Sygn. akt:KIO 100/25
KIO 103/25

WYROK

Warszawa, dnia 11 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Banaszkiewicz

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lutego 2025 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.w dniu 10 stycznia 2025 r. przez wykonawcę Citybike Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku,

B.w dniu 10 stycznia 2025 r. przez wykonawcę Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Wrocław - Urząd Miejski Wrocławia

przy udziale uczestników po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt 100/25:

A.wykonawcy Nextbike Polska S.A. z siedzibą w Warszawie,

przy udziale uczestników po stronie odwołującego w postępowaniu o sygn. akt 103/25:

A.Citybike Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku,

B.ROOVEE S.A. z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestników po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt 103/25:

A.wykonawcy Nextbike Polska S.A. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

KIO 100/25

1.umarza postępowanie w zakresie zarzutów nr 2.7, 2.8, 2.9 odwołania,

2.uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów nr 2.1 i 2.2 odwołania i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany harmonogramu realizacji zamówienia i wyznaczenie terminu uruchomienia Etapu I Systemu WRM na 4 miesiące od dnia zawarcia umowy, w zakresie zarzutu nr 2.4 i nakazuje Zamawiającemu zmianę § 21 ust. 4 projektowanych postanowień umownych poprzez powiązanie przesłanki odstąpienia od umowy ze zwłoką wykonawcy, w zakresie zarzutu nr 2.6 i nakazuje Zamawiającemu zmianę § 21 ust. 6 projektowanych postanowień umownych poprzez wskazanie katalogu przypadków, które będą zakwalifikowane jako naruszenie umowy skutkujące możliwością odstąpienia przez Zamawiającego od umowy,

3.oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

4.kosztami postępowania obciąża odwołującego Citybike Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku w części 2/5 i zamawiającego Gminę Wrocław - Urząd Miejski Wrocławia w części 3/5 i:

4.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Citybike Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Citybike Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Gminę Wrocław - Urząd Miejski Wrocławia tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

4.2.zasądza od zamawiającego Gminy Wrocław - Urząd Miejski Wrocławia na rzecz wykonawcy Citybike Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku kwotę 9 720 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy siedemset dwadzieścia złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego

KIO 103/25

1.uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 odwołania i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany harmonogramu realizacji zamówienia i wyznaczenie terminu uruchomienia Etapu I Systemu WRM na 4 miesiące od dnia zawarcia umowy,

2.oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

3.kosztami postępowania obciąża odwołującego Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie w części 1/2 i zamawiającego Gminę Wrocław - Urząd Miejski Wrocławia w części 1/2 i:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Gminę Wrocław - Urząd Miejski Wrocławia tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

3.2.zasądza od zamawiającego Gminy Wrocław - Urząd Miejski Wrocławia na rzecz wykonawcy Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego.

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:…….....

KIO 100/25, 103/25

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Wrocław - Urząd Miejski Wrocławia (dalej: „Zamawiający") prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 dalej: „ustawa Pzp") postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Usługa polegająca na uruchomieniu oraz kompleksowej eksploatacji samoobsługowej wypożyczalni rowerów publicznych we Wrocławiu oraz w gminach ościennych w ramach opcji" (numer referencyjny: ZP/PN/99/2024/WIM). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 31 grudnia 2024 r. pod nr 799968-2024

Dnia 10 stycznia 2025 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowych postępowaniach na podstawie art. 513 ustawy Pzp odwołanie złożyli: w sprawie o sygn. 100/25 wykonawca Citybike Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, zaś w sprawie o sygn. 103/25 wykonawca Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie.

W sprawie o sygn. 100/25 odwołanie złożono od czynności podjętych przez Zamawiającego polegających na opisaniu przedmiotu zamówienia w Postępowaniu w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz utrudniający uczciwą konkurencję, a także na ustaleniu treści projektowanych postanowień umowy w sposób skrajnie niekorzystny dla wykonawców, naruszający równowagę stron umowy oraz prowadzący do naruszenia praw podmiotowych wykonawców.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

2.1. art. 134 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp w zw. art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) ustawy Pzp poprzez wyznaczenie terminu na uruchomienie Etapu I Systemu WRM wynoszącego dwa miesiące od dnia zawarcia umowy, podczas gdy termin ten jest rażąco krótszy od terminów produkcji i dostaw fabrycznie nowych rowerów wymaganych przez Zamawiającego, a ponadto uruchomienie Etapu I Systemu WRM wymaga uprzedniej realizacji szeregu obowiązków umownych, których wykonanie w dwumiesięcznym terminie nie jest realne, co świadczy o naruszeniu zasady proporcjonalności oraz o nieuwzględnieniu przez Zamawiającego wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty w Postępowaniu,

2.2. art. 134 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) ustawy Pzp poprzez wyznaczenie terminu na uruchomienie Etapu I Systemu WRM wynoszącego dwa miesiące od dnia zawarcia umowy, podczas gdy termin ten jest rażąco krótszy od terminów produkcji i dostaw fabrycznie nowych rowerów wymaganych przez Zamawiającego, a zatem jedyną możliwością uruchomienia Etapu I w wyznaczonym, dwumiesięcznym terminie staje się sytuacja, w której dany wykonawca już obecnie dysponowałby nowymi rowerami w liczbie wymaganej przez Zamawiającego, co świadczy o naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji, bowiem wykonawca zamawiający fabrycznie nowe rowery po uzyskaniu zamówienia (Odwołujący) zostaje w istocie bezzasadnie pozbawiony możliwości złożenia oferty w Postępowaniu i jest przez to gorzej traktowany od wykonawcy, który dysponowałby już w chwili obecnie zasobem fabrycznie nowych rowerów, zaś Zamawiający nie posiada uzasadnionej potrzeby w wyznaczeniu dwumiesięcznego terminu na uruchomienie Etapu I Systemu WRM,

2.3. art. 395 KC w zw. art. 58 § 2 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie postanowień o odstąpieniu

(§ 21 ust. 5 i 6 projektu umowy) jako obowiązku Zamawiającego, a nie prawa, które może być wykorzystywane lub pomijane w zależności od okoliczności danej sprawy, np. ustaleń stron lub podjęcia przez Wykonawcę działań naprawczych, co jest niezgodne z naturą prawa odstąpienia oraz wypacza jego istotę, a także pozostaje w oczywistej sprzeczności z art. 395 KC, konstytuującym umowne prawo do odstąpienia, jak również z instytucją ustawowego prawa do odstąpienia na podstawie pozostałych przepisów Kodeksu cywilnego,

2.4. art. 16 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 433 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC w zw. z art. 58 § 2 KC w zw. z art. 3531 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie odstąpienia Zamawiającego na wypadek, gdy Wykonawca jedynie opóźni się z rozpoczęciem wykonywania Umowy (§ 21 ust. 4 projektu umowy), co oznacza, że Zamawiający wykona odstąpienie również w sytuacji, gdy opóźnienie nie stanowi zwłoki Wykonawcy i nie wynika z okoliczności zawinionych przez Wykonawcę, a także wtedy gdy Wykonawca mimo opóźnienia w rozpoczęciu realizacji zamówienia dotrzymał lub byłby w stanie dotrzymać terminu wykonania, co jest wyrazem nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej oraz wprowadza postanowienie skrajnie niekorzystne dla wykonawców, naruszające równowagę stron umowy i prowadzące do naruszenia praw podmiotowych wykonawców,

2.5. art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC w zw. z art. 58 § 2 KC w zw. z art. 353^1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie nierealnego terminu na usunięcie nieprawidłowości (§ 21 ust. 5 projektu umowy) albo niezastrzeżenie takiego terminu w sposób precyzyjny (§21 ust. 4 i 6 projektu umowy) w sytuacji, gdy bezskuteczny upływ tych terminów prowadzi do bardzo niekorzystnych dla wykonawcy skutków (tj. skorzystania przez Zamawiającego z prawa do odstąpienia od umowy, a w rezultacie – katastrofalnych wręcz konsekwencji finansowych dla Wykonawcy), co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem Wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji zamówienia i uwarunkowań rynkowych, stanowi jednocześnie wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej oraz wprowadza postanowienie skrajnie niekorzystne dla wykonawców, naruszające równowagę stron umowy i prowadzące do naruszenia praw podmiotowych wykonawców,

2.6. art. 16 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 433 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC w zw. z art. 58 § 2 KC w zw. z art. 353^1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie po stronie Zamawiającego uprawnienia do odstąpienia na wypadek, gdy Wykonawca nie realizuje Umowy zgodnie z jej treścią (§ 21 ust. 6 projektu umowy), co w praktyce oznacza przyznanie Zamawiającemu uprawnienia do odstąpienia w każdym przypadku, również w takim, gdy brak realizacji Umowy przez Wykonawcę nie jest przez niego zawiniony lub gdy brak zgodności z umową obejmuje okoliczności błahe i nieistotne z perspektywy należytej realizacji umowy, co jest w kontekście ryzyka odstąpienia od umowy przez Zamawiającego i poniesienia przez Wykonawcę znacznej straty finansowej postanowieniem nieadekwatnym, nieproporcjonalnym i nadmiernie obciążającym Wykonawcę, co ponownie stanowi wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej oraz wprowadza postanowienie skrajnie niekorzystne dla wykonawców, naruszające równowagę stron umowy i prowadzące do naruszenia praw podmiotowych
wykonawców,

2.7. art. 395 § 2 KC w zw. z art. 494 § 1 KC w zw. z art. 5 KC w zw. z art. 58 § 2 KC w zw. z art. 353^1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wyłączenie Wykonawcy możliwości dochodzenia roszczenia o odszkodowanie (§ 21 ust. 9 projektu umowy), co w świetle tego, że umowa daje Zamawiającemu bardzo szerokie uprawnienia do odstąpienia i jednocześnie nie wprowadza kompleksowej regulacji dotyczącej sposobu dokonania rozliczeń wynagrodzenia Wykonawcy, skutkuje przeniesieniem na Wykonawcę wszelkich konsekwencji finansowych odstąpienia i w rezultacie jest postanowieniem nieadekwatnym, nieproporcjonalnym i nadmiernie obciążającym Wykonawcę, co ponownie stanowi wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej oraz wprowadza postanowienie skrajnie niekorzystne dla wykonawców, naruszające równowagę stron umowy i prowadzące do naruszenia praw podmiotowych wykonawców,

2.8. art. 16 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC w zw. z art. 58 § 2 KC w zw. z art. 353^1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie dodatkowej przesłanki do odstąpienia przez Zamawiającego (§ 12 ust. 5 pkt 2 projektu umowy) w sposób nieprecyzyjny i nieuzasadniony w przypadku, gdy niewykazanie przez Wykonawcę faktu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób, co do których przewidziany jest taki obowiązek (§ 21 ust. 7 projektu umowy), stanowi już przesłankę do odstąpienia dla Zamawiającego, a jednocześnie umowa nie wyjaśnia, jaka jest relacja pomiędzy dwoma postanowieniami umownym (§ 12 ust. 5 pkt 2 i § 21 ust. 7 projektu umowy), co skutkuje ukształtowaniem umowy w sposób niejasny i nieprecyzyjny, a także umożliwiający nadużycia po stronie Zamawiającego, co narusza równowagę stron umowy i prowadzi do naruszenia praw podmiotowych wykonawców,

2.9. art. 16 pkt 3) PZP w zw. z art. 439 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC w zw. z art. 58 § 2 KC w zw. z art. 353^1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ograniczenie możliwości waloryzacji wynagrodzenia wyłącznie do zakresu niewykonanego (§ 22 ust. 6 pkt 6 projektu umowy), co w przypadku długiego rozpoznawania przez Zamawiającego wniosku Wykonawcę o waloryzację wynagrodzenia oraz w związku z brakiem możliwości wstrzymania realizacji umowy przez Wykonawcę do czasu rozpatrzenia wniosku skutkuje tym, że wynagrodzenie Wykonawcy, które zostanie objęte zmianą, może zostać istotnie ograniczone, a nawet tym, że samo uprawnienie okaże się fikcją, co stanowi wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej oraz wprowadza skrajnie postanowienie niekorzystne dla wykonawców, naruszające równowagę stron umowy i prowadzące do naruszenia praw podmiotowych wykonawców.

Odwołujący wnosił o:

1.Merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie w całości.

2.Nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w dokumentach zamówienia w następujący sposób:

- w odniesieniu do zarzutów z punktu 2.1 i 2.2 odwołania - poprzez zmianę harmonogramu realizacji zamówienia i wyznaczenie terminu uruchomienia Etapu I Systemu WRM na 6 miesięcy od dnia zawarcia Umowy,
- w odniesieniu do zarzutów z punktu 2.3 – 2.8 odwołania – poprzez:
- usunięcie § 21 ust. 4 projektu umowy w całości,
- zmianę § 21 ust. 5 projektu umowy poprzez nadanie mu następującej treści: *Zamawiający może odstąpić od Umowy ze skutkiem na dzień zawiadomienia Wykonawcy o odstąpieniu od Umowy, jeżeli Wykonawca bez uzasadnionego powodu wstrzyma wykonywanie przedmiotu Umowy i nie podejmie wykonywania przedmiotu Umowy w ciągu 5 dni po otrzymaniu od Zamawiającego pisemnego żądania dotyczącego kontynuowania wykonywania przedmiotu Umowy,*
- zmianę § 21 ust. 6 projektu umowy poprzez nadanie mu następującej treści: *Zamawiający może odstąpić od Umowy, jeżeli Wykonawca w sposób rażący naruszy swoje zobowiązania wynikające z Umowy oraz ich nie usunie pomimo uprzedniego pisemnego wezwania go przez Zamawiającego do zaniechania stwierdzonych naruszeń i wyznaczenia przez Zamawiającego dodatkowego, odpowiedniego terminu (nie krótszego niż 14 dni) z zagrożeniem, że w razie bezskutecznego upływu tego terminu Zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od Umowy,*
- zmianę § 21 ust. 9 projektu umowy poprzez nadanie mu następującej treści: *W przypadku odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego w sytuacjach opisanych w ust. 4 - 8 Wykonawcy nie przysługuje roszczenie o zwrot świadczeń.*
- usunięcie § 12 ust. 5 pkt 2 projektu umowy w całości,
- w odniesieniu do zarzutu z punktu 2.9 odwołania: poprzez usunięcie § 22 ust. 6 pkt 6) projektu umowy w całości, ewentualnie poprzez zmianę § 22 ust. 6 pkt 6) projektu umowy i nadanie mu następującej treści: *zmiana wynagrodzenia może dotyczyć zakresu niewykonanego przed dniem złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenia, o którym mowa w ust. 7 poniżej*.

4.Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że ma interes w złożeniu odwołania, gdyż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów ustawy Pzp jego interes jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia może doznać uszczerbku.

Uzasadnieniem dla powyższego pozostaje w pierwszej kolejności fakt, że Odwołujący zamierza złożyć ofertę w postępowaniu. Tymczasem, przy obecnym brzmieniu zakwestionowanych odwołaniem wymagań SWZ, Odwołujący wskazał, że został w sposób niezasadny pozbawiony w ogóle możliwości zaoferowania swoich usług w tym zakresie bądź też jego pozycja konkurencyjna została w sposób bezzasadny i sprzeczny z przepisami ustawy Pzp, w tym w szczególności z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji, osłabiona przez Zamawiającego w stosunku do innych wykonawców. Dopiero więc uwzględnienie złożonego odwołania pozwoli Odwołującemu na udział w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu na równych warunkach z innymi podmiotami. Odwołujący wskazał również, że projektowane postanowienia umowy przewidują przerzucenie na Odwołującego – jako potencjalnego wykonawcy przedmiotowego zamówienia – ryzyk, za które nie powinien on ponosić odpowiedzialności. W ten sposób, interes Odwołującego może zostać naruszony.

W sprawie o sygn. 103/25 odwołanie zostało wniesione od niezgodnych z prawem działań oraz zaniechań Zamawiającego faktycznie prowadzących w opinii Odwołującego do utrudnienia uczciwej konkurencji, polegających na wadliwym zredagowaniu postanowień SWZ oraz odpowiadającej im treści ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt. 1 ustawy Pzp w związku z:

1) art. 16 pkt. 3 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, który nie ma na celu umożliwienie Zamawiającemu oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a służy

nieuprawnionemu ograniczeniu konkurencji.
2) art. 99 ust. 1 oraz ust. 4 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie wymaganego terminu uruchomienia systemu Wrocławskiego Roweru Miejskiego, w sposób nie uwzględniający istotnych wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w sposób który także znacząco utrudnia uczciwą konkurencję.
Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień specyfikacji warunków zamówienia oraz – adekwatnych modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu, poprzez:
1) zmianę warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej dotyczących doświadczenia wykonawcy w sposób określony w treści uzasadnienia,
2) zmianę treści postanowień Projektu umowy stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ, jak w treści uzasadnienia.
Odwołujący wskazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ działania i zaniechania Zamawiającego w istotny sposób naruszają jego interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, przez co możliwe jest poniesienie przez Odwołującego szkody z uwagi na brak możliwości skutecznego ubiegania się o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji utraty korzyści związanych z realizacją umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący wskazał, że sprzeczny z przepisami ustawy Pzp opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis przedmiotu zamówienia w sposób negatywny wpływają na możliwość złożenia przez niego ważnej oferty. Odwołujący wskazał, że w przypadku uwzględniania odwołania, będzie on w stanie przygotować i złożyć konkurencyjną ofertę z realną szansą na uzyskanie zamówienia.
Odwołania w sprawach o sygn. 100/25 i 103/25 zostały wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 31 grudnia 2024 r. w związku z czym odwołania wniesione w dniu 10 stycznia 2025 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.
Izba wskazuje, że obaj odwołujący w związku z przerwą serwisową systemu ePUAP, która jak wynika z przedłożonych dowodów trwała przynajmniej od 10 stycznia 2025 r., od godz. 20:14, wnieśli odwołania za pośrednictwem skrzynki mailowej UZP. Odwołujący przedłożyli dowody potwierdzające przerwę w działaniu sytemu ePUAP. Serwis miał być niedostępny do 11 stycznia 2025 r., do godz. 6:00 Z przedłożonych dowodów wynika jednoznacznie, że obaj odwołujący podejmowali bezskuteczne próby złożenia odwołań w sposób zgodny z § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Oba odwołania zostały opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, jednak wysłane zostały z wykorzystaniem innego kanału komunikacji, niż dedykowany dla tej czynności w przepisach rozporządzenia wykonawczego. Zdaniem Izby obaj odwołujący uprawdopodobnili, że podjęli próby złożenia odwołań z wykorzystaniem platformy ePUAP oraz że złożenie odwołania w ten sposób było niemożliwe w związku z prowadzonymi pracami serwisowymi. Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że odwołania zostały skutecznie wniesione i podlegały rozpoznaniu.
Wpisy od obu odwołań w kwocie 15 000,00 złotych (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) każdy zostały uiszczone przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazali kopie odwołań Zamawiającemu oraz załączyli potwierdzenia przekazania odwołań Zamawiającemu.
W dniu 30 stycznia 2025 r. Zamawiający złożył pisemne odpowiedzi na oba odwołania. W sprawie o sygn. 100/25 Zamawiający nie uwzględnił zarzutów nr 2.1-2.6, uwzględnił zarzut nr 2.7 oraz częściowo uwzględnił zarzut nr 2.8 i 2.9 W sprawie o sygn. 103/25 Zamawiający nie uwzględnił żadnego z zarzutów.
W dniu 6 lutego 2025 r. na posiedzeniu:
- odwołujący w sprawie o sygn. 100/25 z uwagi na zmiany dokonane oraz zadeklarowane przez Zamawiającego, jak również złożone podczas posiedzenia oświadczenie cofnął odwołanie w zakresie zarzutów nr 2.7, 2.8 i 2.9. Zgodnie z art. 520 ustawy Pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Mając powyższe na uwadze Izba postanowiła umorzyć postępowanie w zakresie zarzutów cofniętych przez Odwołującego,
Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestników obu postępowań, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk stron i uczestników obu postępowań, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:
Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w obu odwołaniach nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących ich odrzuceniem, odwołania nie zawierały braków formalnych i mogły zostać rozpoznane merytorycznie.
Izba ustaliła, że wykonawcy wnoszący odwołania wykazali interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołań wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia zarzutów obu odwołań szanse odwołujących na uzyskanie zamówień zwiększyłyby się, ponieważ mogliby oni złożyć oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu.
W sprawie o sygn. 100/25 przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym

terminie zgłosił wykonawca Nextbike Polska S.A. z siedzibą w Warszawie. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia tego wykonawcy do postępowania odwoławczego, ani opozycji. Izba postanowiła w związku z powyższym dopuścić wykonawcę Nextbike Polska S.A. z siedzibą w Warszawie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

W sprawie o sygn. 103/25 przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w ustawowym terminie zgłosili wykonawcy: Citybike Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku i ROOVEE S.A. z siedzibą w Warszawie Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia tych wykonawców do postępowania odwoławczego, ani opozycji. Izba postanowiła w związku z powyższym dopuścić wykonawców Citybike Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku i ROOVEE S.A. z siedzibą w Warszawie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Odwołującego.

W sprawie o sygn. 103/25 przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie zgłosił wykonawca Nextbike Polska S.A. z siedzibą w Warszawie Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia tego wykonawcy do postępowania odwoławczego, ani opozycji. Izba postanowiła w związku z powyższym dopuścić wykonawcę Nextbike Polska S.A. z siedzibą w Warszawie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, obu odwołań wraz z załącznikami, obu odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami, oświadczeń o przystąpieniu do postępowań odwoławczych, pism procesowych złożonych przez przystępujących w obu sprawach wraz z załącznikami, dowodów złożonych przez wykonawcę Nextbike Polska S.A. z siedzibą w Warszawie znajdujących się w folderach o nr: 3 (w części, w jakiej zostały złożone również tłumaczenia na język polski), 4-9

Izba postanowiła odmówić dopuszczenia w poczet materiału dowodowego:

- plików o nazwach: „document.pdf" i „espd_518842.pdf" zamieszczonych przez wykonawcę Nextbike Polska S.A. z siedzibą w Warszawie w folderze nr 3 o nazwie referencje_przetarg Helsinki. Zgodnie z art. 506 ust. 1 i 2 ustawy Pzp: „1. Postępowanie odwoławcze jest prowadzone w języku polskim. 2. Wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. W uzasadnionych przypadkach Izba może żądać przedstawienia tłumaczenia dokumentu na język polski poświadczonego przez tłumacza przysięgłego." Wykonawca Nextbike Polska S.A. z siedzibą w Warszawie nie załączył tłumaczeń na język polski dokumentów o wymienionych powyżej nazwach,
- plików zamieszczonych przez wykonawcę Nextbike Polska S.A. z siedzibą w Warszawie w folderach o nazwach: „1. referencje_oferty wspólnie złożone Konsorcjum Orange_Roovee" i „2. referencje_postępowania z jedną ofertą_Konsorcjum Orange_Roovee" uznając, że dowody te zostały powołane jedynie dla zwłoki. Okoliczność współpracy między wykonawcami nie była sporna między stronami.
- przesłane mailem przez wykonawcę Nextbike Polska S.A. z siedzibą w Warszawie podczas rozprawy pliki o nazwach: „umowa Płock.pdf" i „48_24_wzór umowy.pdf" uznając, że złożony dowody te zostały powołane jedynie dla zwłoki. Dodatkowo Izba wskazuje, że wykonawca Nextbike Polska S.A. z siedzibą w Warszawie przesłał wymienione dowody w formie elektronicznej, przez co strony i uczestnicy postępowania nie mogli się z nimi zapoznać.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz uczestników obu postępowań i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie w sprawie 100/24 zasługiwało na uwzględnienie w zakresie zarzutów nr 2.1, 2.2, 2.4 i 2.6, w pozostałym zakresie odwołanie należało oddalić, zaś odwołanie w sprawie o sygn. 103/25 zasługiwało na uwzględnienie w zakresie zarzutu nr 2, w pozostałym zakresie podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Usługa polegająca na uruchomieniu oraz kompleksowej eksploatacji samoobsługowej wypożyczalni rowerów publicznych we Wrocławiu oraz w gminach ościennych w ramach opcji".

W Rozdziale VI SWZ został określony termin wykonania zamówienia, który wynosi łącznie 54,5 miesiąca (w tym działanie systemu wypożyczalni rowerów przez okres 51 miesięcy). Postanowienia części ogólnej SWZ odsyłają do § 3 Projektu umowy stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ w zakresie poszczególnych etapów realizacji zamówienia.

Zgodnie z § 3 ust. 2 Projektu umowy:

„2. Wykonawca uruchomi i będzie eksploatował system WRM w okresie od dnia …… 2025 r. (2 miesiące od dnia zawarcia Umowy + jeśli zawarcie umowy nastąpi w innym dniu niż pierwszy dzień miesiąca, uruchomienie I etapu nastąpi w pierwszy najbliższy dzień miesiąca, następujący po upływie 2 miesięcy), w tym:

1) I etap WRM – od dnia …… 2025 r. (2 miesiące od dnia zawarcia Umowy + jeśli zawarcie umowy nastąpi w innym dniu niż pierwszy dzień miesiąca, uruchomienie I etapu nastąpi w pierwszy najbliższy dzień miesiąca, następujący po upływie 2 miesięcy) w liczbie 1 200 rowerów standardowych, 100 rowerów ze wspomaganiem

elektrycznym, 34 rowerów niestandardowych, na 240 stacjach z 2 400 stojakami (2 200 stojaków udostępnionych przez Zamawiającego) wyposażonych w 240 totemów,
2) II etap WRM – od dnia …… 2025 r. (1 miesiąc/ 2 / 3 miesiące* po uruchomieniu I etapu - na podstawie oferty) w liczbie 2 400 rowerów standardowych, 100 rowerów ze wspomaganiem elektrycznym, 34 rowerów niestandardowych na 240 stacjach z 2 400 stojakami (2 200 stojaków udostępnionych przez Zamawiającego) wyposażonych w 240 totemów."
W styczniu 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o zamiarze przeprowadzenia postępowania, przekazując Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej wstępne ogłoszenie informacyjne o planowanym zamówieniu. Wskazał, że planuje wdrożyć usługę Wrocławskiego Roweru Miejskiego na około 2500 rowerów publicznych na 250 stacjach we Wrocławiu i sąsiednich gminach.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 31 grudnia 2024 r.
Zgodnie z § 21 ust. 4-6 Projektu umowy:
„4. Zamawiający odstąpi od Umowy, jeżeli Wykonawca opóźnia się z rozpoczęciem wykonywania Umowy, po uprzednim wezwaniu go do podjęcia wykonywania tej Umowy i wyznaczenia terminu dla jego podjęcia.
5. Zamawiający odstąpi od Umowy ze skutkiem na dzień zawiadomienia Wykonawcy o odstąpieniu od Umowy, jeżeli Wykonawca bez uzasadnionego powodu wstrzyma wykonywanie przedmiotu Umowy i nie podejmie wykonywania przedmiotu Umowy w ciągu 1 dnia po otrzymaniu od Zamawiającego pisemnego żądania dotyczącego kontynuowania wykonywania przedmiotu Umowy.
6. Zamawiający może odstąpić od Umowy, jeżeli Wykonawca nie realizuje Umowy zgodnie z jej treścią, po uprzednim pisemnym wezwaniu go do zaniechania stwierdzonych naruszeń."
W treści Rozdziału VIII SWZ, w ust. 3 lit. A (str. 13-14 SWZ), Zamawiający określił wobec wykonawców następujące warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej: „Zamawiający stwierdzi, iż Wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu:
A. w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeśli wykaże on, że: w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje należycie co najmniej:
a) jedną usługę polegającą na uruchomieniu systemu wypożyczalni rowerów miejskich/publicznych obejmującą co najmniej 1000 rowerów i 100 stacji rowerowych
i
b) jedną usługę polegającą na kompleksowej eksploatacji przez co najmniej 1 rok, systemu wypożyczalni rowerów miejskich/ publicznych obejmującą co najmniej 1000 rowerów i 100 stacji rowerowych."
Odnosząc się do zarzutów nr 2.1 i 2.2 odwołania w sprawie o sygn. 100/25 i zarzutu nr 2 odwołania w sprawie 103/25 Izba wskazuje, że OPZ powinien odpowiadać uzasadnionym i rzeczywistym potrzebom Zamawiającego związanym z realizacją przypisanych mu zadań. Sporządzając OPZ Zamawiający powinien mieć na uwadze zasady udzielania zamówień publicznych. W ocenie Izby Zamawiający w prowadzonym postępowaniu ustalił zbyt krótki, a wręcz nierealny termin realizacji zamówienia w zakresie uruchomienia etapu I Systemu WRM. To, że nie jest to zamówienie, które Zamawiający musi realizować nie oznacza, że ma on pełną dowolność w kształtowaniu postanowień umownych, również z naruszeniem podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. Należy zauważyć, że Zamawiający nie uwzględnił wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie ważnej oferty tj. dostępności rowerów, które nie są produktem standardowym, jak to określili obaj odwołujący „z półki". Skutkuje to nieuzasadnionym ograniczeniem konkurencji. Rozpoznając sprawy należy ustalić na ile postanowienie dotyczące terminu, które eliminuje wykonawców z postępowania jest niezbędne dla zrealizowania rzeczywistych potrzeb Zamawiającego związanych z realizacją przypisanych mu zadań.
Termin uruchomienia systemu został określony przez Zamawiającego z pominięciem specyfiki tego zamówienia. Wykonawcy są zobowiązani do dostarczenia fabrycznie nowych rowerów, wyposażonych w elementy zgodne z wymaganiami Zamawiającego. Odwołujący zdaniem Izby wykazali, że termin narzucony przez Zamawiającego jest zbyt krótki, a rowery nie są standardowymi produktami dostępnymi „od ręki". Są to rowery, które muszą mieć z uwagi na przeznaczenie znacznie większą wytrzymałość. Zamawiający w odpowiedziach na odwołanie potwierdził, że rzeczywiście termin 2 miesięcy może być trudny do dotrzymania, jednakże według wiedzy i doświadczenia Zamawiającego żaden profesjonalny podmiot tak nie działa, lecz planuje i przygotowuje się do tak dużego przedsięwzięcia ze sporym wyprzedzeniem. Z dowodów przedstawionych przez Odwołujący wynika, że rowery, których wymaga Zamawiający nie są rowerami, które są dostępne od ręki. Nie są również rowerami, które można wykorzystać w każdym zamówieniu, niezależnie od postawionych wymagań. Nie można ich również z łatwością sprzedać w przypadku, gdy okaże się, że dany wykonawca nie będzie realizował zamówienia. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że wykonawcy jako profesjonaliści powinni dysponować flotą rowerów wystarczającą do realizacji tego zamówienia w

swoim magazynie np. poprzez tworzenie zapasów lub poprzez przerzucenie rowerów zapasowych z innych realizowanych zamówień. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający już w styczniu 2024 r. sygnalizował, że zamierza przeprowadzić przedmiotowe postępowanie, nie wskazał jednak terminu realizacji zamówienia. Nie można oczekiwać od wykonawców, którzy nie mają pewności co do tego, że zamówienie zostanie im udzielone, że poniosą z wyprzedzeniem koszty nabycia rowerów lub chociażby ram, które mogą okazać się nieprzydatne, a ich odsprzedaż praktycznie niemożliwa. Podobnie należy ocenić proponowane przez Zamawiającego „przerzucenie" rowerów z innych realizacji. Rowery zapasowe z innych realizacji służą do terminowej, zgodnej z zawartymi umowami ich obsługi. Przeznaczenie rowerów zapasowych do realizacji innego zamówienia, naraża wykonawcę na to, że nie będzie mógł terminowo wywiązać się z wcześniejszych zobowiązań. Na aprobatę nie zasługuje również argumentacja podniesiona przez Zamawiającego, a dotycząca tego, że termin mógł ulec skróceniu z uwagi na to, że w obecnie prowadzonym postępowaniu wykonawcy nie muszą dostarczać dużej ilości stojaków, jak to miało miejsce we wcześniejszych postępowaniach. Izba wskazuje, że wykonawcy wskazali na trudność w zakupie tak dużej ilości rowerów w wyznaczonym terminie. To, że stojaki są zamontowane, nie ma wpływu na dostępność rowerów. Kwestią determinującą realizację zamówienia jest dostarczenie rowerów. Dostępność stojaków nie ma wpływu na produkcję rowerów.

Izba wskazuje, że argumentacja podniesiona przez Zamawiającego podczas rozprawy dotycząca tego, dlaczego ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane do publikacji po upływie niemal roku od sygnalizowania zamiaru przeprowadzenia postępowania nie zasługuje na aprobatę. Zamawiający dał sobie prawo do przygotowania postępowania, w tym czynienia uzgodnień z okolicznymi gminami w ciągu roku, jednocześnie skracając czas, w którym wykonawcy mają zrealizować I etap zamówienia. Jak wskazali Odwołujący w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego w 2018 r. wykonawcy mieli 4 miesiące na wdrożenie I etapu, a w 2022 r. – 4,5 miesiąca. Zamawiający podniósł, że w latach 2025-2018 było to 55 dni. Istotne jest jednak to, że zamówienie to opiewało na połowę ilości rowerów z obecnego postępowania. Co więcej termin ten uległ wydłużeniu w kolejnych latach, co oznacza zdaniem Izby, że Zamawiający uznał, że może on nie być wystarczający. Zbliżonego terminu mogli oczekiwać wykonawcy w kolejnym postępowaniu.

Skrócenie terminu przez Zamawiającego wydaje się być spowodowane chęcią uruchomienia systemu w okresie wiosennym. Izba podziela stanowisko Odwołującego Orange, że ustalony przez Zamawiającego termin dał naturalną przewagę konkurencyjną dotychczasowemu wykonawcy. Zamawiający podniósł, że w zależności od układu kalendarza termin ulegnie wydłużeniu od kilku dni do prawie miesiąca. Izba wskazuje, że jest to zdarzenie przyszłe niepewne. W zależności od układu kalendarza równie dobrze może się złożyć tak, że termin wyniesie równe 2 miesiące. Błędne jest w związku z tym założenie, że wykonawcy tak naprawdę mają prawie 3-miesięczny termin.

Zamawiający podniósł, że samo subiektywne stwierdzenie, że zakreślony termin realizacji zamówienia faworyzuje jednego wykonawcę nie może stanowić o naruszeniu. W przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z subiektywnym przekonaniem, a ze stanowiskiem, które zostało poparte dowodami wskazującymi na realne terminy dostawy rowerów. Dwóch wykonawców wniosło odwołania, trzeci przystąpił do jednego z postępowań po stronie odwołującego. Stanowisko Zamawiającego poparł jedynie wykonawca realizujący na jego rzecz zamówienie od wielu lat. Nie można w związku z tym przyjąć że na rynku jest większa ilość podmiotów, które byłyby zdolne zrealizować zamówienie w terminie zakreślonym przez Zamawiającego. Nie zostało to w żaden sposób wykazane. Potwierdzeniem tego nie może być powołane przez Nextbike postępowanie w Helsinkach, bowiem nie ma potwierdzenia, że wykonawcy działający na zagranicznym rynku byliby zainteresowani realizacją zamówienia w Polsce. Nextbike wskazał, że Odwołujący mogą nabyć rowery od lokalnych producentów, sam jednak powoływał dowód w postaci ofert ze stron azjatyckich, przyznając jednocześnie, że na tym rynku zaopatrują się wszyscy wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe zdaniem Izby 4 miesiące jest to termin realnie pozwalający na realizację zamówienia w spornym zakresie. Termin ten koresponduje również z terminami ustalonymi przez Zamawiającego w poprzednio prowadzonych postępowaniach.

Odnosząc się do zarzutu nr 2.3 zdaniem Izby Odwołujący nie podołał wykazaniu, że sposób ukształtowania w § 21 ust. 4 i 5 projektowanych postanowień umownych odstąpienia zaburza równowagę stron, zaś postanowienia te w brzmieniu proponowanym przez Odwołującego równowagę tę przywrócą. Należy zwrócić uwagę, że odstąpienie materializuje się w momencie złożenia przez uprawnionego oświadczenia o odstąpieniu drugiej stronie. Zarówno ust. 4, jak i 5 mają na celu dyscyplinowanie wykonawcy do prawidłowego realizowania zawartej umowy w przypadku, gdy opóźnia się on z rozpoczęciem realizowania umowy lub gdy bez uzasadnionego powodu wstrzyma wykonywanie przedmiotu umowy. Przewidziane w tych postanowieniach sytuacje są wyjątkowe i mają na celu zabezpieczenie ciągłości realizacji usługi. Każdorazowo odstąpienie zostanie poprzedzone wezwaniem lub żądaniem do zaprzestania naruszeń. Odwołujący wskazał, że to on ponosi koszty związane uruchomieniem systemu i wynagrodzenie będzie otrzymywał od momentu uruchomienia systemu. Zdaniem Izby nie ma to jednak związku z tym, czy odstąpienie zostanie w spornych postanowieniach sformułowane jako uprawnienie czy obowiązek.

Odnosząc się do zarzutu nr 2.4 w pierwszej kolejności należy wskazać na brzmienie art. 433 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym:

„Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

1. Odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia."

Jak słusznie zauważył Odwołujący Zamawiający przesłankę odstąpienia określoną w § 21 ust. 4 ustawy Pzp powiązał z opóźnieniem, a nie zwłoką wykonawcy. Z powołanego przepisu wynika, że projektowane postanowienie umowne nie może dotyczyć każdego przypadku opóźnienia. Jak wskazano w Komentarzu do ustawy Pzp pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza z przepisu wynika, że intencją ustawodawcy jest, by odpowiedzialność wykonawcy była powiązana ze zwłoką, czyli „kwalifikowaną" formą opóźnienia, a nie z każdym potencjalnym opóźnieniem bez względu na jego genezę. Co prawda przewidziane zostało odstępstwo od tej zasady, gdy odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie jest uzasadniona okolicznościami lub zakresem zamówienia. Izba podziela stanowisko wyrażone we wspomnianym komentarzu do ustawy Pzp, że ciężar dowodu w tym wypadku spoczywa na zamawiającym. To on musi wykazać, że pomimo istnienia generalnego zakazu w danym przypadku istniała podstawa, aby takie postanowienie umieścić. W przedmiotowej sprawie Zamawiający ani w odpowiedzi na odwołanie, ani w stanowisku prezentowanym podczas rozprawy nie odniósł się w ogóle do tego, dlaczego zasadne byłoby dopuszczenie w przedmiotowym postanowieniu opóźnienia. Mając na uwadze powyższe zdaniem Izby projektowane postanowienie powinno zostać zmienione poprzez powiązanie przesłanki odstąpienia od umowy przez Zamawiającego ze zwłoką wykonawcy.

Odnosząc się do zarzutu nr 2.5 Izba wskazuje, że Odwołujący nie podołał wykazaniu, że Zamawiający dopuścił się naruszenia wskazanych przez niego przepisów. Ust. 4 zdaniem Izby w przypadku doprecyzowania, że dotyczy zwłoki, powoduje, że wykonawca jeszcze przed skierowania do niego wezwania do podjęcia wykonywania umowy ma świadomość, że nie rozpoczął wykonywania umowy ze swojej winy. Podobnie w przypadku ust. 5 odstąpienie ma zastosowanie, gdy wykonawca bez uzasadnionego powodu wstrzyma wykonywanie przedmiotu Umowy. Nie może się to stać jak sugeruje Odwołujący z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy. Zdaniem Izby wskazanie terminu w dniach czy wydłużenie terminu wynikającego z ust. 5 nie zmniejsza, a tym bardzie nie materializuje ryzyka odstąpienia od umowy przez Zamawiającego. Odwołujący żąda wskazania dodatkowego, rozsądnego i nie krótszego, niż wskazany w odwołaniu terminu. Termin wskazany w § 21 ust. 4 i 6 powinien być odpowiedni. Izba wskazuje, że m.in. kodeks cywilny posługuje się takim pojęciem. Termin odpowiedni należy rozpatrywać każdorazowo w odniesieniu do danej sytuacji, nie można go w związku z tym z góry wskazać.

Odnosząc się do zarzutu nr 2.6 Izba podziela stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym postanowienie § 21 ust. 6 projektowanych postanowień umownych powinno zawierać katalog przypadków uprawniających Zamawiającego do odstąpienia umowy. Co prawda Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podnosi, że w sprawach błahych i nieistotnych nie skorzystałby z tego uprawnienia i że nie odstąpiłby bez uzasadnionej przyczyny od umowy, jednak zdaniem Izby postanowienie w brzmieniu nadanym mu przez Zamawiającego może budzić obawy wykonawców odnośnie sytuacji, w jakiej Zamawiający może skorzystać z prawa odstąpienia od umowy.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 odwołania w sprawie o sygn. 103/25 Izba wskazuje, że nie podziela stanowiska Odwołującego, że Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu dotyczące doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, który nie ma na celu umożliwienia Zamawiającemu oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a służy nieuprawnionemu ograniczeniu konkurencji. Przedmiotowe zamówienie dotyczy dostawy wraz z zamówieniem opcjonalnym około 2500 rowerów. Postawiony przez Zamawiającego warunek jest w ocenie Izby proporcjonalny stanowi bowiem mniej, niż 35% zamówienia. Zdaniem Izby Odwołujący złożonym odwołaniem starał się dopasować warunek do własnego doświadczenia. Wskazał na próg ilościowy 850 rowerów, nie podołał jednak wykazaniu dlaczego taki próg byłby odpowiedni. Podobnie należy ocenić propozycję umożliwienia wykonawcom wykazania się realizacjami o łącznym doświadczeniu 1000 rowerów. Zdaniem Izby żądanie Odwołującego sprowadza się do dopasowania warunku do jego własnych możliwości, a nie zwiększenia konkurencji. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że inaczej zarządza się systemem rozproszonym w różnych miastach, w różnym czasie (jak to ma miejsce w przypadku umów realizowanych przez Odwołującego), a inaczej systemem obejmującym tak duży obszar jak w przedmiotowym postępowaniu (Wrocław i okoliczne gminy). Reasumując postawiony przez Zamawiającego poziom jest zdaniem Izby proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i został ustalony w sposób dający rękojmię należytego wykonania umowy.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. 100/25 orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 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), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego oraz Zamawiającego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. 103/25 orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 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), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego oraz Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:…….....