Sygn. akt: KIO 5028/24
KIO 5053/24

WYROK

Warszawa, dnia 17 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Marek Bienias
Członkowie:Andrzej Niwicki
Mateusz Paczkowski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 3 lutego 2025 r. oraz 11 lutego 2025 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.w dniu 30 grudnia 2024 r. przez wykonawcę **RELOBUS Transport Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Toruniu**w sprawie o sygn. akt KIO 5028/24,

B.w dniu 30 grudnia 2024 r. przez wykonawcę **„Mobilis" Sp. z o.o. siedzibą w Warszawie** w sprawie o sygn. akt KIO 5053/24**,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, działający w imieniu i na rzecz Miasta Stołecznego Warszawa**

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego w postępowaniu o sygn. akt KIO 5028/24 i KIO 5053/24 :

A.wykonawcy **„Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz." Sp. z o.o. siedzibą w Grodzisku Mazowieckim,**

orzeka:

KIO 5028/24

1.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1, nr 5, nr 6 i nr 8.

2.Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 3 i nr 4 i nakazuje Zamawiającemu:

a)dokonanie zmian w rozdziale VI ust. 4 pkt a, b i c SWZ polegających na wprowadzeniu zapisu, iż maksymalna łączna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w całym okresie obowiązywania umowy w efekcie zastosowania waloryzacji, o której mowa w § 4 wzoru umowy dla Części I , Części II i Części III, następuje z uwzględnieniem 15% rocznego limitu waloryzacji, z jednoczesnym wskazaniem, ile procent wynosi maksymalna łączna wartość zmiany wynagrodzenia dla Części I, Części II i Części III,

b)dokonanie zmiany w § 4 ust. 6 pkt 1 Wzoru umowy poprzez zwiększenie wskaźnika waloryzacji o 15% i wprowadzenie zmian wynikających z niniejszego paragrafu umowy.

3.W pozostałym zakresie oddala odwołanie, tj. w zakresie zarzutu nr 2 i nr 7.

4.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **RELOBUS Transport Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Toruniu**w części 1/2 oraz zamawiającego **Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, działający w imieniu i na rzecz Miasta Stołecznego Warszawa** w części 1/2 i

4.1.Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **RELOBUS Transport Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Toruniu**, tytułem wpisu od odwołania.

4.2.Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy).

KIO 5053/24

1.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1b, nr 2, a także w zakresie zarzutu nr 3f w zakresie Załącznika nr 4 do wzoru umowy odnoszącym się do TST1, TST2, POP i OTP.

2.Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 3a odnoszącym się do § 4 ust. 6 pkt 1 Wzoru umowy i zarzutu nr 3f w

zakresie Załącznika nr 4 do wzoru umowy odnoszącym się do RKWO i nakazuje Zamawiającemu:

a)dokonanie zmiany w § 4 ust. 6 pkt 1 Wzoru umowy poprzez zwiększenie wskaźnika waloryzacji o 15% i wprowadzenie zmian wynikających z niniejszego paragrafu umowy,

b)dokonanie zmiany RKWO poprzez wykreślenie słowa „brygady" i zastąpienie go słowem „linii".

3.W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

4.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **„Mobilis" Sp. z o.o. siedzibą w Warszawie** w części 9/10 oraz zamawiającego **Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, działający w imieniu i na rzecz Miasta Stołecznego Warszawa** w części 1/10 i

a.Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **„Mobilis" Sp. z o.o. siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

b.Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 1 860 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc osiemset sześćdziesiąt złotych zero groszy).

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.

Przewodniczący:.…….....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 5028/24
KIO 5053/24

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

I.KIO 5028/24:

Zamawiający – Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, działający w imieniu i na rzecz Miasta Stołecznego Warszawa – 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), nr postępowania 189/2024/FZ.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 20 grudnia 2024 r. Nr ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 785075-202, Numer wydania Dz.U. S: 248/2024.

W dniu 30 grudnia 2024 r. wykonawca RELOBUS Transport Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Toruniuwniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

1.wyznaczenie w **Rozdziale XIV pkt 1 i 2 SWZ**zbyt krótkiego, nieuwzględniającego skomplikowania przedmiotu Zamówienia i czasu niezbędnego do przygotowania ofert, w szczególności w zakresie czasu potrzebnego na zebranie informacji niezbędnych do kalkulacji oferty (w tym oczekiwania na oferty od producentów autobusów i urządzeń ICT), terminu składania ofert poprzez przyjęcie, że:

„1. Ofertę należy złożyć na Platformie pod adresem: https://ztmwaw.ezamawiajacy.pl w zakładce „OFERTY" do dnia 23.01.2025 r. do godz. 11:00.

2. Otwarcie ofert nastąpi w dniu 23.01.2025 r. o godz. 11:20."

2.wyznaczenie w **Rozdziale V SWZ** zbyt krótkiego, nieuwzględniającego skomplikowania przedmiotu Zamówienia okresu przygotowawczego do rozpoczęcia świadczenia usług w przypadku Części I i Części II poprzez przyjęcie, że *„Zamawiający wymaga rozpoczęcia świadczenia usług po upływie 240 dni od daty podpisania Umowy,*
jednak nie wcześniej niż:

a) 1 lutego 2026 roku w przypadku Części I,

b) 1 stycznia 2026 roku w przypadku Części II";

3.przyjęcie w **Rozdziale VI ust. 4 pkt a, b i c SWZ**zapisu dotyczącego waloryzacji o treści: *„Maksymalna łączna wartość zmiany wynagrodzenia jaką dopuszcza Zamawiający w całym okresie obowiązywania Umowy w efekcie zastosowania waloryzacji, o której mowa w § 4 wzoru umowy wynosi:*

a) dla Części I ok. 77%,

b) dla Części II ok. 75%,

c) dla Części III ok. 91%",

który to zapis nie przystaje do rzeczywistości z uwagi na planowany okres realizacji zamówienia, oznacza przerzucenie ryzyka związanego ze wzrostem kosztów realizacji zamówienia i osiągnięcia maksymalnej wartości zobowiązania za

wykonanie przedmiotu Umowy na Wykonawcę, co stanowi przejaw nadużycia przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż uniemożliwia oszacowanie kosztów realizacji zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty, a w efekcie powoduje, że ustalone przez Zamawiającego wynagrodzenie jest nieadekwatne do zakresu świadczenia i nie gwarantuje równowagi Stron stosunku zobowiązaniowego oraz utrzymania ekwiwalentności świadczeń;

4.przyjęcie w Załączniku nr 6 do SWZ - Umowa o świadczenie usług przewozów autobusowych w zbiorowej komunikacji miejskiej nadzorowanej przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie (dalej „Wzór Umowy") limitu na waloryzację kwartalną 10% poprzez określenie w **§ 4 ust. 6 pkt 1 Wzoru Umowy**, że *„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 2026 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 2026 stawka z oferty Operatora x 1,10), w danym kwartale przyjmuje się wartość stawki równą iloczynowi stawki obowiązującej"* co oznacza przerzucenie ryzyka związanego ze wzrostem kosztów realizacji zamówienia i osiągnięcia maksymalnej wartości zobowiązania za wykonanie przedmiotu Umowy na Wykonawcę, jest szczególnie dotkliwe w przypadku pierwszej waloryzacji, gdyż w praktyce limit 10% dotyczy 2 lat (pierwsza waloryzacja jest 01.01.2026 a bazą są wskaźniki zmiany cen w **IV kwartale 2024**), co stanowi przejaw nadużycia przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż uniemożliwia oszacowanie kosztów realizacji zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty, a w efekcie powoduje, że ustalone przez Zamawiającego wynagrodzenie jest nieadekwatne do zakresu świadczenia i nie gwarantuje równowagi Stron stosunku zobowiązaniowego oraz utrzymania ekwiwalentności świadczeń;

5.przyjęcie we **Wzorze Umowy w § 2 ust. 4**, że: „*Strukturę brygad przy wprowadzaniu i wycofywaniu autobusów do/z ruchu, ustala ZTM*" oraz ustalenie w **Rozdziale VI ust. 5 SWZ**, że „*Docelową strukturę brygad w czasie obowiązywania umowy ustala Zamawiający. Struktura będzie ulegać zmianom w zależności od występujących potrzeb przewozowych.*", co z jednej strony jest przejawem nadużycia przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a z drugiej strony świadczy o nieprecyzyjnym opisie przedmiotu zamówienia (dalej: „**OPZ**") ponieważ, struktura brygad tj. podanie liczby brygad całodziennych i brygad kursujących w godzinach szczytów komunikacyjnych (tzw. dodatków) w dni powszednie, noce, soboty, niedziele i święta wobec braku rozkładów jazdy stanowi jedyne źródło informacji dla oszacowania liczby tzw. kilometrów pustych, czyli kilometrów od zajezdni wykonawcy do określonego przez Zamawiającego punktu rozpoczynającego trasę kursu, co ma istotne znaczenie dla ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy w związku z tym, że Wykonawca otrzymuje wynagrodzenie wyłącznie za wozokilometry (dalej: „**wzkm**") wykonane przez autobusy udostępnione dla pasażerów, a za wzkm tzw. puste nie jest Wykonawcy wypłacane wynagrodzenie, co utrudnia oszacowanie oferty może spowodować, że ustalone przez Zamawiającego wynagrodzenie będzie nieadekwatne do zakresu świadczenia i nie gwarantuje równowagi stron stosunku zobowiązaniowego oraz utrzymania ekwiwalentności świadczeń;

6.Nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nadmiernie uciążliwy i z naruszeniem granic swobody umów i zasad odpowiedzialności Wykonawcy w zakresie regulacji prawa odstąpienia przez Zamawiającego przewidzianych w **§ 10 ust. 1 pkt 4 Wzoru Umowy** poprzez wskazanie, że Zamawiający *„uprawniony jest do odstąpienia od Umowy lub jej rozwiązania w trybie natychmiastowym i bez jej wypowiedzenia, jeżeli (…) 4) liczba ważnych Certyfikatów autobusów spadnie poniżej 25% liczby autobusów w ruchu w szczycie porannym dnia powszedniego, aktualnie wymaganych przez Zamawiającego"*;

7.Brak przewidzenia możliwości zmiany umowy w przypadku, gdy w trakcie obowiązywania Umowy, dojdzie do wprowadzenia opłaty ekologicznej za emisje CO_2 przez autobusy mimo, że powinna zawierać postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany kosztów związanych z realizacją zamówienia, co utrudnia oszacowanie oferty może spowodować, że ustalone przez Zamawiającego wynagrodzenie będzie nieadekwatne do zakresu świadczenia i nie gwarantuje równowagi stron stosunku zobowiązaniowego oraz utrzymania ekwiwalentności świadczeń;

8.Wprowadzenie do **Załącznika nr 2 do Wzoru Umowy** pn. Procedury przekazywania informacji przez Operatora i dokonywania uzgodnień z Zamawiającym oraz dopuszczenia pojazdów i obiektów zaplecza technicznego (dalej zwanego jako **„Załącznik nr 2 do Wzoru Umowy - Procedury"**), nieprecyzyjnych postanowień które stanowią przejaw nadużycia dominującej pozycji Zamawiającego, utrudniają prawidłowe skalkulowanie oferty i uprawniają Zamawiającego na etapie realizacji Umowy do arbitralnych decyzji pozwalających na niedopuszczalne rozszerzeniem obowiązków kontraktowych Wykonawcy w szczególności poprzez określenie, że :

- „ 1.1. Dokumenty wymienione w punktach 1.1.1-1.1.9 podlegają weryfikacji pod kątem zgodności z SWZ oraz uzgodnieniu i akceptacji Zamawiającego pod kątem optymalizacji i funkcjonalności pojazdów;"

- „2.3. Operator nie później niż 180 dni przed rozpoczęciem świadczenia usługi, tj. do dnia …… jest zobowiązany do przekazania Zamawiającemu wizualizacji kasowników SPOzP.
2.3.1 Zamawiający dokonuje oceny zgodności z SWZ oraz oceny estetycznej zaproponowanych rozwiązań";
- 2.4. Operatora nie później niż 180 dni przed rozpoczęciem świadczenia usługi, tj. do dnia ……. jest zobowiązany do przekazania Zamawiającemu wizualizacji automatów SSB
„2.4.1. Zamawiający dokonuje oceny zgodności z SWZ oraz oceny estetycznej zaproponowanych rozwiązań.";
- „2.6 Założenia do interfejsu obsługowego obejmują proponowany wygląd ekranów oraz kolejność ekranów (ścieżkę zakupu i kodowania biletów). Założenia do oprogramowania zarządzającego pracę automatów obejmują opis dostępnych funkcjonalności i sposobu realizacji poszczególnych wymagań dla oprogramowania.
2.6.2. Zamawiający dokonuje oceny funkcjonalności założeń do interfejsu oraz funkcjonalności założeń do oprogramowania zarządzającego pracą automatów";
- „2.7. Operator nie później niż 160 dni przed rozpoczęciem świadczenia usługi tj. do dnia ……., jest zobowiązany do udostępnienie Zamawiającemu założeń do oprogramowania do zarządzania Systemem Informacji Liniowej oraz interfejsu sterownika zarządzającego pracą Systemu w pojeździe.
2.7.2 Zamawiający dokonuje oceny funkcjonalności założeń do oprogramowania oraz funkcjonalności założeń do sterownika zarządzającego praca Systemu."
- „2.8. Operator nie później niż 160 dni przed rozpoczęciem świadczenia usług tj. do dnia …… jest zobowiązany do udostępnienia Zamawiającemu założeń do oprogramowania do odtwarzania, podglądu, importu, eksportu obrazu z Systemu Monitoringu Wizyjnego".
2.8.2 Zamawiający dokonuje oceny funkcjonalności założeń do oprogramowania";
-„2.9 Operator nie później niż 150 dni przed rozpoczęciem świadczenia usługi, tj. do dnia …….. jest zobowiązany do przedstawienia Zamawiającemu projektów:
2.9.1 rozwiązania i lokalizacji uchwytów na informację liniową eksponowaną w trybie doraźnym;
2.9.2 rozwiązania i lokalizacji prezentacji informacji o oznaczeniu zadania przewozowego,
2.9.3 rozwiązania i lokalizacji wyświetlacza numeru służbowego prowadzącego pojazd;
2.9.4 wyglądu i lokalizacji ramki A3 na plakaty informacyjno – promocyjne,
2.9.5 wyglądu i lokalizacji ramki A2 na plakaty informacyjne,
2.9.6 wyglądu i lokalizacji pojemnika na materiały informacyjne
2.9.7 Zamawiający dokonuje oceny przedstawionych rozwiązań pod kątem zgodności z SWZ, funkcjonalności oraz oceny estetycznej rozwiązań."
- „2.10.2 Zamawiający dokonuje oceny zgodności z SWZ, zgodności zatwierdzeniem wizualizacji obudowy kasowników SPOzP w ramach punktu 2.3 oraz oceny estetycznej zaproponowanych rozwiązań.",
- „10.3 Dokumenty wymienione w punktach 1.1.1-1.1.9 podlegają uzgodnieniu i akceptacji Zamawiającego pod kątem optymalizacji i funkcjonalności przestrzeni pasażerskiej
W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:
1. naruszenie art. 138 ust. 1 PZP zw. z art. 16 pkt 1-3 PZP w zw. z art. 362 pkt 1) ustawy PZP poprzez wyznaczenie w **Rozdziale XIV pkt 1 i 2 SWZ** zbyt krótkiego, nieuwzględniającego skomplikowania przedmiotu Zamówienia i czasu potrzebnego na zebranie informacji niezbędnych do kalkulacji oferty (w tym oczekiwania na oferty od producentów autobusów i urządzeń ICT), terminu składania ofert co utrudnia Wykonawcom udział w Postępowaniu i prawidłowe oszacowanie ofert;
2. naruszenie art. 353 [1] ustawy Kodeks Cywilny oraz art. 99 ust. 4 w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 ustawy PZP i art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy PZP oraz art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 362 pkt 1 ustawy PZP poprzez przekroczenie granic swobody umów i równoważnego rozłożenia ryzyka kontraktowego miedzy Stronami w sposób nieuwzględniający rzeczywistych możliwości realizacji Zamówienia i nieprawidłowego Opisu Przedmiotu Zamówienia poprzez ustalenie zbyt krótkiego okresu przygotowawczego do rozpoczęcia świadczenia usług dla części 1 i części 2, poprzez ustalenie w **Rozdziale V SWZ**, że „*Zamawiający wymaga rozpoczęcia świadczenia usług po upływie 240 dni od daty podpisania Umowy"* co nie jest wystarczające do prawidłowego przygotowania się do realizacji Zamówienia w tym przede wszystkich wyprodukowania autobusów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia co prowadzi do przerzucenia na wykonawców ryzyka związanych z prawidłowym wykonaniem Zamówienia i stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji, przejrzystości postępowania i proporcjonalności;
3. naruszenie art. 439 PZP w zw. z art. 353 (1) oraz art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 362 pkt 1 ustawy PZP poprzez przyjęcie w **Rozdziale VI ust. 4 pkt a, b i c SWZ** zapisu o maksymalnej łącznej zmianie wartości wynagrodzenia jaką dopuszcza Zamawiający, który to zapis nie przystaje do rzeczywistości z uwagi na planowany okres realizacji Zamówienia, oznacza przerzucenie ryzyka związanego ze wzrostem kosztów realizacji Zamówienia i osiągnięcia maksymalnej wartości zobowiązania za wykonanie przedmiotu Umowy na Wykonawcę, co stanowi przejaw

nadużycia przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż uniemożliwia oszacowanie kosztów realizacji zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty, a w efekcie powoduje, że ustalone przez Zamawiającego wynagrodzenie jest nieadekwatne do zakresu świadczenia i nie gwarantuje równowagi stron stosunku zobowiązaniowego oraz utrzymania ekwiwalentności świadczeń;
4. naruszenie art. 439 PZP w zw. z art. 353 (1) oraz art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 362 pkt 1 ustawy PZP poprzez przyjęcie **w § 4 ust. 6 pkt 1 Wzoru Umowy** limitu na waloryzację kwartalną w wysokości 10% co oznacza przerzucenie ryzyka związanego ze wzrostem kosztów realizacji zamówienia i osiągnięcia maksymalnej wartości zobowiązania za wykonanie przedmiotu Umowy na Wykonawcę, jest szczególnie dotkliwe w przypadku pierwszej waloryzacji, gdyż w praktyce limit 10% dotyczy 2 lat (pierwsza waloryzacja jest 01.01.2026 a bazą są wskaźniki zmiany cen w **IV kwartale 2024**), co stanowi przejaw nadużycia przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż uniemożliwia oszacowanie kosztów realizacji zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty, a w efekcie powoduje, że ustalone przez Zamawiającego wynagrodzenie jest nieadekwatne do zakresu świadczenia i nie gwarantuje równowagi stron stosunku zobowiązaniowego oraz utrzymania ekwiwalentności świadczeń;
5. naruszenie art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy PZP w zw. z art. 362 pkt 1) ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy PZP oraz art. 353(1) Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu Zamówienia i ustalenie postanowień Wzoru Umowy w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, nieadekwatny, naruszający uczciwą konkurencję, naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy, poprzez brak precyzyjnego określenia struktury brygad i zupełną arbitralność ich ustalenia przez Zamawiającego mimo, że wobec braku rozkładów jazdy będzie to jedyne źródło informacji dla oszacowania liczby tzw. kilometrów pustych co ma istotne znaczenie dla ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy.
6. naruszenie art. 433 pkt 1 ustawy PZP w zw. z art. 353 [1] KC oraz art. 99 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP oraz art. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez sformułowanie postanowień Wzoru Umowy z przekroczeniem granic swobody umów, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagi rozłożenia ryzyka kontraktowego między stronami oraz w sposób nieuwzględniający rzeczywistych możliwości realizacji usługi poprzez wadliwe określenie podstaw do odstąpienia przez Zamawiającego **w § 10 ust. 1 pkt 4 Wzoru Umowy** co pozwala na arbitralność Zamawiającego w kwestii odstąpienia od Umowy i ustanawia odpowiedzialność wykonawcy również za okoliczności za które nie ponosi odpowiedzialności.
7. naruszenie art. 455 ust. 1 pkt 1 w zw. z 439 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy PZP w zw. z art. 362 pkt 1) ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy PZP oraz art. 353(1) Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia i ustalenie postanowień Wzoru
Umowy w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, nieadekwatny, naruszający uczciwą konkurencję, naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy, poprzez brak przewidzenia możliwości zmiany umowy w przypadku, gdy w trakcie obowiązywania Umowy, dojdzie do wprowadzenia opłaty ekologicznej za emisje CO2 przez autobusy mimo, że umowa, powinna zawierać postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany kosztów związanych z realizacją zamówienia.
8. naruszenie art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy PZP w zw. z art. 362 pkt 1) ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy PZP oraz art. 353(1) Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu Zamówienia i ustalenie postanowień Załącznika nr 2 do Wzoru Umowy - Procedury w sposób nieprecyzyjny co utrudnia prawidłowe skalkulowanie oferty i pozwala na arbitralność Zamawiającego w zakresie:
- weryfikacji dokumentów wymienionych w punktach 1.1.1-1.1.9 Załącznika nr 2 do Wzoru Umowy - Procedury;
- oceny estetycznej zaproponowanych rozwiązań w zakresie wizualizacji automatów SSB, kasowników SPOzP, lokalizacji ramek i pojemników na materiały informacyjne, prezentacji informacji o oznaczeniu zadania przewozowego, wyświetlacza numeru służbowego mimo, że brak jest wskazania kryteriów i sposobu dokonania takiej oceny
- oceny funkcjonalności założeń do oprogramowania, interfejsów automatów, Systemu Informacji Pasażerskiej, Systemu Monitoringu Wizyjnego pomimo tego, że w SWZ jest brak kryteriów i sposobu dokonania takiej oceny
Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosiło uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ w taki sposób, że wnosił o nadanie:
1.Rozdziałowi **XIV ust. 1 i 2 SWZ** następującego brzmienia:
„Rozdział XIV. Miejsce i termin składania i otwarcia ofert.
1. Ofertę należy złożyć na Platformie pod adresem: https://ztmwaw.ezamawiajacy.pl w zakładce „OFERTY" do dnia 28.02.2025 r. do godz. 11:00.

2. Otwarcie ofert nastąpi w dniu 28.02.2025 r. o godz. 11:20.";

2. Rozdziałowi **V SWZ** następującego brzmienia:

„Rozdział V. Termin realizacji zamówienia

Zamawiający wymaga rozpoczęcia świadczenia usług po upływie 450 dni od daty podpisania Umowy, jednak nie wcześniej niż:

a) 1 lutego 2026 roku w przypadku Części I,

b) 1 stycznia 2026 roku w przypadku Części II,

c) 1 grudnia 2026 roku w przypadku Części III.

Usługi świadczone będą do momentu zakończenia ostatniego kursu autobusu linii nocnych w dniu, w którym upłynie 10 lat (120 miesięcy) od rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych.

Wykonawca będzie zobowiązany do wprowadzania do ruchu wszystkich autobusów po upływie 450 dni od daty podpisania Umowy, nie wcześniej niż: od 1 lutego 2026 r. w przypadku Części I, od 1 stycznia 2026 roku w przypadku Części II i od 1 grudnia 2026 roku w przypadku Części III, zgodnie z dyspozycją rozkładową Zamawiającego.";

3. Rozdziałowi **VI ust. 4 pkt a, b i c SWZ** następującego brzmienia:

„ Maksymalna łączna wartość zmiany wynagrodzenia jaką dopuszcza Zamawiający w całym

Okresie obowiązywania Umowy w efekcie zastosowania waloryzacji, o której mowa w § 4 wzoru umowy wynosi:

a) dla Części I ok. 170%,

b) dla Części II ok. 170%,

c) dla Części III ok. 210%";

4. **§ 4 ust. 6 pkt 1 Wzoru Umowy** następującego brzmienia:

„1) Stawka za wozokilometr po waloryzacji nie może być wyższa niż stawka obowiązująca w IV Kwartale roku poprzedniego, powiększona o 15%. Wyjątek stanowi waloryzacja stawek w 2026 roku, dla której stawka po waloryzacji nie może być większa niż stawka z oferty Operatora powiększona o 30%. W przypadku, gdy kwartalna waloryzacja stawek za jeden wozokilometr, obliczona według wzoru określonego w ust. 3, przekroczy wskazaną wyżej maksymalną wartość 15% lub 30 % dla waloryzacji w roku 2026 (stawka przed waloryzacją obowiązująca w IV kwartale roku poprzedniego x 1,15 lub dla waloryzacji w roku 2026 stawka z oferty Operatora x 1,30), w danym kwartale przyjmuje się wartość stawki równą iloczynowi stawki obowiązujące w IV kwartale roku poprzedniego i 1,15. a dla waloryzacji w roku 2026 równą iloczynowi stawki z oferty Operatora i 1,30";

oraz

5. wnoszę o dokonanie zmiany w **§ 2 ust. 4 Wzoru Umowy** oraz **Rozdziale VI ust. 5 SWZ** poprzez podanie przez Zamawiającego struktury brygad dla każdej części zamówienia tj. liczby brygad całodziennych i brygad kursujących w godzinach szczytów komunikacyjnych (tzw. dodatków) w dniu powszednim, w soboty, niedziele i święta oraz w nocy;

6. wnoszę o wykreślenie **§ 10 ust. 1 pkt 4 Wzoru Umowy**, ewentualnie uzależnienie możliwość odstąpienia od umowy przez Zamawiającego lub jej rozwiązania ze względu na to, że liczba ważnych Certyfikatów autobusów spadnie poniżej 25% liczby autobusów w ruchu w szczycie porannym dnia powszedniego, aktualnie wymaganych przez Zamawiającego, z winy Wykonawcy, z przyczyn innych niż usterka masowa pojazdów i po bezskutecznym upływie dodatkowego (nie krótszego niż 30 dni) terminu do prawidłowej realizacji Umowy;

7. wnoszę o dokonanie zmiany **§ 15 ust. 1 pkt 5** Wzoru Umowy i nadanie mu następującego brzmienia:

„5) w przypadku, gdy w trakcie obowiązywania niniejszej Umowy, dojdzie do zmiany stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2024 r. poz. 711, z późn. zm.), zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. z 2024 r. poz. 427 ze zm.), ***lub w przypadku, gdy w trakcie obowiązywania Umowy, dojdzie do wprowadzenia opłaty ekologicznej za emisje CO_2 przez autobusy*** *jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Operatora, zgodnie z zasadami określonymi w ust. 3 poniżej"*

8. wnoszę o dokonania zmiany **Załącznika nr 2** do Wzoru Umowy - Procedury w sposób następujący:

- „ 1.1. Dokumenty wymienione w punktach 1.1.1-1.1.9 podlegają weryfikacji pod kątem zgodności z SWZ oraz uzgodnieniu i akceptacji Zamawiającego pod kątem optymalizacji i funkcjonalności pojazdów. Zamawiający może odmówić zaakceptowania dokumentów wymienione w punktach 1.1.1-1.1.9 tylko i wyłącznie gdy ich treść jest niezgodna konkretnymi postanowieniami SWZ."

-

„2.3. Operator nie później niż 180 dni przed rozpoczęciem świadczenia usługi, tj. do dnia …… jest zobowiązany do przekazania Zamawiającemu wizualizacji kasowników SPOzP.

2.3.1 Zamawiający dokonuje oceny pod kątem zgodności z SWZ zaproponowanych rozwiązań";
- 2.4. Operatora nie później niż 180 dni przed rozpoczęciem świadczenia usługi, tj. do dnia ……. jest zobowiązany do przekazania Zamawiającemu wizualizacji automatów SSB
„2.4.1. Zamawiający dokonuje oceny pod kątem zgodności z SWZ zaproponowanych rozwiązań.";
- „2.6 Założenia do interfejsu obsługowego obejmują proponowany wygląd ekranów oraz kolejność ekranów (ścieżkę zakupu i kodowania biletów). Założenia do oprogramowania zarządzającego pracę automatów obejmują opis dostępnych funkcjonalności i sposobu realizacji poszczególnych wymagań dla oprogramowania.
2.6.2. Zamawiający dokonuje oceny pod kątem zgodności z SWZ funkcjonalności założeń do interfejsu oraz funkcjonalności założeń do oprogramowania zarządzającego pracą automatów";
- „2.7. Operator nie później niż 160 dni przed rozpoczęciem świadczenia usługi tj. do dnia ……., jest zobowiązany do udostępnienie Zamawiającemu założeń do oprogramowania do zarządzania Systemem Informacji Liniowej oraz interfejsu sterownika zarządzającego pracą Systemu w pojeździe.
2.7.2 Zamawiający dokonuje oceny pod kątem zgodności z SWZ funkcjonalności założeń do oprogramowania oraz funkcjonalności założeń do sterownika zarządzającego praca Systemu."
- „2.8. Operator nie później niż 160 dni przed rozpoczęciem świadczenia usług tj. do dnia …… jest zobowiązany do udostępnienia Zamawiającemu założeń do oprogramowania do odtwarzania, podglądu, importu, eksportu obrazu z Systemu Monitoringu Wizyjnego.
2.8.2 Zamawiający dokonuje oceny pod kątem zgodności z SWZ funkcjonalności założeń do oprogramowania";
-„2.9 Operator nie później niż 150 dni przed rozpoczęciem świadczenia usługi, tj. do dnia …….. jest zobowiązany do przedstawienia Zamawiającemu projektów:
2.9.1 rozwiązania i lokalizacji uchwytów na informację liniową eksponowaną w trybie doraźnym;
2.9.2 rozwiązania i lokalizacji prezentacji informacji o oznaczeniu zadania przewozowego,
2.9.3 rozwiązania i lokalizacji wyświetlacza numeru służbowego prowadzącego pojazd;
2.9.4 wyglądu i lokalizacji ramki A3 na plakaty informacyjno – promocyjne,
2.9.5 wyglądu i lokalizacji ramki A2 na plakaty informacyjne,
2.9.6 wyglądu i lokalizacji pojemnika na materiały informacyjne
2.9.7 Zamawiający dokonuje oceny przedstawionych rozwiązań pod kątem zgodności z SWZ";
- „2.10.2 Zamawiający dokonuje oceny zgodności z SWZ wizualizacji obudowy kasowników SPOzP",
- „10.3 Dokumenty wymienione w punktach 1.1.1-1.1.9 podlegają uzgodnieniu i akceptacji Zamawiającego pod kątem ich zgodności z SWZ."
oraz o:
- dodanie do Załącznika nr 2 zapisu zgodnie z którym w każdym wypadku, gdy wymagana jest ocena zgodności z SWZ przez Zamawiającego, stwierdzenie przez Zamawiającego braku zgodności wymaga podania pisemnego uzasadnienia oraz wskazania konkretnego postanowienia SWZ, którego dotyczy stwierdzona niezgodność.
W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę RELOBUS Transport Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Toruniu, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 23 stycznia 2025 r. (pismo z dnia 23 stycznia 2025 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.
Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego skutecznie przystąpił wykonawca „Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz." Sp. z.o.o. siedzibą w Grodzisku Mazowieckim.
Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść odwołującego.
Stan prawny ustalony przez Izbę:
Zgodnie z art. 138 ust. 1 ustawy PZP, termin składania ofert nie może być krótszy niż 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.
Zgodnie z art. 16 pkt 1 - 3 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty;
3) proporcjonalny.
Zgodnie z art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy PZP:
1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.
2. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich

istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.
4. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.
Zgodnie z art. 433 pkt 1) ustawy PZP, projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia.
Zgodnie z art. 455 ust. 1 pkt 1) ustawy PZP, dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia:
1) niezależnie od wartości tej zmiany, o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które mogą obejmować postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny, jeżeli spełniają one łącznie następujące warunki:
a) określają rodzaj i zakres zmian,
b) określają warunki wprowadzenia zmian,
c) nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy.
Zgodnie z art. 439 ust. 1-5 ustawy PZP:
1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.
2. W umowie określa się:
1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;
2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:
a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub
b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;
3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;
4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.
3. Jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, chyba że zamawiający określi termin wcześniejszy.
4. Przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie.
5. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z ust. 1-3, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki:
1) przedmiotem umowy są roboty budowlane, dostawy lub usługi;
2) okres obowiązywania umowy przekracza 6 miesięcy.
Zgodnie z art. 353^1 KC, Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.
Zgodnie z art. 487 § 2 KC, Umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej.
Zgodnie z art. 5 KC Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 3 lutego 2025 r. i 11 lutego 2025 r. w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w

art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.
Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.
Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nr 3 i nr 4 znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie w powyższym zakresie.
Izba w pierwszej kolejności zważa, iż umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1 na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy PZP, ze względu na brak substratu zaskarżenia. Izba zważa, iż Zamawiający w dniu 10 lutego 2025 r. przedłużył termin składania ofert do 28 lutego 2025 r., tj. zgodnie z żądaniem Odwołującego. Twierdzenia Odwołującego, aby obciążyć Zamawiającego kosztami postępowania na podstawie § 9 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 są bezpodstawne, ze względu, iż zgodnie z § 9 ust. 1 ww. Rozporządzenia dotyczy to tylko przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości, a z taką sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Poza tym, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 5, nr 6 na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy PZP ze względu na uwzględnienie w całości ww. zarzutów przez Zamawiającego oraz w zakresie zarzutu nr 8 na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy PZP, ze względu na cofnięcie zarzutu przez Odwołującego w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego.
Odnosząc się do zarzutu nr 2, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 353 [1] ustawy Kodeks Cywilny oraz art. 99 ust. 4 w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 ustawy PZP i art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy PZP oraz art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 362 pkt 1 ustawy PZP poprzez przekroczenie granic swobody umów i równoważnego rozłożenia ryzyka kontraktowego miedzy Stronami w sposób nieuwzględniający rzeczywistych możliwości realizacji Zamówienia i nieprawidłowego Opisu Przedmiotu Zamówienia poprzez ustalenie zbyt krótkiego okresu przygotowawczego do rozpoczęcia świadczenia usług dla części 1 i części 2, poprzez ustalenie w **Rozdziale V SWZ**, że *„Zamawiający wymaga rozpoczęcia świadczenia usług po upływie 240 dni od daty podpisania Umowy”* co nie jest wystarczające do prawidłowego przygotowania się do realizacji Zamówienia w tym przede wszystkich wyprodukowania autobusów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia co prowadzi do przerzucenia na wykonawców ryzyka związanych z prawidłowym wykonaniem Zamówienia i stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji, przejrzystości postępowania i proporcjonalności, jest w ocenie Izby niezasadny.
Izba zważa, iż Zamawiający dokonał modyfikacji SWZ z dnia 17 stycznia 2025 r. wprowadzając w rozdziale V SWZ zmianę w następujący sposób: „Zamawiający wymaga rozpoczęcia świadczenia usług po upływie 365 dni od daty podpisania Umowy, jednak nie wcześniej niż:
a) 1 czerwca 2026 roku w przypadku Części I,
b) 1 maja 2026 roku w przypadku Części II,
c) 1 grudnia 2026 roku w przypadku Części III.
Usługi świadczone będą do momentu zakończenia ostatniego kursu autobusu linii nocnych w dniu, w którym upłynie 10 lat (120 miesięcy) od rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych. Wykonawca będzie zobowiązany do wprowadzania do ruchu wszystkich autobusów w pierwszym dniu rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych, zgodnie z dyspozycją rozkładową Zamawiającego”.
W ocenie Izby, żądanie Odwołującego zmiany rozpoczęcia świadczenia usług na 450 dni, przy dokonanej przez Zamawiającego modyfikacji SWZ na 365 dni, jest żądaniem nadmiernym, ze względu na fakt, iż dla innego potencjalnego wykonawcy w ramach toczącego się postępowania, tj. odwołującego „Mobilis” Sp. z o.o., termin rozpoczęcia świadczenia usług na 365 dni od daty podpisania umowy jest wystarczający, aby rozpocząć świadczenie usługi.
Biorąc powyższe pod uwagę, Izba doszła do przekonania, że dokonana przez Zamawiającego zmiana jest wystarczająca do tego, aby każdy z potencjalnych wykonawców mógł rozpocząć świadczenie usług przewozowych po upływie 365 dni od dnia podpisania umowy. W ocenie Izby nie zmieniają tego dowody złożone przez Odwołującego wskazujące, iż termin dostawy autobusów niskopodłogowych MAN Lions City wynosi „15 miesięcy od podpisania umowy”, czy też dowód wskazujący na termin dostawy autobusów na „drugi kwartał 2027”. Zdaniem Izby, terminy tam wskazane wcale nie oznaczają, że jedynym możliwym terminem na dostawę autobusów jest termin 15 miesięcy od dnia podpisania umowy, czy drugi kwartał 2027 r., bowiem może się okazać, że producentom autobusów uda się dostarczyć

autobusy wcześniej, patrząc przez pryzmat tego, że dla innego wykonawcy biorącego udział w przedmiotowym postępowaniu termin 365 dni jest wystarczający na rozpoczęcia świadczenia usług.
Nadto Izba zważa, iż uzasadnieniem dla powyższego zarzutu było wskazanie w treści odwołania, iż: „w okresie przygotowawczym przed rozpoczęciem świadczenia usługi przewozu wybrany wykonawca musi podjąć szereg czynności o wysokiej skali złożoności, wymagających istotnego zaangażowania organizacyjnego i finansowego, tak aby świadczyć usługi przewozu w standardzie oczekiwanym przez Zamawiającego. Do realizacji nałożonych na wykonawcę obowiązków potrzebny jest odpowiedni czas", jest w ocenie Izby uzasadnieniem lakonicznym, z którego w żaden sposób nie wynika, jakie to są czynności „wymagające istotnego zaangażowania organizacyjnego i finansowego" przez Odwołującego. Taka argumentacja dopiero pojawiła się w pismach procesowych Odwołującego, a nie w treści odwołania.
Z tego też względu, zdaniem Izby, zarzut ten jest niezasadny.
Odnosząc się do zarzutu nr 7, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 455 ust. 1 pkt 1 w zw. z 439 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy PZP w zw. z art. 362 pkt 1) ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy PZP oraz art. 353(1) Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia i ustalenie postanowień Wzoru Umowy w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, nieadekwatny, naruszający uczciwą konkurencję, naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy, poprzez brak przewidzenia możliwości zmiany umowy w przypadku, gdy w trakcie obowiązywania Umowy, dojdzie do wprowadzenia opłaty ekologicznej za emisje CO2 przez autobusy mimo, że umowa, powinna zawierać postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany kosztów związanych z realizacją zamówienia, jest w ocenie Izby niezasadny.
W pierwszej kolejności Izba zważa, iż w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że Zamawiający posiada daleko idącą swobodę w kształtowaniu opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków jego wykonania. Powyższe potwierdza m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 grudnia 2021 r. o sygn. akt KIO 3370/21, w którym Izba wskazała: *„Jednak pomimo konieczności zachowania uczciwej konkurencji zamawiający ma prawo tak opisać przedmiot zamówienia, aby uwzględnione zostały jego rzeczywiste potrzeby. To zamawiający jest bowiem gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia. To zamawiający wie jaki cel chce osiągnąć i charakteryzuje go przygotowując opis przedmiotu zamówienia. Celem tak przygotowanego opisu przedmiotu zamówienia jest bowiem umożliwienie zaspokojenia potrzeb zamawiającego w warunkach konkurencji, nie zaś umożliwienie wzięcia udziału w postępowaniu wszystkich wykonawców działających w danej branży",* a Izba zgadza się w pełni z poglądem tamtejszego składu orzekającego.
Izba zważa, iż Odwołujący powołuje się w treści odwołania, iż „Komisja Europejska w dniu 18 stycznia 2024 r. osiągnęła porozumienie między Parlamentem Europejskim a Radą w sprawie wstępnego porozumienia podnoszącego dotychczasowe normy emisji CO2 dla nowych pojazdów ciężkich wprowadzanych na rynek UE od 2030 r. Wydane w tym procesie rozporządzenie 2024/1610 określa nowe cele redukcji emisji CO2 na 2030 r., 2035 r. i 2040 r.".
W ocenie Izby, powyższe „wstępne porozumienie" co do redukcji emisji CO2 i żądanie Odwołującego co do konieczności wprowadzenia zmiany umowy w przypadku wprowadzenia opłat związanych z emisją CO2 przez autobusy, wbrew twierdzeniom Odwołującego, wcale „nie utrudnia oszacowania oferty", ponieważ Odwołujący jako profesjonalista działający na rynku przewozowym powinien być w stanie bez większych problemów oszacować ryzyko wprowadzenia takiej opłaty ekologicznej.
Zdaniem Izby, w ramach podziału ryzyk między Zamawiającym a Wykonawcą, ryzyko w zakresie wzrostu kosztów w związku z ewentualną opłatą związaną z emisją CO2, może obciążać w całości wykonawcę.
Należy również zwrócić uwagę, iż art. 455 ustawy PZP nie zawiera normy nakazującej Zamawiającemu wprowadzenie postanowień w zakresie zmian umowy, z kolei art. 439 ustawy PZP, mimo iż wprowadza obowiązek implementacji do umowy klauzul waloryzacyjnych, nie określa, w jakich warunkach taka waloryzacja ma zostać implementowana.
Nadto, w ocenie Izby, rację ma Zamawiający, iż żądanie Odwołującego zmiany poprzez zamieszczenie w umowie zapisu „lub w przypadku, gdy w trakcie obowiązywania Umowy, dojdzie do wprowadzenia opłaty ekologicznej za emisje CO2 przez autobusy" byłaby zmianą „nieprecyzyjną", ze względu na fakt, iż norma prawna ujęta wart 455 ust. 1 ustawy PZP wymaga m.in. dokładnego określenia rodzaju i zakresu zmian, czy też określenia warunków wprowadzenia takich zmian.
Nie sposób wiec uznać, iż zaproponowany w obecnym kształcie przez Zamawiającego podział odpowiedzialności i ryzyka wykracza poza zasadę proporcjonalności.
Z tego też względu, w ocenie Izby, zarzut ten jest niezasadny.
Z kolei przechodząc do zarzutu nr 3, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 439 PZP w zw. z art. 353 (1) oraz art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 362 pkt 1 ustawy PZP poprzez przyjęcie w Rozdziale VI ust. 4 pkt a, b i c SWZ zapisu o maksymalnej łącznej zmianie wartości wynagrodzenia jaką dopuszcza Zamawiający, który to zapis nie

przystaje do rzeczywistości z uwagi na planowany okres realizacji Zamówienia, oznacza przerzucenie ryzyka związanego ze wzrostem kosztów realizacji Zamówienia i osiągnięcia maksymalnej wartości zobowiązania za wykonanie przedmiotu Umowy na Wykonawcę, co stanowi przejaw nadużycia przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż uniemożliwia oszacowanie kosztów realizacji zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty, a w efekcie powoduje, że ustalone przez Zamawiającego wynagrodzenie jest nieadekwatne do zakresu świadczenia i nie gwarantuje równowagi stron stosunku zobowiązaniowego oraz utrzymania ekwiwalentności świadczeń oraz zarzutu nr 4, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 439 PZP w zw. z art. 353 (1) oraz art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 362 pkt 1 ustawy PZP poprzez przyjęcie w § 4 ust. 6 pkt 1 Wzoru Umowylimitu na waloryzację kwartalną w wysokości 10% co oznacza przerzucenie ryzyka związanego ze wzrostem kosztów realizacji zamówienia i osiągnięcia maksymalnej wartości zobowiązania za wykonanie przedmiotu Umowy na Wykonawcę, jest szczególnie dotkliwe w przypadku pierwszej waloryzacji, gdyż w praktyce limit 10% dotyczy 2 lat (pierwsza waloryzacja jest 01.01.2026 a bazą są wskaźniki zmiany cen w IV kwartale 2024), co stanowi przejaw nadużycia przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż uniemożliwia oszacowanie kosztów realizacji zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty, a w efekcie powoduje, że ustalone przez Zamawiającego wynagrodzenie jest nieadekwatne do zakresu świadczenia i nie gwarantuje równowagi stron stosunku zobowiązaniowego oraz utrzymania ekwiwalentności świadczeń, są w ocenie Izby zasadne.

W ocenie Izby, postanowienia opisane przez Zamawiającego w Rozdziale VI ust. 4 pkt a, b i c SWZ o maksymalnej łącznej zmianie wartości wynagrodzenia jaką dopuszcza Zamawiający w całym okresie obowiązywania umowy w efekcie zastosowania waloryzacji, o której mowa w § 4 wzoru umowy na poziomie ok. 83% dla Części I, ok. 81% dla Części II, ok. 91% dla Części III (w wyniku modyfikacji SWZ), jak również postanowienie opisane w § 4 ust. 6 pkt 1 Wzoru Umowy określające limit na waloryzację roczną i kwartalną w wysokości 10%, są postanowieniami, które w rzeczywistości prowadzą do przerzucenia ryzyka związanego ze wzrostem kosztów realizacji zamówienia.

Zdaniem Izby, Zamawiający nie zauważa, że ze względu na to, iż umowa w ramach przedmiotowego postępowania ma być zawarta na 10 lat, co skutkuje tym, iż Zamawiający ustalając mechanizm waloryzacyjny powinien mieć na uwadze nie tylko inflację, która obecnie jest poniżej 10%, co wcale nie oznacza, że w ciągu 10 lat inflacja znów nie podskoczy powyżej 10%, ale również coroczny wzrost wynagrodzeń, wzrost cen paliw, energii elektrycznej czy gazu. Patrząc historycznie, inflacja w roku 2022 wynosiła 14,4%, a w roku 2023 11,4%, a zatem powyżej 10% maksymalnego pułapu określonego we wzorze umowy.

Tym samym rację ma Odwołujący, że „Na rynku nie jest możliwe zakontraktowanie dostaw paliwa czy części zamiennych na okres 10 lat bez odpowiednich mechanizmów waloryzacyjnych. Nie jest tez wykonalne utrzymanie wynagrodzeń pracowniczych na stałym poziomie przez okres 10 lat".

W ocenie Izby, wprowadzenie przez Zamawiającego mechanizmu maksymalnego wynagrodzenia na poziomie 10% podważa racjonalność takiego zapisu.

Twierdzenia Zamawiającego, że przewidział on w umowie mechanizm zmiany zasad waloryzowania stawki bazowej za wozokilometr, w przypadku nadzwyczajnej zmiany warunków rynkowych, niemożliwych do przewidzenia w dniu zawierania umowy (§ 15 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy), nie zmienia oceny Izby, że obok sytuacji nadzwyczajnych jak wojna czy pandemia, co roku mamy do czynienia ze wzrostem kosztów w gospodarce.

W ocenie Izby zwiększenie limitu waloryzacji z 10% na 15% nie doprowadzi, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, do „zachwiania równowagi ekonomicznej", przy czym Izba nie uznała żądania Odwołującego o konieczności zwiększenia waloryzacji o 30% dla pierwszej waloryzacji. To, że inni Zamawiający przewidują, iż wynagrodzenie będzie waloryzowane o 300%-400% stawek wynagrodzenia, wcale nie oznacza, że taka sama waloryzacja ma być zastosowana przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu.

Izba zważa, iż co prawda Zamawiający jest gospodarzem postępowania i ma swobodę w kształtowaniu warunków zamówienia, nie mniej swoboda ta jest ograniczona przepisami prawa i specyfiką postępowania. Należy bowiem zwrócić uwagę, iż celem klauzul waloryzacyjnych jest przywrócenie równowagi ekonomicznej między Zamawiającym, a Wykonawcą i dostosowanie wynagrodzenia do zmieniającej się sytuacji rynkowej.

Powyższe potwierdza m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 grudnia 2022 r. o sygn. akt KIO 3333/22, KIO 3340/22, w którym Izba wskazała, iż: *„Izba wskazuje, że klauzule waloryzacyjne mają za zadanie dążenie do równowagi stron stosunku umownego w zamówieniach publicznych w sposób uwzględniający zmiany okoliczności, mających wpływ na wynagrodzenie wykonawcy w toku realizacji świadczenia. Dostosowanie cen materiałów i kosztów wykonania zamówienia do ich rzeczywistych wartości zmniejsza również ryzyko nienależytej realizacji świadczenia. Podkreślić należy, iż wykonanie obowiązku z art. 439 ustawy Pzp powinno odbywać się z uwzględnieniem specyfiki danego przedmiotu zamówienia, ale również możliwości finansowych zamawiającego w sposób nieprowadzący do wypaczeniu celu ww. przepisu (tak KIO w wyroku z dnia 10 września 2021 r. sygn. akt: KIO 2335/21). Jednocześnie należycie sformułowana klauzula waloryzacyjna sprzyja zwiększeniu konkurencyjności postępowania o udzielenie zamówienia*

publicznego. Jak wynika z treści art. 439 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, w umowie określa się m.in. maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia. Podkreślić należy, że przepis ma charakter ogólny stanowiąc, że określa się maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia bez wskazania, czy chodzi o wartość w górę tj. wartość o którą wynagrodzenie zostanie zwiększone, czy o 21
wartość w dół tj. wartość, o którą wynagrodzenie zostanie zmniejszone. Wobec tego wnioskować należy, że celem przepisu jest określenie limitów maksymalnych zmian wynagrodzenia w obie strony, celem zapewnienia ekwiwalentności świadczeń stron".

Biorąc powyższe pod uwagę, zarzuty nr 3 i nr 4 są w ocenie Izby zasadne.

II.KIO 5053/24:

Zamawiający – Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, działający w imieniu i na rzecz Miasta Stołecznego Warszawa – 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), nr postępowania 189/2024/FZ.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 20 grudnia 2024 r. Nr ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 785075-202, Numer wydania Dz.U. S: 248/2024.

W dniu 30 grudnia 2024 r. wykonawca „Mobilis" Sp. z o.o. siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec:

1) treści SWZ w zakresie:

a)Rozdziału IV [*Postanowienia ogólne*] SWZ w odniesieniu do **ust. 7**;

b)Rozdziału V [*Termin realizacji zamówienia*] SWZ w odniesieniu do akapitu pierwszego **lit. a) i b)** przewidującego, że *„Zamawiający wymaga rozpoczęcia świadczenia usług po upływie 240 dni od daty podpisania Umowy, jednak nie wcześniej niż:*

a) 1 lutego 2026 roku w przypadku Części I,

b) 1 stycznia 2026 roku w przypadku Części II,

c) 1 grudnia 2026 roku w przypadku Części III.";

c)Rozdziału V [*Termin realizacji zamówienia*] SWZ w odniesieniu do akapitu trzeciego przewidującego, że *„Wykonawca będzie zobowiązany do wprowadzenia do ruchu wszystkich autobusów od 1 lutego 2026 r. w przypadku Części I, od 1 stycznia 2026 r. w przypadku Części II i od 1 grudnia 2026 r. w przypadku Części III, zgodnie z dyspozycją rozkładową Zamawiającego.";*

d)Rozdziału XIV [*Miejsce i termin składania i otwarcia ofert*] SWZ w odniesieniu do **ust. 1 i 2**;

2) postanowień projektu umowy o świadczenie usług przewozów autobusowych dotyczących:

a) Części I Zamówienia tj. *Część I: usługi przewozowe świadczone przez okres 10 lat (120 miesięcy) w ilości rocznej 4.200.000 (cztery miliony dwieście tysięcy) z tolerancją do -10% (minus dziesięciu procent) wozokilometrów przy wykorzystaniu w ruchu 50 autobusów o długości ok. 9 metrów (klasa MIDI) oraz zapewnienie min. 4 pojazdów rezerwowych* („**Część I**");

b) Części II Zamówienia tj. *Część II: usługi przewozowe świadczone przez okres 10 lat (120 miesięcy) w ilości rocznej 4.200.000 (cztery miliony dwieście tysięcy) z tolerancją do -10% (minus dziesięciu procent) wozokilometrów przy wykorzystaniu w ruchu 50 autobusów o długości ok. 12 metrów (klasa MAXI) oraz zapewnienie min. 4 pojazdów rezerwowych* („**Część II**");

c) Części III Zamówienia tj. *Część III: usługi przewozowe świadczone przez okres 10 lat (120 miesięcy) w ilości rocznej 4.200.000 (cztery miliony dwieście tysięcy) z tolerancją do -10% (minus dziesięciu procent) wozokilometrów przy wykorzystaniu ruchu 50 autobusów o długości ok. 18 metrów (klasa MEGA) oraz zapewnienie min. 4 pojazdów rezerwowych* („**Część III**")

go Załącznik nr 6 do SWZ („**Wzór Umowy**") w zakresie:

pkt. 2) Wzoru Umowy także w związku z § 18 ust. 1 Wzoru Umowy;

(ii) § 18 ust. 1 Wzoru Umowy;

(iii) § 4 ust. 6 pkt. 1) i 3) oraz ust. 12 Wzoru Umowy w związku z Rozdziałem VI [*Opis (przedmiotu zamówienia*] SWZ ust. 4;

(iv) § 5 pkt. 30 Wzoru Umowy;

(v) § 12 ust. 1 Wzoru Umowy;

(vi) Załącznika nr 2 [*Procedury przekazywania informacji przez Operatora i dokonywania uzgodnień z Zamawiającym oraz dopuszczenia pojazdów i obiektów zaplecza technicznego*] do Wzoru Umowy, w **tym** w zakresie pkt. 3 [*Certyfikacja pojazdów – uzyskiwanie „Certyfikatu zgodności z wymogami technicznymi"*] ppkt. 13.1;

(vii) Załącznika nr 4 [*Zasady oceny i rozliczania autobusowych przewozów pasażerskich w zbiorowej komunikacji miejskiej nadzorowanej przez ZTM*] do Wzoru Umowy **w tym** w zakresie pkt. 3 [*Punktualność kursowania*] ppkt. 4 oraz pkt. 4 [*Uchybienia i kary umowne*];

(viii) Załącznika nr 6 [*Wymagania wobec kierowców i innych pracowników zatrudnianych przez Operatora do realizacji usług przewozowych*] do Wzoru Umowy, w **tym** w zakresie pkt. 1 [*Wymagania wobec prowadzących pojazdy oraz pracowników służby zabezpieczenia ruchu*] pkt. 1 [*Wymagania wobec prowadzących pojazdy oraz pracowników służby zabezpieczenia ruchu*] ppkt. 1.1. lit. a);

(ix) Załącznika nr 7 [*Warunki i zasady sprzedaży biletów w pojazdach*] do Wzoru Umowy, w **tym** w zakresie pkt. 1 [*Sprzedaż biletów w automatach biletowych*] ppkt. 1.3. Załącznika nr 7;

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

(1) **art. 134 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 378 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 388 pkt 2 lit. c) Pzp** poprzez ukształtowanie postanowień SWZ w sposób nieproporcjonalny, ograniczający konkurencyjność Postępowania, wbrew zasadom współżycia społecznego oraz działając na szkodę wykonawcy, w sposób nieuzasadniony wykorzystując pozycję „organizatora przetargu", co doprowadziło do:

a) zagwarantowania sobie przez Zamawiającego prawa do udzielenia wybranemu wykonawcy zamówienia z wolnej ręki, po ukończeniu realizacji zamówienia będącego przedmiotem Postępowania, tj. po 10 latach od rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych na warunkach określonych w ofercie wykonawcy z dnia 23 stycznia 2025 r. (obecny termin składania ofert) w sytuacji, w której warunki udzielenia zamówienia z wolnej ręki (przede wszystkim cena) powinny zostać ustalone na nowo po ukończeniu realizacji zamówienia będącego przedmiotem Postępowania, mając na uwadze zmiany rynkowe czy niemożliwą do przewidzenia dynamikę wzrostu cen;

b) ustalenia przez Zamawiającego drastycznie krótkiego terminu rozpoczęcia realizacji Części I oraz Części II zamówienia (wchodzących w zakres przedmiotu Postępowania), który w rzeczywistości jest niemożliwy do dochowania, tj. Zamawiający wymaga rozpoczęcia świadczenia usług po upływie 240 dni od daty podpisania Umowy w sytuacji, w której minimalny okres dostawy autobusów (wykorzystywanych w ramach realizacji zamówienia i spełniających wymagania Zamawiającego) wynosi minimum 12 miesięcy (365 dni);

(2) **art. 138 ust. 1 Pzp w zw. z art. 131 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp** poprzez wyznaczenie zbyt krótkiego, nie uwzględniającego złożoności i specyfiki przedmiotu zamówienia terminu składania i otwarcia ofert, co uniemożliwia prawidłowe sporządzenie i skalkulowanie oferty, a przez to prowadzi do naruszenia podstawowych zasad systemu zamówień publicznych, w tym zasady proporcjonalności, przejrzystości i uczciwej konkurencji;

(3) **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 (Wzoru 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 Wzoru 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 § 4 Wzoru Umowy poprzez (m.in.):
(i) zastosowanie limitu waloryzacji stawki bazowej za jeden wozokilometr – nie czyni zadość powyższemu obowiązkowi;
(ii) dobrane przez Zamawiającego parametry, tj. bezwzględne procenty [10 %] – nie odpowiadają istocie i specyfice Zamówienia;
(iii) „przepadanie" wzrostu wskaźnika ponad 10 % na przełomie lat i tym samym zaniżanie jego wartości początkoworocznej;

(b) w § 5 pkt. 30 Wzoru Umowy poprzez wymaganie zatrudniania przez Odwołującego wszystkich kierowców, dyspozytorów i pracowników służby nadzoru ruchu świadczących usługi na rzecz Operatora w okresie obowiązywania Umowy na podstawie umów o pracę, co stanowi zobowiązanie nadmierne i nieproporcjonalne w odniesieniu do uzasadnionego interesu Zamawiającego zasadzającego się w należytej realizacji Zamówienia (publicznego);

(c) w § 12 ust. 1 Wzoru Umowy 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, 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) § 3 ust. 1 pkt 2) Wzoru Umowy w zw. z § 18 ust. 1 Wzoru Umowy 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 Zamawiającego, zarazem sprzeczny z art. 473 § 2 k.c.;

(e) w załączniku nr 2 do Wzoru Umowy [*Procedury przekazywania informacji przez Operatora i dokonywania uzgodnień z Zamawiającym oraz dopuszczenia pojazdów i obiektów zaplecza technicznego*] poprzez (m.in.) wyłączenie przez Zamawiającego Systemu Pobierania Opłat za Przejazdy z katalogu niezgodności o charakterze masowym oznacza nadmierne i nieproporcjonalne w odniesieniu do uzasadnionego interesu Zamawiającego zasadzającego się w należytej realizacji Zamówienia (publicznego) obciążenie wykonawcy konsekwencjami ryzyka, za którego wystąpienie wykonawca nie ponosi odpowiedzialności;

(f) w załączniku nr 4 do Wzoru Umowy [*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) dopuszczenie niedopuszczalnej kumulacji kary umownej;
(iii) wprowadzenie kary umownej z tytułu niewykonania świadczeń pieniężnych;
(iv) przewidzenia odpowiedzialności Operatora de facto na zasadzie ryzyka;
(v) brak wymaganej precyzji w kwalifikacji rodzaju uchybienia mającego skutkować obciążeniem wykonawcy (Operatora) kara umowną;

(g) w załączniku nr 6 do Wzoru Umowy [*Wymagania wobec kierowców i innych pracowników zatrudnianych przez Operatora do realizacji usług przewozowych*] poprzez (m.in.) przewidzenie przez Zamawiającego – dodatkowego, pozaustawowego – wymagania w celu potwierdzenia znajomości języka polskiego przez kierowców oraz pracowników służby zabezpieczenia ruchu do realizacji zadań zleconych przez ZTM stanowiącego wymaganie nadmierne, nieproporcjonalne w odniesieniu do uzasadnionego interesu Zamawiającego zasadzającego się w należytej realizacji Zamówienia (publicznego);

(h) w załączniku nr 7 do Wzoru Umowy [*Warunki i zasady sprzedaży biletów w pojazdach*] poprzez (m.in.) niedopuszczalne przerzucenie na wykonawcę ryzyka ponoszenia dodatkowych kosztów w związku z realizacją

Zamówienia;

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

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosiło rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień Wzoru Umowy w sposób szczegółowo opisany w uzasadnieniu odwołania w odniesieniu do każdego z postanowień SWZ oraz Wzoru Umowy zaskarżonych w pkt. I *petitum* odwołania;

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę „Mobilis" Sp. z o.o. siedzibą w Warszawie, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 27 stycznia 2025 r. (pismo z dnia 27 stycznia 2025 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego skutecznie przystąpił wykonawca „Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz." Sp. z o.o. siedzibą w Grodzisku Mazowieckim.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść odwołującego.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 16 pkt 1 - 3 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty;
3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP, SWZ zawiera co najmniej termin wykonania zamówienia.

Zgodnie z art. 388 pkt 2 lit. c) ustawy PZP, zamówienia sektorowego można udzielić w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie jest udzielane dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych i polega na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych, jeżeli takie zamówienie było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z jego przedmiotem oraz całkowita wartość tego zamówienia została uwzględniona przy szacowaniu jego wartości, a w opisie zamówienia podstawowego wskazano zakres tych usług lub robót budowlanych oraz warunki, na jakich zostaną one udzielone,

Zgodnie z art. 138 ust. 1 ustawy PZP, termin składania ofert nie może być krótszy niż 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Zgodnie z art. 131 ust. 1 ustawy PZP, Zamawiający wyznacza terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ofert wstępnych oraz ofert, z uwzględnieniem złożoności i specyfiki przedmiotu zamówienia oraz czasu niezbędnego do ich przygotowania i złożenia, z tym że terminy te nie mogą być krótsze niż ustawowe terminy minimalne, o ile są one określone.

Zgodnie z art. 439 ust. 1 ustawy PZP, Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Zgodnie z art. 433 pkt 2 ustawy PZP, projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem.

Zgodnie z art. 353^1 KC, Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Zgodnie z art. 483 KC:

§ 1. Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).

§ 2. Dłużnik nie może bez zgody wierzyciela zwolnić się z zobowiązania przez zapłatę kary umownej.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 3 lutego 2025 r. i 11 lutego 2025 r. w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w

art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowany przez Odwołującego zarzut nr 3a odnoszący się do § 4 ust. 6 pkt 1 Wzoru umowy i zarzut nr 3f w zakresie Załącznika nr 4 do wzoru umowy odnoszący się do RKWO znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie w powyższym zakresie.

Izba w pierwszej kolejności zważa, iż umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1b, nr 2, zarzut nr 3f w zakresie Załącznika nr 4 do wzoru umowy odnoszący się do TST1, TST2, POP i OTP na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy PZP, ze względu na cofnięcie ww. zarzutów przez Odwołującego.

W dalszej kolejności Izba odniesie się do poszczególnych zarzutów zawartych w odwołaniu. I tak zarzut 1a dotyczący zamówień dodatkowych jest w ocenie Izby niezasadny.

Izba zważa, iż zgodnie z treścią art. 388 pkt. 2 lit c) Pzp, zamówienia sektorowego można udzielić w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie jest udzielane dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych i polega na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych, jeżeli takie zamówienie było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z jego przedmiotem oraz całkowita wartość tego zamówienia została uwzględniona przy szacowaniu jego wartości, a w opisie zamówienia podstawowego wskazano zakres tych usług lub robót budowlanych oraz warunki, na jakich zostaną one udzielone.

Oznacza to, iż w opisie przedmiotu zamówienia należy wskazać zakres planowanych usług dodatkowych oraz warunki na jakich zostaną one udzielone. W ocenie Izby, wykonawca na podstawie obecnie przyjętego w SWZ rozwiązania, ma możliwość dokładnego określenia wartości ewentualnego przyszłego świadczenia, przewidzianego w Rozdziale IV pkt. 7 SWZ z uwzględnieniem waloryzacji ceny. Gdyby zaś przyjąć rozwiązanie proponowane przez Odwołującego w ten sposób, iż cena zamawianej usługi byłaby proponowana przez Wykonawcę i jednocześnie wspólnie zaakceptowana przez obie strony, to zdaniem Izby naruszałoby w istocie treść przepisu art. 388 pkt 2 lit. c) ustawy PZP, z uwagi na brak określenia istotnych warunków udzielenia przyszłego zamówienia w tym trybie.

Nie można bowiem uznać, że zostałaby spełniona przesłanka wskazania „warunków, na jakich zamówienie zostanie udzielone" w przypadku braku wskazania w treści zamówienia mechanizmu pozwalającego na obliczenie przyszłej ceny świadczenia.

Tym samym rację ma Zamawiający, iż: „ Rozwiązanie wskazujące na konieczność przyszłego „dowolnego" ustalenia ceny, jakie proponuje Odwołujący, dodatkowo jeszcze na podstawie oferty Wykonawcy bez żadnych kryteriów pozwalających na jej obecne choćby przybliżone ustalenie, byłoby więc sprzeczne z treścią art. 388 pkt 2 lit. c) Pzp".

Izba zważa, iż niewątpliwie możliwość udzielenia zamówienia dodatkowego w trybie art. 388 pkt 2 lit. c) ustawy PZP ma wpływ na wycenę oferty w zakresie zamówienia podstawowego, co za tym idzie każdy z wykonawców chcący wziąć udział w niniejszym postępowaniu musi dokonać kalkulacji ceny za realizację całego przedmiotu zamówienia (podstawowego i dodatkowego), niezależnie od tego, że udzielenie zamówienia w tym trybie jest uprawnieniem Zamawiającego, które może, ale nie musi być zrealizowane. Poza tym, nie można tracić z pola widzenia, że przepis art. 388 pkt 2 lit. c ustawy PZP, nie obliguje na wykonawcy realizacji zamówienia w okresie kolejnych 24 miesięcy, jeżeli warunki przyszłego ewentualnego zamówienia nie będą dla niego odpowiednie, a czego zdaje się nie zauważać Odwołujący.

Tymczasem w ocenie Izby, Odwołujący proponuje rozwiązanie, w wyniku, którego usunięto by całkowicie zapis pozwalający na oszacowanie ceny usługi w przyszłości, co byłoby sprzeczne z normą ujętą w art. 388 pkt 2 lit. c) ustawy PZP poprzez brak wskazania warunków, na których zamówienie miałoby zostać udzielone w przyszłości.

Niezależnie od powyższego, Izba nie popiera argumentacji Odwołującego, że „cena nawet zwaloryzowana nie będzie odzwierciedlała realiów rynkowych w momencie udzielenia kolejnego zamówienia", zwłaszcza biorąc pod uwagę przepisy art. 436 pkt 4 ustawy PZP oraz art. 439 ustawy PZP, w których to ustawodawca wprowadził jednoznaczny obowiązek wskazania zasad waloryzacji świadczenia w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 6 miesięcy. Trudno więc zgodzić się z zarzutem Odwołującego, że waloryzacja świadczeń byłaby niewystarczającym rozwiązaniem pozwalającym na zachowanie równowagi we świadczeniach wzajemnych stron.

Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Izby, w żadnym wypadku nie możemy mówić o naruszeniu przez Zamawiającego podstawowych zasad zamówień publicznych wyrażonych w art. 16 pkt 1-3 ustawy PZP, a co za tym idzie podniesiony zarzut przez Odwołującego jest niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu 3a dotyczącym waloryzacji, w ocenie Izby jest on zasadny. Izba na samym początku chciałaby wskazać, że nie jest związana żądaniami Odwołującego, a jedynie zarzutami, które częściowo pokrywają się zarzutami Odwołującego w sprawie o sygn. KIO 5028/24. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba nie będzie powielać argumentacji dotyczącej waloryzacji, która została opisana w sprawie o sygn. KIO 5028/24.

Ze względu na fakt, iż Izba w sprawie o sygn. KIO 5028/24 nakazała Zamawiającemudokonanie zmian w rozdziale VI ust. 4 pkt a, b i c SWZ oraz dokonanie zmiany w § 4 ust. 6 pkt 1 Wzoru umowy, żądania Odwołującego dotyczące wykreślenia postanowień dotyczących limitów waloryzacji, o których mowa w § 4 ust. 6 pkt 1 i 3 wzoru umowy, jak również postanowień § 4 ust. 12 wzoru umowy i postanowień ujętych w rozdziale VI ust. 4 SWZ, ewentualnie zwiększenie limitu rocznego i kwartalnego waloryzacji do 40%, Izba uznała je jako bezprzedmiotowe.

Niezależnie od powyższego, jedynie na marginesie Izba zważa, iż żądanie wykreślenia postanowień dotyczących limitów waloryzacji, ewentualnie zwiększenie limitu rocznego i kwartalnego waloryzacji do 40%, w ocenie Izby nie znajduje uzasadnienia prawnego (sprzeczność z art. 439 ust. 2 pkt 4 ustawy PZP) ani uzasadnienia ekonomicznego, doprowadzając w ocenie Izby do braku równowagi stron stosunku prawnego, przerzucając de facto na Zamawiającego znaczne ryzyko realizacji zamówienia publicznego.

Nie zmienia przy tym oceny Izby, opinia CAS przedłożona przez Odwołującego, która stanowi jedynie stanowisko strony (opinia prywatna).

Przechodząc do kolejnego zarzutu, tj. zarzutu 3b poprzez wprowadzenie przez Zamawiającego w § 5 pkt. 30 Wzoru Umowy wymogu zatrudniania przez Odwołującego wszystkich kierowców, dyspozytorów i pracowników służby nadzoru ruchu świadczących usługi na rzecz Operatora w okresie obowiązywania Umowy na podstawie umów o pracę, co stanowi zobowiązanie nadmierne i nieproporcjonalne w odniesieniu do uzasadnionego interesu Zamawiającego, jest w ocenie Izby niezasadny.

W pierwszej kolejności Izba zważa, iż zgodnie z art. 95 ust. 1 ustawy PZP,Zamawiający określa w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz.U. z 2023 r. oraz z 2024 r. i).

Izba zważa, iż z powyższej normy prawnej jednoznacznie wynika, iż podstawę prawną do określenia, czy czynności wykonywane przez pracowników wykonawcy polegają na wykonywaniu pracy, stanowi art. 22 § 1 Kodeksu pracy, który to określa konstytutywne cechy stosunku pracy, tj. wykonywanie pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy, wykonywanie pracy pod kierownictwem pracodawcy, w miejscu wyznaczonym przez pracodawcę i w czasie przez niego wyznaczonym, a pracodawca do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba doszła do przekonania, że specyfika pracy kierowców, pracowników obsługi technicznej czy nadzoru ruchu nosi wszystkie ww. cechy, wobec czego nie sposób uznać, iż osoby te nie są pracownikami w rozumieniu kodeksu pracy. Potwierdza powyższe m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 kwietnia 2017 r. o sygn. akt KIO 745/17, w którym Izba wskazała: *„nie ulega wątpliwości, że zatrudnienie kierowców regularnej komunikacji miejskiej, pracowników zaplecza technicznego bazy transportowej oraz dyspozytorów nosi cechy stosunku pracy. Z tych względów omawiany wymóg nie narusza art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, wynika wprost z imperatywnej dyspozycji art. 29 ust. 3a ustawy Pzp".*

Tym samym, wymóg Zamawiającego co do zatrudnienia kierowców, dyspozytorów i pracowników służby nadzoru ruchu świadczących usługi na rzecz Operatora na podstawie umowy o pracę, zważywszy na charakter i zakres planowanych usług, w ocenie Izby z całą pewnością nie stanowi naruszenia ani zasady proporcjonalności ani zasad współżycia społecznego.

Z tego też względu, w ocenie Izby zarzut ten jest niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu 3c, w którym to Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 353^1 k.c., 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 wprowadzenie w § 12 ust. 1 Wzoru Umowy nieograniczonej odpowiedzialności Operatora za wszelkie szkody powstałe w związku z wykonywaniem przez niego usług przewozowych stanowiących przedmiot zamówienia, co stanowi istotny wyjątek od ustawowego rozłożenia ryzyka szkody i prowadzi do nadmiernego rozszerzenia granic odpowiedzialności odszkodowawczej Operatora, jest w ocenie Izby niezasadny.

Izba zważa, iż Odwołujący w treści odwołania na stronie 29 w pkt 85 przytoczył niewłaściwą treść § 12 ust. 1 wzory

Umowy, wskazując, iż zgodnie z § 12 ust. 1 wzoru Umowy:
„1. Operator odpowiada za wszelkie szkody powstałe w związku z wykonywaniem przez niego usług przewozowych stanowiących przedmiot Umowy”, podczas gdy z dokumentacji postępowania wynika, iż § 12 ust. 1 wzoru Umowy brzmi:
„1. Operator odpowiada wobec osób trzecich, na zasadach ogólnych za wszelkie szkody powstałe w związku z wykonywaniem przez niego usług przewozowych stanowiących przedmiot Umowy.”
Biorąc powyższe pod uwagę, w świetle rzeczywistego brzmienia § 12 ust. 1 wzoru Umowy, w ocenie Izby cała argumentacja przedstawiona w uzasadnieniu odwołania jest bezzasadna.
Z tego też względu, zarzut ten jest niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu 3d, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 353^1 k.c. , 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 § 3 ust. 1 pkt 2) oraz § 18 ust. 1 Wzoru Umowy w sposób wyłączający odpowiedzialność Zamawiającego wobec Operatora z jakiegokolwiek tytułu oprócz obowiązku zapłaty wynagrodzenia, co prowadzi do nadmiernego zawężenia granic odpowiedzialności Zamawiającego sprzecznego z art. 473 § 2 k.c, jest w ocenie Izby niezasadny.
W pierwszej kolejności, odnosząc się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego § 3 ust. 1 pkt 2 wzoru Umowy ze wskazanymi powyżej przepisami ustawy PZP, Izba zważa, iż nałożony na wykonawcę obowiązek dostosowania pojazdów, którymi będą wykonywane przewozy, stanowi standardową klauzulę umowną zawieraną powszechnie w umowach przewozowych przez organizatorów publicznego transportu zbiorowego, a co nie było kwestionowane przez Odwołującego na rozprawie. W konsekwencji w ocenie Izby obowiązek dostosowania pojazdów do zmian wymogów wynikających z przepisów prawa ma charakter standardowego ryzyka związanego z realizacją kontraktu przewozowego obciążającego operatorów publicznego transportu zbiorowego.
Tym samym, nałożenie ww. obowiązku na wykonawcę, zdaniem Izby stanowi przejaw dopuszczalnego rozłożenia ryzyka wynikającego z realizacji umowy, w szczególności, że wykonawca nie ponosi jakiegokolwiek ryzyka związanego z liczbą przewożonych pasażerów oraz z wielkością sprzedaży biletów, na co zwrócił uwagę Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie. Poza tym, nie można również tracić z pola widzenia, iż niezależnie od popytu na usługi przewozowe, Zamawiający jest zobligowany do zlecenia wykonawcy zakładanej w Umowie rocznej liczby wozokilometrów, a czego zdaje się nie zauważać Odwołujący.
W związku z powyższym, rację ma Zamawiający, iż: „nałożenie na Wykonawcę obowiązku dostosowania pojazdów do ewentualnych zmian wymogów prawa w przyszłości, nie może zostać uznane za sprzeczne z przepisami Pzp i stanowi dopuszczalny podział ryzyka pomiędzy stronami umowy, a nadto jest przejawem normalnego ryzyka prowadzenia działalności gospodarczej po stronie Wykonawcy”.
W ocenie Izby, przywołana powyżej argumentacja znajduje pełne zastosowanie również do zarzutu naruszenia przepisów ustawy PZP poprzez treść nadaną § 18 ust. 1 wzoru Umowy. Należy bowiem zwrócić uwagę, iż wynagrodzenie wykonawcy mimo, że zostało ono ukształtowane jako stawka bazowa za wykonywane wozokm, ma de facto charakter ryczałtowy w ramach, którego zdaniem Izby powinny zostać uwzględnione podstawowe ryzyka prowadzenia działalności gospodarczej, takie jak dostosowania się do wprowadzanych w trakcie trwania umowy wymogów, w tym wynikających ze zmieniających się przepisów prawa, jak również w zakresie innym niż pojazdy, którymi świadczone będą usługi przewozowe.
Nie można również tracić z pola widzenia, iż Odwołujący jest profesjonalistą na rynku przewozowym, co w ocenie Izby skutkuje tym, iż prognoza rentowności świadczonych usług w przyszłości leży po stronie Wykonawcy a nie Zamawiającego.
Z tego też względu zarzut ten jest zdaniem Izby niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu 3e, w którym to Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 353^1 k.c., 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”, naruszający równowagę kontraktową stron, przerzucający na wykonawców niemożliwe do oszacowania ryzyka kontraktowe, poprzez wprowadzenie w załączniku nr 2 do wzoru Umowy [Procedury przekazywania informacji przez Operatora i dokonywania uzgodnień z Zamawiającym oraz dopuszczenia pojazdów i obiektów zaplecza technicznego] wyłączenia Systemu Pobierania Opłat za Przejazdy z katalogu niezgodności o charakterze masowym co oznacza nadmierne i nieproporcjonalne w odniesieniu do uzasadnionego interesu Zamawiającego zasadzającego się w należytej realizacji Zamówienia (publicznego) obciążenie wykonawcy konsekwencjami ryzyka, za którego wystąpienie wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, jest w ocenie Izby niezasadny.
Izba w pierwszej kolejności zważa, iż wykonawca w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, będzie zobowiązany do

wyposażenia i utrzymywania w należytym stanie oraz obsługi elementów Systemu Pobierania Opłat za Przejazdy. Będą to w szczególności kasowniki biletów umieszczone w pojazdach, umożliwiające skasowanie oraz weryfikacje ważności biletów sprzedawanych przez Zamawiającego.
Co istotne, jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, System Pobierania Opłat za Przejazdy jest „systemem krytycznym dla Zamawiającego, bowiem jego prawidłowe działanie umożliwia potwierdzanie wnoszenia opłat za przejazdy przez pasażerów", a „Wszelka nieprawidłowość w tym zakresie może uderzyć bezpośrednio w pasażera – brak możliwości wniesienia opłaty za przejazd (tj. skasowania biletu), a także w Zamawiającego poprzez ograniczenie przychodów z tego tytułu".
Tym samym, Izba doszła do przekonania, iż żądanie Odwołującego o włączenie do katalogu niezgodności o charakterze masowym Systemu Pobierania Opłat za Przejazdy byłoby w rzeczywistości przerzuceniem ryzyka na Zamawiającego. Należy bowiem zwrócić uwagę, iż wykluczenie usterki Systemu Pobierania Opłat za Przejazdy z kategorii usterek masowych ma przede wszystkim na celu zmobilizowanie wykonawcy do utrzymywania sprawności działania Systemu Pobierania Opłat za Przejazdy, jak również możliwie skuteczne i niezwłoczne usuwanie usterek.
Nie można również tracić z pola widzenia, iż w przypadku wprowadzenia wadliwego oprogramowania przez Zamawiającego, wykonawca nie będzie ponosi odpowiedzialności za skutki ewentualnych błędów w konfigurowaniu urządzeń Systemu Pobierania Opłat za Przejazdy wykonywanym przez Zamawiającego, a czego zdaje się nie zauważać Odwołujący.
Niezależnie od powyższego, Izba nie uznała za uzasadnione twierdzenia Odwołującego co do „cyberataków", ze względu na fakt, iż System ten jest system z lat 80, na co wskazywał Zamawiający na rozprawie, a tym samym skuteczność cyberataku na ten system jest w ocenie Izby mało prawdopodobny.
Biorąc powyższe pod uwagę, Izba w żadnym wypadku nie doszukała się naruszenia art. 433 pkt 2 ustawy PZP, czy też art. 439 ust. 1 ustawy PZP.
Z tego też względu zarzut ten jest w ocenie Izby niezasadny.
Odnośnie zarzutu 3f w zakresie wzoru na punktualność, jest on w ocenie Izby niezasadny.
W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Zamawiający wprowadził zmianę do pkt. 3.2. Załącznika nr 4 do wzoru umowy poprzez zastąpienie dotychczasowego brzmienia:
„2. Jako punktualny traktuje się odjazd, który ma miejsce nie wcześniej niż 60 sekund i nie później niż 239 sekund po zaplanowanej rozkładem jazdy godzinie, z uwzględnieniem wskaźnika swobody ruchu „R" na nowe brzmienie:
„3.2. Jako punktualny traktuje się odjazd określony w pkt. 3.1. a), dla którego oba cząstkowe współczynniki niepunktualności Po oraz Pp wyliczone zgodnie z metodologią określoną w pkt. 3.4., mają wartość równą 0. Jako punktualny traktuje się przyjazd określony w pkt. 3.1. b), dla którego cząstkowy współczynnik niepunktualności Po, wyliczony zgodnie z metodologią określoną w pkt. 3.4. ma wartość równą 0.".
W ocenie Izby zarzut Odwołującego, jakoby zniesienie tolerancji przyspieszeń odjazdów miało negatywny wpływ na Wykonawcę jest bezprzedmiotowy, ponieważ czas tolerancji stosowanej dotychczas dla odjazdów przed czasem, został dodany do tolerancji dla odjazdów opóźnionych.
Tym samym, sytuacja Wykonawcy nie uległa zmianie względem innych podmiotów, gdyż niezależnie od wartości wskaźnika E (0 lub 1), podstawowe okno czasowe dla kwalifikacji odjazdu jako punktualny, wynosi w każdym przypadku 300 sekund. Jednocześnie Izba zważa, iż dotychczas tolerancja obejmowała odjazd od 1 min przed czasem do 3 min po czasie, a w chwili obecnej podstawowa tolerancja to 0 min przed czasem do 4 min po czasie.
Izba również nie uznała za zasadny zarzut dotyczący stosowanie różnych systemów oceny punktualności, ze względu na to, jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie „zmiany takie są niezbędne z uwagi na zmienność uwarunkowań technologicznych, w których funkcjonuje komunikacja miejska oraz doświadczenia nabywane przez Zamawiającego". Izba powyższe twierdzenia Zamawiającego uznała jako racjonalne i logiczne.
W ocenie Izby, żądanie Odwołującego mające na celu utrzymanie możliwości odjazdów przed czasem, a także możliwość dalszego zwiększania dopuszczalnego przyspieszenia względem rozkładu, stanowi działanie sprzeczne z interesem pasażera transportu publicznego, na co słusznie zwrócił uwagę Zamawiający. Tym samym argumentacja Zamawiającego jest jak najbardziej prawidłowa, który wskazał, iż:„ Z perspektywy pasażera, sytuacja odjazdu autobusu przed czasem jest tożsama z brakiem odjazdu – a więc sytuacją, w której pasażer stawił się na przystanku np. 30 sekund przed rozkładowym odjazdem, a autobus już odjechał.".
Biorąc powyższe pod uwagę, Izba doszła do przekonania, iż nie ma podstaw do uznania żądań Odwołującego co do modyfikacji wzoru w zakresie wskaźnika E.
Nie można również tracić z pola widzenia, iż w szczególnych okolicznościach zaburzeń funkcjonowania komunikacji w zakresie całej sieci, Zamawiający może w stosunku do wszystkich pojazdów uruchomić zwiększoną tolerancję w zakresie przyspieszenia w celu przywrócenia normalnego trybu funkcjonowania komunikacji, a czego zdaje się nie zauważać Odwołujący.

Z tego też względu, zarzut ten jest w ocenie Izby niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu 3f w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 353^1 k.c., 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 w załączniku nr 4 do Wzoru Umowy [Zasady oceny i rozliczania autobusowych przewozów pasażerskich w zbiorowej komunikacji miejskiej nadzorowanej przez ZTM] poprzez (m.in.): wprowadzenie wygórowanych wysokości kar umownych (łączna kara umowna); dopuszczenie niedopuszczalnej kumulacji kary umownej; wprowadzenie kary umownej z tytułu niewykonania świadczeń pieniężnych; przewidzenia odpowiedzialności Operatora de facto na zasadzie ryzyka; brak wymaganej precyzji w kwalifikacji rodzaju uchybienia mającego skutkować obciążeniem wykonawcy (Operatora) karą umowną, jest w ocenie Izby niezasadny.

W pierwszej kolejności odnosząc się do zarzutu wprowadzenia rażąco wygórowanych kar oraz wniosku o wprowadzenie limitu dziennego, Izba zważa, iż art. 436 pkt 3 ustawy PZP nie narzuca Zamawiającemu dodatkowych wymogów w zakresie ustalenia limitu kar. W ocenie Izby, Zamawiający wprowadzając limit kar umownych czyni zadość wymaganiu określonemu w art. 436 pkt 3 ustawy PZP. Tym samym Zamawiający wprowadzając limit kar dopełnił wymogów ustawowych, a zatem w ocenie Izby zarzut naruszenia art. 436 pkt 3 ustawy PZP jest bezpodstawny.

Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Izby, nie sposób uznać, iż brak dodatkowego limitu dziennego będzie również przesądzał o wygórowanym charakterze zastrzeżonych kar przez Zamawiającego. Należy bowiem zauważyć, iż: „Wykonawca znając granicę dzienną kary za daną nieprawidłowość w świadczeniu usług mógłby kalkulować opłacalność jej ponoszenia z ewentualnymi kosztami usunięcia niezgodności ze szkodą dla jakości świadczenia usługi pasażerom", dlatego też zdaniem Izby brak jest zasadności wprowadzenia dodatkowego limitu dziennego.

Nadto Izba zważa, iż zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający konstruując kary umowne, może dowolnie sformułować postanowienia w zakresie kar umownych, zależnie od sytuacji faktycznej i swoich potrzeb. Jak słusznie zauważa Zamawiający, kara umowna pełni nie tylko funkcję odszkodowawczą, ale również stymulacyjną, dyscyplinującą wykonawcę do prawidłowego wykonania zamówienia. Przy czym, nie można również tracić z pola widzenia, iż ustanowienie przez Zamawiającego możliwości naliczania wysokich kar umownych nie ogranicza prawa wykonawcy do zwrócenia się do sądu powszechnego o dokonanie oceny, czy naliczona kara umowna będzie rażąco wygórowana, a czego zdaje się nie zauważać Odwołujący.

Tym samym, powyższe zarzuty są w ocenie Izby niezasadne.

Odnosząc się do zarzutu określenia wysokości kar w odniesieniu do stawki brutto, Izba zważa, iż w załączniku nr 4 do wzoru Umowy pt. „Zasady oceny i rozliczenia autobusowych przewozów pasażerskich w zbiorowej komunikacji miejskiej nadzorowanej przez ZTM", Zamawiający określił kary umowne związane z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem usług przewozowych, gdzie w pkt 4 w tabeli wskazano nieprawidłowości stanowiące podstawę do naliczenia kar oraz ich wysokość stanowiącą wielokrotność stawki za jeden wozokm brutto.

W ocenie Izby, wbrew twierdzeniom Odwołującego, 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.

W związku z powyższym, Izba nie znalazła podstaw dla przyjęcia do obliczania kar umownych stawki za wzkm netto, które w takim przypadku odnosiłyby się jedynie do części wynagrodzenia płatnego przez Zamawiającego. Tym samym rację ma Zamawiający, że: „Proponowany przez Odwołującego sposób obliczania kary, powodowałby jej oderwanie od oszacowanej szkody i zaburzał jej inne funkcje".

Nadto Izba zważa, iż Odwołujący twierdząc, że zastrzeżone kary umowne mają charakter wygórowany, żądając ich obniżenia, nie wskazał w treści odwołania uzasadnionych argumentów, nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów, które by potwierdzały wygórowany charakter zastrzeżonych kar umownych, o czym świadczy lakoniczne uzasadnienie określone w pkt 1 tabeli zawartej w odwołaniu (strona 36 odwołania).

Z tego względu zarzut ten jest w ocenie Izby niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu określenia otwartego katalogu przesłanek naliczania kar umownych, poprzez wprowadzenie przez Zamawiającego określeń „w szczególności", „między innymi" lub „m.in.", „itp.", „etc" i innych (tym podobnych), to Izba zważa, iż sam Odwołujący stosuje nomenklaturę podobną w zarzucie dotyczącym OSP1, domagając się wprowadzenia zapisu „ w tym", co już tylko z tego powodu w ocenie Izby zarzut ten jest bezpodstawny.

Niezależnie od powyższego, Izba nie popiera argumentacji Odwołującego, iż kary umowne określone w pkt 4 załącznika nr 4 do wzoru Umowy mają charakter niedookreślony. W ocenie Izby jest wręcz przeciwnie, ponieważ, jak słusznie zauważa Zamawiający „w dużej części kary sformułowano wprost jako określone uchybienie", wskazując przykładowo symbol TMW1 i TBK, w których wskazano opis nieprawidłowości i wartość kary.

W związku z powyższym, w ocenie Izby nie sposób uznać, iż przesłanki naliczania kar umownych zostały określone w sposób niejednoznaczny, czy też niejasny.
Z tego też względu zarzut ten jest w ocenie Izby niezasadny.
Izba teraz odniesie się do poszczególnych zarzutów ujętych w tabeli w pkt 4 Załącznika nr 4 do Wzoru umowy, w którym to załączniku nr 4 pt. „Zasady oceny i rozliczenia autobusowych przewozów pasażerskich w zbiorowej komunikacji miejskiej nadzorowanej przez ZTM" Zamawiający określił kary umowne związane z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem usług przewozowych.

PWY

Izba wskazuje, iż symbol PWY dotyczy wykroczenia służbowego pracownika operatora, a w ocenie Odwołującego zastrzeżona tam kara umowna jest niekonkretna. Izba nie zgadza się z powyższym poglądem Odwołującego.
W pierwszej kolejności Izba zważa, iż żądanie wykreślenia „niezameldowanie się kierowcy służbie nadzoru ruchu" (lit. h) jest w ocenie Izby niezasadne. Należy bowiem zwrócić uwagę, że wśród obowiązków określonych w § 5 pkt. 16 wzoru Umowy znajduje się odwołanie do konieczności przestrzegania obowiązków określonych w Załączniku nr 5 do wzoru Umowy, którego częścią jest załącznik nr 5.1 i który reguluje Tryb Sterowania Bezpośredniego (TSB).
Izba zważa, iż w opisie prowadzenia trybu TSB, w punkcie 1.2 Załącznika nr 5.1 do wzoru Umowy został wskazany obowiązek podporządkowania się kierującego poleceniom operatora prowadzącego TSB, w tym ZTM, tj.służbom nadzoru ruchu, gdzie jednym z elementów prowadzenia TSB może być konieczność zameldowania się kierowcy celem otrzymania dalszych poleceń co do realizacji rozkładu jazdy.
Biorąc powyższe pod uwagę, rację ma Zamawiający, iż: „Brak wypełnienia takiego obowiązku może mieć konsekwencje dla możliwości przewozu pasażerów", a co za tym idzie w ocenie Izby Zamawiający w takiej sytuacji jest jak najbardziej uprawniony do naliczania kary umownej.
Z kolei odnosząc się do zarzutu dotyczącego kary za odmowę udzielenia informacji dotyczącej punktualności kursowania (lit. p) oraz trasy kontrolowanego pojazdu z krańca (lit. v), Izba zważa, iż Zamawiający jako organizator publicznego transportu zbiorowego, jest zobowiązany do nadzoru nad funkcjonowaniem komunikacji miejskiej, w szczególności w zakresie jej punktualności.
Oznacza to, iż jednym z podstawowych aspektów nadzoru jest zbieranie informacji o przewozach oraz reagowanie na zaistnienie nieplanowanych okoliczności, a które to informacje,
służba nadzoru ruchu ZTM może pozyskiwać bezpośrednio od kierowców.
Co istotne, inspektorzy nadzoru ZTM są odpowiednio przeszkoleni ze szczególnym uwzględnieniem zasad bezpieczeństwa ruchu oraz zapewnienia bezpieczeństwa komunikacji, tym samym w ocenie Izby trudno sobie wyobrazić sytuację, w której inspektor ZTM domaga się od kierowcy przekazania informacji w sposób zagrażający bezpieczeństwu np. w czasie prowadzenia pojazdu, a czego zdaje się nie zauważać Odwołujący.
Z powyższych powodów, Izba nie znalazła również podstaw do wykreślenia lit. v. Nadto w ocenie Izby Odwołujący w żaden sposób nie wykazał „podwójnego karania", uzasadniając je jedynie jednym zdaniem.
Z tego też względu zarzut ten jest w ocenie Izby niezasadny.

OBA

Izba wskazuje, iż symbol OBA dotyczy uchybień w zakresie utrzymania liczby autobusów, którymi są świadczone usługi przewozowe, zgodnych z postanowieniami umowy, tj. posiadających certyfikat.
Izba w pierwszej kolejności zważa, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przewidział okoliczności wyłączające naliczenie kary m.in. *w przypadku konieczności przeprowadzenia napraw pojazdu, obejmujących uszkodzenia konstrukcji autobusu z przyczyn losowych (np. wypadek) – od 91 do 180 dnia braku certyfikowanego pojazd,* przy czym w ramach symbolu OBA Odwołujący domaga się dodatkowego rozszerzenia wskazanego wyłączenia na okres, w którym nieprawidłowości w zakresie wymaganej liczby autobusów stanowią następstwo okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności.
Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że obowiązek zapewnienia określonej liczby autobusów posiadających certyfikat, stanowi podstawowy obowiązek wykonawcy, a czego zdaje się nie zauważać Odwołujący. Z tego też względu, w ocenie Izby, żądanie Odwołującego
rozszerzenia zakresu wyłączeń jest nieuzasadnione. Trzeba bowiem mieć na uwadze, że przewidziana kara przez Zamawiającego ma przede wszystkim charakter stymulujący, dyscyplinując wykonawcę do prawidłowego wykonania zamówienia.
Nie można również tracić z pola widzenia, iż w sytuacjach typu, jak awarie, na wystąpienie których wykonawca nie mógł mieć wpływu, o ile to zostaje wykazane przez wykonawcę, Zamawiający uznaje za przyczynę losową, wskazaną w podpunkcie a), który umożliwia nienaliczanie kary OBA do 90 dni od zaistnienia takiej okoliczności.
Biorąc powyższe pod uwagę, zarzut ten jest w ocenie Izby niezasadny.

OSP1

Izba zważa, iż symbol OSP1 dotyczy niezgodności przekazywanych przez wykonawcę dokumentów mających wpływ na wysokość rozliczenia, przy czym Odwołujący wnosił o modyfikacje opisu przedmiotowego uchybienia poprzez wskazanie, iż sankcjonowana będzie jedynie niezgodność o charakterze istotnym. Izba nie zgadza się z powyższym poglądem Odwołującego.
Izba zważa, iż zgodnie z § 7 ust. 2 wzoru Umowy wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za rzeczywiście wykonane wozokilometry na zlecenie ZTM, zaś rozliczenie wykonywanych w ramach umowy wzkm, odbywa się w pierwszej kolejności na podstawie przygotowywanych przez wykonawcę dokumentów takich jak karty drogowe, które są podstawą dla ustalenia wysokości wynagrodzenia.
W ocenie Izby, obecny zapis „Stwierdzona przez ZTM niezgodność ze stanem faktycznym dokumentów sprawozdawczych, sporządzanych przez Operatora mająca wpływ na wysokość rozliczenia" jest zapisem precyzyjnym, zaś żądanie wprowadzenia przez Odwołującego słowa „istotna" niezgodność, prowadziłoby de facto do wprowadzenia postanowienia niedookreślonego, na co słusznie zwrócił uwagę Zamawiający na rozprawie.
W ocenie Izby, obecny zapis umożliwia naliczenie kary o tyle tylko, o ile wykazane przez Zamawiającego niezgodności będą skutkowały koniecznością zmiany ustalonego wynagrodzenia.
Z powyższych względów, zarzut ten jest zdaniem Izby niezasadny.

OSP2

Izba zważa, iż symbol OSP2 dotyczy braku rozliczenia strat w więcej niż w 5 kursach w skali miesiąca, gdzie Odwołujący podnosi zarzut rażącego wygórowania kary. Izba nie zgadza się z powyższym poglądem Odwołującego.
W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, aby kara tam wskazana miała charakter wygórowany.
Poza tym, w ocenie Izby, brak rozliczenia strat wozokilometrów (niewykonania) w więcej niż 5 kursach stanowi de facto o niestaranności Operatora w przygotowaniu dokumentacji sprawozdawczej, zwłaszcza biorąc pod uwagę art. 355 § 2 KC (podwyższona staranność profesjonalisty). Nie można również tracić z pola widzenia, iż 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.
Tym samym, Izba zgadza się z argumentacją Zamawiającego, że „prawidłowe rozliczenie świadczonych usług przewozowych ma dla Zamawiającego kluczowe znaczenie z punktu widzenia zasad wydatkowania środków publicznych wynikających z ustawy o finansach publicznych oraz dyscypliny finansów publicznych".
Z powyższych względów zarzut ten jest w ocenie Izby niezasadny.

OBS

Izba zważa, iż symbol OBS dotyczy braku wykazania sprzedaży biletów w automatach biletowych zainstalowanych w pojazdach należących do wykonawcy, gdzie Odwołujący podnosi zarzut rażącego wygórowania kary. Izba nie zgadza się z powyższym poglądem Odwołującego.
W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, aby kara tam wskazana miała charakter wygórowany.
Poza tym, w ocenie Izby, zmniejszenie kary może spowodować powstanie braków w raportowaniu sprzedaży, ze względu na zbyt niską wartość kary.
Tym samym, rację ma Zamawiający, że: „w efekcie będzie to skutkowało brakiem kompletności danych sprzedażowych i będzie prowadziło do niewłaściwego rozliczania sprzedaży biletów i uszczuplenie przychodów miasta st. Warszawy".
Z powyższych względów zarzut ten jest w ocenie Izby niezasadny.

OBR2

Izba zważa, iż symbol OBR2 dotyczy uchybień dotyczących rozliczania sprzedaży biletów w automatach biletowych zainstalowanych w pojazdach należących do wykonawcy, gdzie Odwołujący wskazuje, iż nieprzekazanie środków będzie stanowiło niedopuszczalne zastrzeżenie kary umownej za niewykonanie świadczenia pieniężnego. Izba nie zgadza się z powyższym poglądem Odwołującego.
Izba zważa, iż zgodnie z § 5 pkt 5 wzoru Umowy, wykonawca będzie zobowiązany 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.
Jednocześnie zgodnie z § 7 ust. 3 wzoru Umowy, 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.
Natomiast zgodnie z pkt 3.2. Załącznika nr 7, 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 powyższe postanowienia pod uwagę, w ocenie Izby, należy odróżnić obowiązek spełnienia świadczenia pieniężnego, od sytuacji określonej we Wzorach umów, gdzie Operator jedynie przyjmuje środki pieniężne należne Zamawiającemu i ma obowiązek przekazania ich w całości Zamawiającemu.

W ocenie Izby, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie można mówić o świadczeniu pieniężnym, tj. w rozumieniu zapłaty należnej Zamawiającemu od Operatora, a świadczeniu niepieniężnym, polegającej na pobieraniu od pasażerów należności za bilety i przekazywaniu ich w całości Zamawiającemu.

Tym samym, rację ma Zamawiający, iż: „Kara umowna została zastrzeżona zatem za niewykonanie czynności technicznej polegającej na nieprzekazaniu pobranych środków".

Z tego też względu, w ocenie Izby, zarzut ten jest niezasadny.

OBC3

Izba zważa, iż symbol OBC3 dotyczy zgłoszenia awarii centralnego systemu sprzedaży biletów po upływie okresu dłuższego niż 30 minut od jej powstania, gdzie Odwołujący wnosi o zmianę momentu ustalania wskazanego terminu na zgłoszenie od chwili wykrycia awarii, a nie od chwili jej powstania.

Izba zważa, iż aktualny stan techniki pozwala na implementowanie do systemów teleinformatycznych funkcji, które automatycznie monitorują poprawność ich działania, a tym samym zdaniem Izby brak jest przesłanek na dokonanie proponowanych zmian przez Odwołującego.

Niezależnie od powyższego, Izba nie zgadza się z Odwołującym, aby zapis „zgłoszenie awarii centralnego systemu sprzedaży biletów po upływie 30 minut od jej powstania" i określona tam kara umowna za każdy stwierdzony przypadek była oparta na zasadzie ryzyka. W ocenie Izby, zdaje się nie zauważać Odwołujący, że kara ta jest naliczana wyłącznie w przypadku, kiedy zgłoszenie awarii nastąpi po upływie 30 minut od jej powstania, a biorąc pod uwagę stan techniki pozwalający na automatyczne monitorowanie poprawności działania systemu, Odwołujący nie powinien mieć problemu ze zgłoszeniem awarii. Gdyby jednak Odwołujący zgłosił awarię po 30 minutach od jej powstania, poniósłby karę opartą na zasadzie winy, a nie jak sugeruje Odwołujący na zasadzie ryzyka.

Z tego też względu zarzut ten, jest w ocenie Izby niezasadny.

RRD

Izba zważa, iż symbol RRD dotyczy braku zaraportowania odjazdów z przystanków powyżej 10% w skali miesiąca, gdzie Odwołujący podnosi zarzut rażącego wygórowania kary. Izba nie zgadza się z powyższym poglądem Odwołującego.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, aby kara tam wskazana miała charakter wygórowany.

Niezależnie od powyższego, Izba zważa za Zamawiającym, iż kara ta stanowi dodatkową ochronę „dla ekstremalnych przypadków, gdyby przez brak automatycznego raportowania stopnia (jakości) realizowanej przez wykonawcę usługi na poziomie przynajmniej 90%, w zasadzie nie można by ocenić, czy usługa była wykonywana, czy była wykonywana zgodnie z warunkami umowy i w jakim zakresie może zostać rozliczona".

Nie można również tracić z pola widzenia, iż kara ta wynosi 100.000 zł za każdy stwierdzony przypadek (miesiąc), co stanowi nie więcej niż 2-3% miesięcznego przychodu wykonawcy, tym samym już tylko z tego powodu nie można twierdzić, że mamy do czynienia z rażąco wygórowaną karą.

Z powyższych względów, zarzut ten jest w ocenie Izby niezasadny.

RKWO

Izba zważa, iż symbol RKWO dotyczy kursu wadliwego, gdzie Odwołujący podnosi zarzut zasadności naliczenia kary za pierwszy kurs na danej brygadzie, żądając, aby w zapisie dotyczącym RKWO, zgodnie z którym „Kurs wadliwy o którym mowa w pkt. 2.3., będący pierwszym lub ostatnim kursem danej brygady (z wyłączeniem kursów, których rozkładowy czas trwania zawiera się w okresie obowiązywania TSB na linii)" zostało wykreślone słowo „brygady" i zastępując go słowem „linii".

W ocenie Izby, zarzut podnoszony przez Odwołującego jest zasadny. Zdaniem Izby, rację ma Odwołujący, który wskazywał na rozprawie, że brygada nie jest widoczna dla pasażera i że „linia" w rzeczywistości dotyka pasażera, a nie brygada. Dlatego też, w ocenie Izby, zasadne jest, aby wyższa sankcja była naliczana w sytuacji, która jest bardziej dotkliwa dla pasażera, tj. brak pierwszego lub ostatniego kursu danej linii.

Tym samym, Izba nie popiera argumentacji Zamawiającego, który stwierdził w odpowiedzi na odwołanie, iż „stosując w umowie wyższą sankcję za niezrealizowanie pierwszego lub ostatniego kursu danej brygady, zabezpiecza interes

pasażera komunikacji – poprzez zagwarantowanie, że kurs taki zostanie wykonany". Zdaniem Izby, zabezpieczenie interesu pasażera nastąpi wówczas, gdy odbędzie się pierwszy lub ostatni kurs danej linii, którą chce pasażer jechać.
Z powyższych względów zarzut ten jest w ocenie Izby zasadny.

RRC

Izba zważa, iż symbol RRC dotyczy niedostępności dla ZTM m.in. autobusu rezerwy czynnej, gdzie Odwołujący wnosił o wyłączenie naliczania kar w okresie pierwszych 30 minut od zaistnienia zdarzenia oraz wykreślenie wskazania RKW2.
Izba w pierwszej kolejności zważa, iż Zamawiający dokonał modyfikacji w zakresie litery c) w symbolu RRC, wykreślając wskazanie RKW2, co potwierdził Zamawiający na rozprawie.
W dalszej kolejności Izba zważa za Zamawiającym, iż w ramach konstrukcji tego uchybienia „przewidział sytuacje, w których wykonawca umowy z przyczyn od siebie niezależnych, 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. Zgodnie z zapisami Załącznika nr 4 do wzoru Umowy przez pierwsze 60 minut przy zdarzeniach losowych nie nalicza się uchybienia RRC".
Biorąc powyższe pod uwagę, Izba nie widzi uzasadnienia dla żądania nienaliczania kar umownych przez pierwsze 30 minut od zaistnienia zdarzenia, skoro załącznik nr 4 przewiduje takie wyłącznie i to w okresie dłuższym, tj. 60 minutowym.
Z powyższych względów, zarzut ten jest w ocenie Izby niezasadny.
Odnosząc się do zarzutu nr 3g, tj. naruszenia przez Zamawiającego w załączniku nr 6 do Wzoru Umowy [*Wymagania wobec kierowców i innych pracowników zatrudnianych przez Operatora do realizacji usług przewozowych*] poprzez (m.in.) przewidzenie przez Zamawiającego – dodatkowego, pozaustawowego – wymagania w celu potwierdzenia znajomości języka polskiego przez kierowców oraz pracowników służby zabezpieczenia ruchu do realizacji zadań zleconych przez ZTM stanowiącego wymaganie nadmierne, nieproporcjonalne w odniesieniu do uzasadnionego interesu Zamawiającego zasadzającego się w należytej realizacji Zamówienia (publicznego), jest w ocenie Izby niezasadny.
Izba zważa, iż w ramach powyższego zarzutu Odwołujący wnosił o dopuszczenie do realizacji usług przewozowych, bez wymaganego świadectwa znajomości języka polskiego osoby, które ukończyły szkoły lub uczelnie z językiem polskim jako wykładowym, żądając zmiany w Załączniku nr 6 do Wzoru umowy w ppkt. 1.1. lit. a) w następującym brzmieniu: „*a) znajomość języka polskiego co najmniej w stopniu A2 w skali Rady Europy, opisanej w dalszej części Załącznika, rozszerzoną o znajomość słownictwa i zwrotów typowych dla pracy kierowcy autobusu;* ***ww. wymaganie uważa się za spełnione w przypadku przedstawienia świadectwa ukończenia szkoły lub uczelni w Rzeczypospolitej Polskiej – zgodnie z art. 211 ust. 3 pkt. 2) ustawy z dnia 12 grudnia 2013 roku o cudzoziemcach (Dz.U.2024.769 t.j. z dnia 2024.05.21 ze zm.) lub szkoły lub uczelni z wykładowym językiem polskim za granicą – zgodnie z art. 211 ust. 3 pkt. 3) ww. ustawy****".*
W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż w Załączniku nr 6 do wzoru Umowy - Wymagania wobec kierowców i innych pracowników zatrudnianych przez Operatora do realizacji usług przewozowych, Zamawiający wymaga, aby kierowcy autobusów oraz pracownicy służby zabezpieczenia ruchu legitymowali się świadectwami znajomości języka polskiego co najmniej w stopniu A2 w skali Rady Europy. Jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie powyższy wymóg podyktowany jest względami bezpieczeństwa poprzez zapewnienie „niezakłóconego kontaktu wskazanych pracowników z dyspozytorami ZTM, służbami miejskimi oraz służbami państwowymi".
W związku z powyższym, w ocenie Izby, wymóg postawiony przez Zamawiającego polegający na przedstawieniu stosownego świadectwa wydawanego przez upoważnioną do tego instytucję jaką jest Państwowa Komisja do spraw Poświadczania Znajomości Języka Polskiego jako Obcego, jest jak najbardziej prawidłowy. Dlatego też, rację ma Zamawiający, iż: „Tak określony sposób weryfikacji znajomości języka polskiego, na podstawie dokumentu urzędowego, wyłącza w tym zakresie jakąkolwiek niepewność czy też uznaniowość".
Niezależnie od powyższego, Izba zważa, iż przypadku cudzoziemców, którzy ukończyli m.in: studia prowadzone w języku polskim albo szkołę ponadgimnazjalną, szkołę ponadpodstawową lub szkołę artystyczną realizującą kształcenie ogólne w zakresie liceum ogólnokształcącego, działającą w systemie oświaty Rzeczypospolitej Polskiej, oraz posiadają świadectwo dojrzałości, szkołę funkcjonującą w systemie oświaty innego państwa prowadzącą nauczanie języka polskiego i innych przedmiotów w języku polskim, oraz posiadają wykształcenie średnie,
istnieje możliwość otrzymania państwowego Certyfikatu Poświadczającego Znajomość Języka Polskiego jako Obcego (na poziomie B1 lub wyższym) wydanego przez Państwową Komisję do spraw Poświadczania Znajomości Języka Polskiego jako Obcego bez konieczności podchodzenia do państwowego egzaminu. Istotne jest przy tym to, że posiadanie ww. certyfikatu spełnia wymagania Zamawiającego zawarte w Załączniku nr 6 do wzoru Umowy w zakresie oceny kompetencji językowej, na co słusznie zwrócił uwagę Zamawiający na rozprawie, a czego zdaje się nie zauważać Odwołujący.
Konkludując, wymóg postawiony przez Zamawiającego w ocenie Izby jest uzasadniony potrzebami Zamawiającego i w

żadnym wypadku, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie stanowi postanowienia nadmiernego lub nieproporcjonalnego w stosunku do przedmiotu zamówienia.
Z tego tez względu zarzut ten jest zdaniem Izby niezasadny.
Odnosząc się do zarzutu nr 3h, tj. naruszenia przez Zamawiającego w załączniku nr 7 do Wzoru Umowy [*Warunki i zasady sprzedaży biletów w pojazdach*] poprzez (m.in.) niedopuszczalne przerzucenie na wykonawcę ryzyka ponoszenia dodatkowych kosztów w związku z realizacją Zamówienia, jest w ocenie Izby niezasadny.
Izba zważa, iż zarzut 3h dotyczy obowiązku wprowadzania przez wykonawcę na własny koszt zmian w urządzeniach Systemu Sprzedaży Biletów.
W pierwszej kolejności należy wskazać, iż zgodnie z wymogami zawartymi w dokumentacji postępowania, wykonawca będzie zobowiązany do zainstalowania w pojazdach, za pomocą których będzie świadczył usługi przewozowe, urządzeń zapewniających możliwość zakupu przez pasażerów określonych biletów komunikacji miejskiej (biletomaty mobilne).
Izba zważa za Zamawiającym, iż wykonawca z tytułu prowadzonej sprzedaży za pośrednictwem biletomatów mobilnych zainstalowanych w pojazdach wykonawcy otrzymuje „wynagrodzenie, składające się z dwóch czynników, tj. te które zostało skalkulowane w stawce przewozowej oraz w formie 2% prowizji od wartości każdej zrealizowanej transakcji".
Co istotne, a czego zdaje się nie zauważać Odwołujący, biletomaty mobilne należą do wykonawcy, co skutkuje w ocenie Izby tym, iż to właśnie na wykonawcy spoczywają wszelkie obowiązki związane z wprowadzaniem zleconych modyfikacji w ramach przyznanego wynagrodzenia, np. dokonanie zmian w urządzeniach Systemu Sprzedaży Biletów w wyniku zmiany taryfy przewozowej lub zasad wnoszenia opłat.
Nie można również tracić z pola widzenia, iż biletomaty zainstalowane w pojazdach będą prowadziły sprzedaż do końca okresu przejściowego, tj. do końca 2028 r., w związku z prowadzonym postępowaniem przez Zamawiającego na nowy system biletowy, co także potwierdził Zamawiający na rozprawie. W ocenie Izby, istotne jest przy tym także to, że po wprowadzeniu nowego systemu biletowego i zakończeniu okresu przejściowego obowiązek utrzymania urządzeń Systemu Sprzedaży Biletów będzie ograniczany, a czego zdaje się nie zauważać Odwołujący.

Z powyższych względów zarzut ten, zdaniem Izby jest niezasadny.
W konsekwencji, biorąc pod uwagę okoliczności niniejszej sprawy, w ocenie Izby niezasadny okazał się również zarzut nr 4 dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1-3 ustawy PZP.
Nadto, Izba zważa, iż pozostałe dowody wniesione przez Odwołującego nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w zw. z § 7 ust. 5 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając w sprawie o sygn. akt KIO 5028/24 kosztami postępowania Odwołującego w części 1/2 oraz Zamawiającego w części 1/2, natomiast w sprawie o sygn. akt KIO 5053/24 kosztami postępowania Odwołującego w części 9/10 oraz Zamawiającego w części 1/10.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: …….

.....

.....