w odwołaniu, unieważniła czynność, będącą podstawą wniesienia odwołania. Wobec powyższego, w ocenie składu orzekającego, postępowanie odwoławcze stało się zbędne – przedmiot zaskarżenia przestał istnieć.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie w pozostałym zakresie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie należy stwierdzić, że w przypadku odwołania na treść postanowień specyfikacji warunków zamówienia ramy postępowania odwoławczego zakreśla nie tylko wskazanie konkretnych uchybień, ale też oczekiwań odwołującego. Podniesiony w odwołaniu zarzut, jak i konstrukcja żądania, muszą być opisane w sposób jasny i precyzyjny, musi z nich wynikać jednoznaczne sformułowanie oczekiwań odwołującego, a także uzasadnienie dlaczego w ocenie odwołującego postanowienia specyfikacji warunków zamówienia naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zawierać uzasadnienie dla proponowanych przez siebie zmian dotyczących nowej treści SWZ..

Skład orzekający podziela prezentowany w orzecznictwie Izby pogląd, że w przypadku zaskarżenia brzmienia postanowień specyfikacji warunków zamówienia, dalsza kreacja ich treści ponad żądanie wskazane w odwołaniu, winna doznawać ograniczeń. Co równie istotne, stawiane żądania w zakresie modyfikacji postanowień specyfikacji warunków zamówienia, powinny prowadzić do eliminacji niezgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, a nie zaś do takiego ich ukształtowania, aby uczynić warunki realizacji zamówienia dogodnymi i możliwymi do spełnienia wykonawcom podnoszącym te żądania (vide wyrok KIO z dnia 10 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 2864/21, KIO 2872/21).

Zarzut dotyczący § 4 ust. 6 pkt 1), 3) oraz ust. 11 Wzoru Umowy nr 1 oraz § 4 ust. 6 pkt 1), 3) oraz ust. 11 Wzoru Umowy nr 2

Izba ustaliła, że zgodnie z § 4 ust. 6 pkt 1) Wzoru Umowy nr 1 oraz Wzoru Umowy nr 2*Stawka za wozokilometr po waloryzacji nie może być wyższa niż stawka obowiązująca w IV kwartale roku poprzedniego, powiększona o 10%. Wyjątek stanowi waloryzacja stawek w 2025 roku, dla której stawka po waloryzacji nie może być większa niż stawka z oferty Operatora 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 IV kwartale roku poprzedniego x 1,10 lub dla waloryzacji w roku 2025 stawka z oferty Operatora x 1,10), w danym kwartale przyjmuje się wartość stawki równą iloczynowi stawki obowiązującej w IV kwartale roku poprzedniego i 1,10, a dla waloryzacji w roku 2025 równą iloczynowi stawki z oferty Operatora i 1,10.*

Izba wskazuje, 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, powinna ona odzwierciedlać realny wpływ zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania przedmiotu zamówienia.

Na uwagę zasługuje również 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 realizacja zamówienia. Z przepisów ustawy Pzp 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". 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 obarczony 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 nałożony obowiązek 100% rekompensaty zmian kosztów realizacji inwestycji z uwagi na wzrost cen materiałów budowlanych i surowców".

Mając na uwadze powyższe tezy, w ocenie Izby, w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, Odwołujący nie wykazał, aby postanowienia umowy dotyczące waloryzacji wynagrodzenia naruszały w sposób rażący równowagę

kontraktową stron i jako takie były sprzeczne z naturą stosunku umowy o udzielnie zamówienia publicznego oraz zasadami współżycia społecznego. Odwołujący wskazywał jedynie, że wątpliwości co do zasadności i racjonalności wywołuje zastosowanie w projektowanych postanowieniach umownych przez Zamawiającego podwójnego limitu waloryzacji. Powoływanie się przez Odwołującego na racjonalność czy zasadność, pozostaje bez znaczenia, bowiem Izba rozpatrując odwołanie, bada jedynie legalność działań zamawiającego.

Odwołujący w treści uzasadnienia przywołuje doświadczenia ostatnich lat, tj. pandemię COVID-19, czy wybuch konfliktu zbrojnego w Ukrainie, podnosząc, że zdarzenia te zrewidowały i zredefiniowały nasze pojęcie stabilności i pewności obrotu prawnego. Niemniej pomija, że minione lata były okresem szczególnym, w którym zaistniało szereg nadzwyczajnych oraz nieprzewidywanych okoliczności, powodujących gwałtowny wzrost inflacji, co skutkuje uznaniem , że okresy te nie są miarodajnym punktem wyjścia do rozważań na temat przewidywanego wzrostu kosztów realizacji usług w najbliższych latach.

Wydaje się, że Odwołujący nie bierze pod uwagę aktualnej stabilizacji poziomu cen i tego, że taka sytuacji wpływa korzystnie na sytuację wykonawcy w zakresie odpowiedniej kalkulacji ceny oferty, podczas gdy samo ryzyko prawidłowej wyceny jest jego ryzykiem, a waloryzacja wynagrodzenia sama w sobie nie jest bezwarunkowym obowiązkiem ustawowym pokrycia wszelkich odchyleń cen. Wykonawca jako profesjonalista na podstawie własnego doświadczenia, rozeznania, 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 (m.in. orzeczenia Izby: 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 ustaliła, że stosownie do § 4 ust. 6 pkt 3) Wzoru Umowy nr 1 oraz Wzoru Umowy nr 2*Dla uniknięcia wątpliwości wyjaśnia się, że różnica pomiędzy dopuszczalnym maksymalnym, a rzeczywistym wskaźnikiem waloryzacji Stawki w danym roku wynikającym z obliczeń poczynionych zgodnie z ust. 3 powyżej, nie zwiększa wskaźnika waloryzacji Stawki w kolejnym roku.*

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu „przepadanie" wzrostu wskaźnika ponad 10 % na przełomie lat i tym samym zaniżanie jego wartości początkoworocznej.

Skład orzekający wskazuje, że różnica pomiędzy maksymalnym a rzeczywistym wskaźnikiem waloryzacji stawki w danym roku, nie zwiększa wskaźnika waloryzacji stawki w roku kolejnym, nie stanowi naruszenia przepisów prawa oraz nie zaburza równowagi stron kontraktu.

Izba ustaliła, że jak stanowi § 4 ust. 11 Wzoru Umowy nr 1 *Niezależnie od zasad waloryzacji określonych w ust 1-10 maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia jaką dopuszcza Zamawiający w całym okresie obowiązywania Umowy w efekcie zastosowania waloryzacji, o której mowa w niniejszym paragrafie nie może być większa niż 15,6% sumy wynagrodzenia Operatora dla lat 2025-2027 ustalonego na podstawie stawek wynikających z oferty Operatora oraz liczby maksymalnej pracy przewozowej określonej w § 1 ust. 3.*

Zgodnie z § 4 ust. 11 Wzoru Umowy nr 2 *Niezależnie od zasad waloryzacji określonych w ust 1-10 maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia jaką dopuszcza Zamawiający w całym okresie obowiązywania Umowy w efekcie zastosowania waloryzacji, o której mowa w niniejszym paragrafie nie może być większa niż 21,5% sumy wynagrodzenia Operatora dla lat 202-2028 ustalonego na podstawie stawek wynikających z oferty Operatora oraz liczby maksymalnej pracy przewozowej określonej w § 1 ust. 3.*

Odwołujący podnosił, że dobrane przez Zamawiającego parametry, nie odpowiadają istocie i specyfice zamówienia.

Zamawiający wyjaśnił, że podanie limitu maksymalnej wartości wynagrodzenia, jaką dopuszcza w całym okresie obowiązywania umowy, stanowi tylko dodatkową informację dla wykonawcy, o tym jak limity waloryzacji stawki z poszczególnych lat przekładają się na łączne wynagrodzenie, które może otrzymać Odwołujący.

Izba w tym zakresie nie dopatrzyła się naruszenia przepisów ustawy Pzp. Ponadto, Odwołujący w żaden sposób swoich twierdzeń nie uargumentował, ponownie podnosząc jedynie wątpliwości co do zasadności i racjonalności ww. postanowienia.

<u>Zarzuty dotyczące postanowień Załącznika nr 4 do Wzoru Umowy nr 1 oraz Wzoru Umowy nr 2:</u>

Tytułem wstępu Izba wskazuje, że zarzuty Odwołującego nie podlegały uwzględnieniu, gdyż ich zasadność nie została przez Odwołującego w żaden sposób wykazana. Uzasadniając ww. zarzuty Odwołujący ograniczył się do

przedstawienia kilku ogólnych twierdzeń, z których nic konkretnego dla niniejszej sprawy nie wynika.

Warto podkreślić, że kara umowna jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzanym do umowy w ramach swobody kontraktowania, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązań (vide wyrok SA w Warszawie z dnia 3 czerwca 2015 r., sygn. akt VI ACa 1682/14). Skłania ona tym samym stronę zobowiązaną, może nawet silniej niż jakiekolwiek inne środki, do ścisłego wypełnienia zobowiązania i stanowi dodatkowy instrument służący zapewnieniu gwarancji należytego wypełnienia zobowiązań (vide wyrok SA w Poznaniu z dnia 11 kwietnia 2013 r., sygn. akt I ACa 152/13).

Zamawiający ma prawo korzystać z tych funkcji kar umownych po to, aby zapewnić sobie możliwie szeroki wachlarz gwarancji, że wykonawca będzie realizował zamówienie publiczne w sposób oczekiwany przez zamawiającego, terminowy i zgodny z opisywanymi w umowie standardami.

Zarzut dotyczący żądania z pkt III.1 lit. f tiret iii *petitum* odwołania

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 4 Załącznika nr 4 do Wzoru Umowy nr 1 oraz Wzoru Umowy nr 2*wartość kary („stawka wzkm" oznacza stawkę bazową brutto obowiązująca w miesiącu, w którym zdarzenie ma miejsce).*

Odwołujący wnioskował o zmianę powyższego postanowienia w następujący sposób: *wartość kary („stawka wzkm" oznacza stawkę bazową netto obowiązująca w miesiącu, w którym zdarzenie ma miejsce).*

Odwołujący podnosił, że *Zastrzeżenie, że wartość kary umownej będzie określana w stawce brutto przesądza o pierwotnym rażącym wygórowaniu (w rozumieniu art. 484 k.c.) każdej kary umownej kalkulowanej w oparciu o ten mnożnik (stawka brutto). Kara umowna w tym przypadku pozostaje w oderwaniu od wynagrodzenia Operatora – obliczana jest także w stosunku do należności publicznoprawnej. Powyższe zastrzeżenie – w tym zakresie – nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia.*

Izba wskazuje, że Odwołujący nie wyjaśnił i nie podał dlaczego kwestionując powyższe postanowienie nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia dla niego. Izba podkreśla również w tym miejscu, że w uzasadnieniu odwołania, w zasadzie, poza odniesieniem do przepisów Kodeksu cywilnego brak jest jakiegokolwiek stanowiska Odwołującego poddającego się ocenie w zakresie zarzutu.

Równocześnie o rażącym wygórowaniu kary umownej można mówić w konkretnym przypadku uwzględniając okoliczności danej sprawy. Nie sposób zatem *a priori* stwierdzić, iż dana kara ma charakter wygórowany. Potwierdza to konstrukcja instytucji miarkowania kary umownej określona w art. 484 § 2 Kc, która zakłada jej obniżenie *post factum* po uwzględnieniu okoliczności jej naliczenia.

Ponadto, Zamawiający wyjaśnił, że projektując postanowienia umowne dokonał analizy skutków poszczególnych uchybień i nieprawidłowości w kontekście funkcjonowania publicznego transportu zbiorowego i w sposób przemyślany oraz celowy ustalił wysokość poszczególnych kar. Świadczy o tym chociażby rozbudowany katalog szczegółowo określonych uchybień i ustalonych dla nich indywidualnie wysokości kar umownych. Celem takiego zabiegu było uniknięcie ryczałtowego, oderwanego od charakteru nieprawidłowości, ustalania wysokości kar.

Zgodzić należy się z Zamawiającym, że zastosowanie stawki brutto za jeden wzkm jako podstawy dla obliczania kar umownych, wiąże ich wysokość z wynagrodzeniem wykonawcy, a nadto stanowi prosty do zastosowania i zindywidualizowany dla danego operatora, przelicznik.

Bez znaczenia pozostaje też okoliczność ewentualnej zmiany stawki podatku VAT, na którą powoływał się Odwołujący, bowiem wciąż kara ta będzie zgodna z przepisami prawa. Potwierdza to postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 31 sierpnia 2022 r., sygn. akt I CSK 1691/22, gdzie wskazano, że*Maksymalna wysokość kary umownej nie musi być wyrażona w kwocie pieniężnej; wystarczy, że można ją oznaczyć na podstawie umowy i okoliczności sprawy*.

Zarzut dotyczący żądania z pkt III.1 lit. f tiret iv *petitum* odwołania

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt dotyczącym symbolu RRC -*Niedostępność dla ZTM autobusu: a) rezerwy czynnej rozkładowej, b) realizującego zadania dodatkowe, c) w okresie obowiązywania na linii TSB (z wyłączeniem rozkładowego czasu trwania kursów, za które naliczono jedno z uchybień: RKW0, RKW1, RKW2)*wartość kary to *0,5 x stawka wzkm za każdą rozpoczętą minutę braku dostępności autobusu. Przy zdarzeniach losowych nie będących awariami taboru lub nie wynikających z braku zapewnienia odpowiedniej obsady (kierowca-tabor) karę nalicza się po upływie 60 min od zdarzenia (czas dla Operatora na reakcję = podstawienie autobusu rezerwowego).*

Odwołujący wnioskował o zmianę powyższego postanowienia w następujący sposób: *Niedostępność dla ZTM autobusu: a) rezerwy czynnej rozkładowej, b) realizującego zadania dodatkowe, c) w okresie obowiązywania na linii TSB13 (z wyłączeniem rozkładowego czasu trwania kursów, za które naliczono jedno z uchybień: RKW0, RKW1, RKW2) - przez pierwsze 30 minut od zaistnienia zdarzenia kara umowna nie jest naliczana*.

Odwołujący podnosił, że *Uzupełnienie aktualnej treści postanowienia o zastrzeżenie, że „wyłączając czas potrzebny na dojazd autobusów w miejsce docelowe" uchyla niebezpieczeństwo, że kara umowna może zostać naliczona*

nawet za podjęcie przez Operatora wszystkich działań możliwych i koniecznych w celu udostępnienia autobusów – z przyczyn od Operatora niezależnych i przez Operatora niezawinionych, np. korek uliczny, który opóźni dojazd autobusów na miejsce docelowe.

Zamawiający wyjaśnił, że w konstrukcji tego uchybienia przewidział sytuacje, w których wykonawca umowy z przyczyn od siebie niezależnych, takich jak np. wystąpienie zatorów drogowych, których co do zasady albo co do skali nie można było przewidzieć i które uczynią autobus w przedmiotowych sytuacjach niedostępny dla zamawiającego, nie będzie karany. Ponadto, niewątpliwie dla Zamawiającego kluczową kwestią jest punktualność, dlatego dąży do tego, aby odjazdy były regularne i punktualne.

Izba stwierdziła, że zgodnie z przywołanym postanowieniem karę nalicza się po upływie 60 minut od zdarzenia losowego niebędącego awarią taboru lub niewynikającego z braku zapewnienia odpowiedniej obsady (kierowca-tabor). Oznacza to, że przez pierwsze 60 minut przy zdarzeniach losowych nie nalicza się kary umownej oznaczonej symbolem RRC.

Dlatego niezrozumiałe są dla Izby żądania Odwołującego modyfikacji postanowienia o nienaliczanie kar przez pierwsze 30 minut od wystąpienia zdarzenia, skoro Zamawiający przewidział takie wyłącznie w okresie dłuższym, tj. 60 minut.

Zarzut dotyczący żądania z pkt III.1 lit. f tiret viii *petitum* odwołania

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt dotyczącym symbolu OBC3 –*Zgłoszenie awarii centralnego systemu sprzedaży biletów po upływie 30 minut od jej powstania,* wartość kary to *50 x stawka wzkm za każdy stwierdzony przypadek, za każde rozpoczęte 30 minut nie więcej niż 500 x stawka wzkm w dobie*.

Odwołujący wnioskował o zmianę powyższego postanowienia w następujący sposób: *Zgłoszenie awarii centralnego systemu sprzedaży biletów po upływie 30 minut od jej wykrycia lub momentu, w którym przy dołożeniu należytej staranności powinna zostać wykryta*.

Odwołujący podnosił, że *Aktualna treść zastrzeżenia kary umownej zakłada odpowiedzialność Operatora de facto na zasadzie ryzyka. Tymczasem, zaproponowana treść postanowienia przywraca zasadę – przyjętą przez Zamawiającego – odpowiedzialności Operatora na zasadzie winy. Por. Pytanie potencjalnego wykonawcy nr 39 dot. Załącznik nr 4 w postępowaniu nr 126/2023/FZ14 w przedmiocie „Prosimy o potwierdzenie, że kary umowne za uchybienia określone w tabeli w pkt 4 załącznika nr 4 naliczane będą tylko w przypadku zawinionego działania/zaniechania operatora i nie będą naliczane w przypadku braku winy Operatora." oraz odpowiedź* Zamawiającego: „Zamawiający wyjaśnia, iż kary umowne za uchybienia określone w tabeli w pkt 4 Załącznika nr 4 do Umowy naliczane będą tylko w przypadku zawinionego działania/zaniechania Operatora."

Zamawiający wyjaśnił, że aktualny stan techniki pozwala na implementowanie do systemów teleinformatycznych funkcji, które automatycznie monitorują poprawność ich działania. W przypadku wykrycia nieprawidłowości natychmiast pojawia się alert o nieprawidłowościach.

Skład orzekający podziela pogląd prezentowany przez Zmawiającego, że dokonanie zmian zgodnie z żądaniem Odwołującego mogłoby prowadzić do nadużyć ze strony wykonawcy. Tym bardziej, że sformułowanie „wykrycie" powoduje, że nie sposób dokładnie, precyzyjnie, obiektywnie i konkretnie ustalić od kiedy należy przewidzianą karę naliczyć.

Zarzut dotyczący żądania z pkt III.1 lit. f tiret ix *petitum* odwołania

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt dotyczącym symbolu OBR2 –*Uchybienie dotyczące rozliczania sprzedaży biletów w automatach biletowych za dany okres rozliczeniowy, w tym opóźnienie w: a) przekazaniu raportów dotyczących sprzedaży biletów, b) dokonaniu wpłaty należności za sprzedaż biletów*, wartość kary to *100 x stawka wzkm za każdy stwierdzony przypadek, za każdy dzień opóźnienia.*

Odwołujący wnioskował o zmianę powyższego postanowienia poprzez wykreślenie sformułowania *b) dokonaniu wpłaty należności za sprzedaż biletów.*

Odwołujący podnosił, że *Kara umowna może być stosowana wyłącznie za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego. I tak, zgodnie z art. 484 § 1 k.c.: W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania […]." Niedopuszczalne jest zastrzeżenie kary umownej w związku z niewykonaniem zobowiązania pieniężnego. Powyższe jest zgodne ze stanowiskiem Sądu Najwyższego m.in. w uchwale Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego – Izby Cywilnej z dnia 20.11.2019 r. (sygn. akt: III CZP 3/19), gdzie potwierdzono, że nie jest dopuszczalne zastrzeżenie kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy z powodu niewykonania zobowiązania o charakterze pieniężnym.*

Izba ustaliła, że zgodnie z § 5 pkt 5 obu Wzorów umów, *W okresie realizacji usług przewozowych stanowiących przedmiot niniejszej Umowy Operator zobowiązuje się do zapewnienia ciągłości sprzedaży biletów ZTM w każdym autobusie przez zainstalowane w autobusach automaty Systemu Sprzedaży Biletów (SSB) na warunkach i zasadach*

określonych w Załączniku nr 7 do Umowy.

Stosownie do § 7 ust. 3 obu Wzorów umów, *Wszystkie wpływy z tytułu opłat za przewóz oraz innych opłat pobieranych od pasażerów stanowią wyłączny przychód Zamawiającego i nie mogą być pobierane lub zatrzymywane przez Operatora, a w przypadku ich pobrania przez Operatora muszą być niezwłocznie zwrócone Zamawiającemu.*

Jak stanowi pkt 3.2. Załącznika nr 7 - Warunki i zasady sprzedaży biletów w pojazdach- do obu Wzorów umów, *Wszystkie środki pieniężne uzyskane tytułem sprzedaży biletów w automatach, w tym również transakcji oznaczonych błędem (np.: niewydrukowany/niezakodowany bilet pomimo pobrania środków z konta pasażera) Operator będzie przekazywał na wskazany przez Zamawiającego rachunek bankowy. Środki będą przekazywane w skonsolidowanych tzw. paczkach – transzach, na podstawie raportów dziennych obejmujących wartość zakupionych biletów w okresie ostatnich 24 godzin z zastrzeżeniem, że soboty, niedziele i święta będą doliczane do transzy następnego dnia roboczego następującego po nich. Operator nie później niż przed rozpoczęciem sprzedaży biletów w automatach, ustanowi Zamawiającego pełnomocnikiem do rachunku Operatora, na który będą wpływały środki pieniężne z tytułu zakupu biletów.*

Biorąc pod uwagę powyższe nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że nieprzekazanie środków, będzie stanowiło niedopuszczalne zastrzeżenie kary umownej za niewykonanie świadczenia pieniężnego. Jak słusznie zauważył Zamawiający, należy odróżnić obowiązek spełnienia świadczenia pieniężnego, którego istotą jest przepływ środków należących do jednego podmiotu na rzecz innego podmiotu (zapłata), od sytuacji określonej we Wzorach umów, gdzie operator jedynie przyjmuje środki pieniężne należne Zamawiającemu i jest zobowiązany do przekazania ich w całości Zamawiającemu.

Zatem, nieuprawnione są twierdzenia Odwołującego o świadczeniu pieniężnym, bowiem mamy tutaj do czynienia ze świadczeniem niepieniężnym, tj. usługą polegającą na pobieraniu od pasażerów należności za bilety i przekazywaniu ich w całości Zamawiającemu. Kara umowna została więc zastrzeżona za niewykonanie czynności technicznej – zaniechanie przekazania pobranych środków.

Zarzuty dotyczące żądań z pkt III.1 lit. f tiret vii, x, xi *petitum* odwołania

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt dotyczącym symbolu RRD- *Liczba odjazdów z przystanków, zarejestrowanych i zaraportowanych w trybie określonym Załącznikiem nr 8 do Umowy, w rozliczanym miesiącu wynosi mniej niż 90% odjazdów faktycznie zrealizowanych przez pojazdy realizujące przewozy w ramach Umowy w tym okresie,* wartość kary to *100 000 zł za każdy stwierdzony przypadek (miesiąc).*

Odwołujący wnioskował o zmianę wartości kary w następujący sposób: *50.000 zł za każdy stwierdzony przypadek (miesiąc).* Podnosił, że *Kara umowna [100.000 zł za każdy stwierdzony przypadek (miesiąc)] jest rażąco wygórowana (w rozumieniu art. 484 k.c.) w odniesieniu do przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy, które sankcjonuje.*

Zamawiający wskazywał, że wielkość kary nie może zostać uznana za wygórowaną, wynosi bowiem 100 tys. zł, co stanowi nie więcej niż 2-3% miesięcznego przychodu wykonawcy. Intencją tej kary jest dodatkowa ochrona dla ekstremalnych przypadków, gdyby przez brak automatycznego raportowania stopnia (jakości) realizowanej przez wykonawcę usługi na poziomie przynajmniej 90%, w zasadzie nie można było ocenić czy usługa była wykonywana, czy była wykonywana zgodnie z warunkami umowy i w jakim zakresie może zostać rozliczona. Wysokość kary ma również stanowić element motywujący operatora do wdrożenia w ramach swojej organizacji, procedur kontrolnych dążących do uniemożliwienia wystąpienia przypadków nieprawidłowego raportowania odjazdów z przystanków.

Stosownie do pkt oznaczonego symbolem OBS -*Brak wykazania w danych z automatu biletowego SSB sprzedaży wszystkich biletów (zakodowanych na kartach albo wydanych przez automat),* wartość kary to *w przypadku ujawnienia w okresie miesiąca niewykazanej sprzedaży: □ do 5 szt. biletów – kara w wysokości 10-krotności sumy cen wszystkich niewykazanych biletów □ więcej niż 5 szt. biletów – kara w wysokości 50-krotności sumy cen wszystkich niewykazanych biletów.*

Odwołujący wnioskował o zmianę wartości kary w następujący sposób: *w przypadku ujawnienia w okresie miesiąca niewykazanej sprzedaży kara w wysokości 1,5-krotności sumy cen wszystkich niewykazanych biletów.* Podnosił, że *Kara umowna [10- / 50- krotność sumy cen wszystkich niewykazanych biletów] jest rażąco wygórowana (w rozumieniu art. 484 k.c.) w odniesieniu do przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy, które sankcjonuje.*

Zamawiający wskazywał, że określony poziom kar ma na celu dyscyplinowanie wykonawcy. Zmniejszenie kary może spowodować powstanie braków w raportowaniu sprzedaży, ze względu na zbyt niską wartość kary. W efekcie będzie to skutkowało brakiem kompletności danych sprzedażowych i będzie prowadziło do niewłaściwego rozliczania sprzedaży biletów i uszczuplenie przychodów miasta st. Warszawy.

Jak stanowi pkt oznaczony symbolem OSP2 -*Stwierdzony przez ZTM brak rozliczenia strat wzkm w więcej niż 5 kursach w miesiącu,* wartość kary to *1200 x stawka wzkm za każdy stwierdzony przypadek (miesiąc).*

Odwołujący wnioskował o zmianę wartości kary w następujący sposób: *600 x stawka wzkm za każdy stwierdzony*

przypadek (miesiąc). Podnosił, że *Kara umowna [1200 x stawka wzkm za każdy stwierdzony przypadek (miesiąc)] jest rażąco wygórowana (w rozumieniu art. 484 k.c.) w odniesieniu do przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy, które sankcjonuje.*

Zamawiający wskazywał, że brak rozliczenia strat wozokilometrów (niewykonania) w więcej niż 5 kursach stanowi o niestaranności operatora w przygotowaniu dokumentacji sprawozdawczej. Wysokość kary ma stanowić element motywujący operatora do wdrożenia należytej kontroli nad właściwym przygotowaniem dokumentacji sprawozdawczej z wykonanych usług, a tym samym ma zapobiec wystąpieniu przypadków nieprawidłowego rozliczenia usług przewozowych.

W ocenie Izby, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, zasadnym jest przedstawienie uwag natury ogólnej, odnoszących się do wymogów formalnych odwołania, określonych przepisami ustawy Pzp. Izba wskazuje, że stosownie do treści art. 516 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji.

Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych zamawiającemu (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 czerwca 2017 r. sygn. akt: KIO 1187/17). Podsumowując powyższe Izba stwierdza, że to na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej, które wyznaczają granice rozstrzygnięcia Izby, która może orzekać wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

W ocenie składu orzekającego, brak jakiejkolwiek argumentacji faktycznej w uzasadnieniu faktycznym odwołania stanowi brak wskazania podstawy faktycznej w uzasadnieniu odwołania, która na etapie prowadzenia postępowania odwoławczego nie daje się poddać ocenie. Izba ocenia czynność Zamawiającego w kontekście podniesionego zarzutu i przypisanej mu argumentacji faktycznej. To po stronie wykonawcy składającego odwołanie ciąży obowiązek wykazania uzasadnienia i argumentacji podnoszonych naruszeń. Izba nie jest uprawniona, aby poszukiwać za Odwołującego uzasadnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu. Wykonawca składający odwołanie jest zobowiązany do skonkretyzowania swojego stanowiska przez podania uzasadnienia faktycznego. Izba nie może domyślać się intencji czy zamierzeń Odwołującego, jak również Izba nie może podejmować za Odwołującego czynności zmierzających do uzasadnienia zarzutu odwołania. W ramach środków ochrony prawnej następuje ocena działania Zmawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy Pzp.

Zarówno orzecznictwo Izby, jak i sądów powszechnych, podkreśla potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 29 czerwca 2009 r. sygn. akt X Ga 110/09 *Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej*. Podobnie wskazał Sąd Okręgowy w Rzeszowie w wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r., sygn. akt I Ca 117/12 *Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia*. Również w orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się, że powód nie jest obowiązany do wskazania w pozwie podstawy prawnej swego roszczenia. Tak też w wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 1997 r., sygn. akt I CKN 130/97, gdzie stwierdzono, że *Zgodnie z zasadą da mihi factum, dabo tibi ius - wynikającą w polskim prawie procesowym z nałożenia na powoda jedynie obowiązku przytoczenia okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie - konstrukcja prawna podstawy rozstrzygnięcia należy do sądu*. Niezmiennie Sąd Najwyższy podkreśla, że obligatoryjnym elementem pozwu jest przytoczenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie pozwu (art. 187 § 1 ust. 2 k.p.c.), okoliczności te stanowią podstawę faktyczną powództwa (causa petendi) - tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 maja 1957 r., sygn. akt II CR 305/57.

Przenosząc powyższe rozważania na stan niniejszej sprawy należy stwierdzić, że w odwołaniu brak jest

jakiejkolwiek argumentacji faktycznej uzasadniającej podniesione zarzuty. Odwołujący stwierdza jedynie w zakresie żądań z pkt III.1 lit. f tiret vii, x, xi *petitum* odwołania, że kara umowna jest rażąco wygórowana (w rozumieniu art. 484 k.c.) w odniesieniu do przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy, które sankcjonuje.

W ocenie składu orzekającego, brak jakiejkolwiek argumentacji faktycznej w uzasadnieniu faktycznym odwołania stanowi w zasadzie brak wskazania podstawy faktycznej w uzasadnieniu odwołania, która na etapie prowadzenia postępowania odwoławczego nie daje się poddać ocenie. W tym miejscu na uwagę zasługuje wyrok Sadu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 24 kwietnia 2014 r., sygn. akt I ACa 26/14, zgodnie z którym *ocenę, czy kara w danym przypadku jest rażąco wygórowana należy dokonać w kontekście całokształtu okoliczności sprawy, uwzględniając przedmiot umowy, okoliczności, na jakie kara umowna została zastrzeżona, cel tej kary, sposób jej ukształtowania, okoliczności, w jakich doszło do sytuacji uzasadniającej naliczenia kary, wagę i zakres nienależytego wykonania umowy, stopień winy oraz charakter negatywnych skutków dla drugiej strony*. Dlatego też zdaniem Izby to te okoliczności powinny być przez Odwołującego wykazane w odniesieniu do każdej z kwestionowanych kar umownych. Natomiast takiej argumentacji zabrakło w odwołaniu, a próba rozwijania jej na rozprawie jest nieuprawniona.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący:……..

……..

……..