

Sygn. akt: KIO 935/23, KIO 946/23, KIO 954/23

**WYROK**  
**z dnia 21 kwietnia 2023 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński  
Członkowie: Bartosz Stankiewicz  
Monika Szymanowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 17 i 18 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

I. w dniu 3 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. w Toruniu, sygn. akt: KIO 935/23,

II. w dniu 3 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę „Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz.” Sp. z o.o. w Grodzisku Mazowieckim sygn. akt: KIO 946/23,

III. w dniu 3 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę Mobilis Sp. z o.o. w Warszawie, sygn. akt: KIO 954/23,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zarząd Transportu Publicznego w Krakowie przy udziale:

– wykonawcy „Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz.” Sp. z o.o. w Grodzisku Mazowieckim przystępującego do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt: KIO 935/23 i KIO 954/23 po stronie odwołujących,

– wykonawcy Mobilis Sp. z o.o. w Warszawie przystępującego do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt: KIO 946/23 po stronie zamawiającego,

– wykonawcy Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. w Toruniu przystępującego do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt: KIO 954/23 po stronie odwołującego,

**orzeka:**

I. W przedmiocie odwołania sygn. akt: **KIO 935/23**:

1. umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutów wskazanych w pkt II. 3 a), II. 3 b), II. 3 d), II. 4 b), II. 4 d), II. 4 i), II. 5 a), II. 5 b) II. 5 d) oraz II. 8 odwołania;

2. uwzględnia odwołanie w zakresie:

2.1. zarzutu naruszenia art. 134 ust. 1 pkt 6 Pzp, art. 436 pkt 1 Pzp oraz art. 220 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 16 pkt 1-3 Pzp, poprzez określenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług datą kalendarzową na dzień 1 sierpnia 2024 r., który to termin jest niedostosowany, biorąc pod uwagę możliwą długość postępowania przetargowego oraz czas potrzebny do przygotowania się do świadczenia usług, a dodatkowo określenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług datą kalendarzową skutkuje niepewnością po stronie Wykonawcy co do długości okresu mobilizacji (czasu potrzebnego na przygotowanie się do świadczenia usług, między datą zawarcia umowy a 1 sierpnia 2024 r.), jak również poprzez określenie terminu zakończenia świadczenia usług datą kalendarzową do 31 lipca 2034 r. bez uzasadnionej przyczyny, co kreuje dodatkowe ryzyka po stronie Wykonawcy w kalkulacjach ofertowych i nakazuje zamawiającemu modyfikację postanowień dokumentów zamówienia poprzez oznaczenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług, z uwzględnieniem koniecznego okresu mobilizacji, tj. jako następującego 1 sierpnia 2024 r. lub 11 miesięcy od podpisania Umowy, zależnie od tego, które nastąpi później;

2.2. zarzutu naruszenia art. 431 Pzp, art. 433 pkt 1 i 3 Pzp, art. 436 pkt 2-3 Pzp w związku z art. 16 pkt 1-3 Pzp oraz art. 17 ust. 1 Pzp w zw. z art. 25 ust. 3 pkt 10-11 i pkt 22-23 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym oraz art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny („kc”) i art. 353<sup>1</sup> kc w związku z art. 8 ust. 1 Pzp, poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień w sposób rażąco naruszający równowagę kontraktową stron, przerzucający na wykonawców niemożliwe do oszacowania ryzyka kontraktowe, w tym wynikające z okoliczności niezależnych od wykonawcy i/lub zależnych od Zamawiającego, poprzez nieprecyzyjne lub rażąco niekorzystne dla wykonawców postanowienia Umowy,

sprzeciwiając się tym samym naturze stosunku zobowiązaniowego oraz zniechęcając wykonawców do składania ofert w Postępowaniu i ograniczając konkurencję, w zakresie ryzyka związanego z terminem rozpoczęcia i zakończenia świadczenia usług i nakazuje zamawiającemu modyfikację postanowień dokumentów zamówienia poprzez oznaczenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług, z uwzględnieniem koniecznego okresu mobilizacji, tj. jako następującego 1 sierpnia 2024 r. lub 11 miesięcy od podpisania Umowy, zależnie od tego, które nastąpi później oraz odpowiednio terminu zakończenia usługi,

2.3.zarzut naruszenia art. 95 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wymogu zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę kierowców autobusów (w wymiarze odpowiadającym co najmniej wymiarowi pracy tych osób przy realizacji umowy) i nakazuje zamawiającemu modyfikację postanowień dokumentów zamówienia poprzez wprowadzenie wymogu zatrudnienia na umowie o pracę kierowców autobusów;

3.oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

4.kosztami postępowania odwoławczego w części 1/5 obciąża zamawiającego Zarząd Transportu Publicznego w Krakowie i w części 4/5 obciąża wykonawcę Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. w Toruniu i:

4.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego:

- kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. w Toruniu tytułem wpisu od odwołania,

- kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wartości kosztów wynagrodzenia pełnomocnika wykonawcy Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. w Toruniu,

4.2.zasądza od zamawiającego Zarządu Transportu Publicznego w Krakowie, na rzecz wykonawcy Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. w Toruniu, kwotę w wysokości 3 720 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset dwadzieścia złotych zero groszy) stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami postępowania odwoławczego poniesionymi dotychczas przez Odwołującego, a kosztami postępowania za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

II.W przedmiocie odwołania sygn. akt **KIO 946/23**:

1.oddala odwołanie,

2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę „Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz.” Sp. z o. o. w Grodzisku Mazowieckim i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę „Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz.” Sp. z o. o. w Grodzisku Mazowieckim tytułem wpisu od odwołania

III.W przedmiocie odwołania sygn. akt **KIO 954/23**:

1.umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutów wskazanych w pkt 1.1), 1.8), 1.9), 1.10), 1.11), 1.12) oraz 1.14) odwołania;

2.uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenie przepisów art. 99 art. 436 pkt 1 w zw. z art. 16 Pzp poprzez określenie daty rozpoczęcia realizacji świadczenia usług poprzez konkretną datę dzienną, tzn. 1 sierpnia 2024 roku, co powoduje, że w przypadku opóźnień w rozstrzygnięciu niniejszego postępowania, wybrany wykonawca nie będzie posiadał niezbędnego czasu na przygotowanie się do świadczenia usług i nakazuje zamawiającemu modyfikację postanowień dokumentów zamówienia poprzez oznaczenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług, z uwzględnieniem koniecznego okresu mobilizacji, tj. jako następującego 1 sierpnia 2024 r. lub 11 miesięcy od podpisania Umowy, zależnie od tego, które nastąpi później;

3.oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

4.kosztami postępowania odwoławczego w części 1/7 obciąża zamawiającego Zarząd Transportu Publicznego w Krakowie i w części 6/7 obciąża wykonawcę Mobilis Sp. z o.o. w Warszawie i:

4.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego:

- kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Mobilis Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

- kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wartości kosztów wynagrodzenia pełnomocnika wykonawcy Mobilis Sp. z o.o. w Warszawie,
- 4.2.zasądza od zamawiającego Zarządu Transportu Publicznego w Krakowie na rzecz wykonawcy Mobilis Sp. z o.o. w Warszawie, kwotę w wysokości 2 657 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące sześćset pięćdziesiąt siedem złotych zero groszy) stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami postępowania odwoławczego poniesionymi dotychczas przez Odwołującego, a kosztami postępowania za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

.....

.....

**Sygn. akt: KIO 935/23**

**KIO 946/23**

**KIO 954/23**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Zarząd Transportu Publicznego w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie przewozów autobusowych w publicznym transporcie zbiorowym na sieci komunikacyjnej obejmującej obszar Miasta Krakowa i Gmin będących stronami zwartych Porozumień Międzygminnych”, numer referencyjny TE.26.1.2.2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 marca 2023 r., nr 2023/S 060-174316.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w aktach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

Wobec opublikowanej treści warunków zamówienia, Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”), w tym projektowanych postanowień umowy i załączników do niej (zwanej dalej: „Umową”) oraz treści ogłoszenia o zamówieniu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odwołania następujących wykonawców:

- A** w dniu 3 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu (dalej „Odwołujący Arriva”) – sygn. akt KIO 935/23;
- B** w dniu 3 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę „Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz.” Sp. z o. o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim (dalej „Odwołujący PKS Grodzisk”) – sygn. akt KIO 946/23
- C** w dniu 3 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę Mobilis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący Mobilis”) – sygn. akt KIO 954/23.

#### **Ad. A - Sygn. akt KIO 935/23**

Odwołujący Arriva wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego obejmujących zaniechanie przygotowania i prowadzenia Postępowania z należytą starannością, zgodnie z zasadami przejrzystości, proporcjonalności i efektywności, co w konsekwencji uniemożliwia poprawne sporządzenie i kalkulację oferty w Postępowaniu.

Odwołujący Arriva zarzucił w tym zakresie Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 134 ust. 1 pkt 6 PZP, art. 436 pkt 1 PZP oraz art. 220 ust. 1 pkt 2 PZP w związku z art. 16 pkt 1-3 PZP, poprzez określenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług datą kalendarzową na dzień 1 sierpnia 2024 r., który to termin jest niedostosowany, biorąc pod uwagę możliwą długość postępowania przetargowego oraz czas potrzebny do przygotowania się do świadczenia usług, a dodatkowo określenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług datą kalendarzową skutkuje niepewnością po stronie Wykonawcy co do długości okresu mobilizacji (czasu potrzebnego na przygotowanie się do świadczenia usług, między datą zawarcia umowy a 1 sierpnia 2024 r.), jak również poprzez określenie terminu zakończenia świadczenia usług datą kalendarzową do 31 lipca 2034 r. bez uzasadnionej przyczyny, co kreuje dodatkowe ryzyka po stronie Wykonawcy w kalkulacjach ofertowych;
- 2.art. 134 ust. 1 pkt 15 PZP, art. 138 PZP i art. 133 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 PZP, poprzez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert, uniemożliwiającego prawidłowe przygotowanie i oszacowanie oferty, nieuwzględniającego skali złożoności i skomplikowania przedmiotu zamówienia, ani faktu nieprzekazania wykonawcom wszystkich kluczowych informacji, co w konsekwencji oznacza brak respektowania zasady proporcjonalności, przejrzystości i uczciwej konkurencji;

3.art. 99 ust. 1 i ust. 4 PZP w związku z art. 16 pkt 1-3 PZP, art. 17 ust. 1-2 PZP oraz w zw. z art. 25 ust. 3 pkt 1-2 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym („Uptz”), i art. 4 ust. 1 lit. a) Rozporządzenia 1370/2007 , poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia („OPZ”) oraz warunków zamówienia dotyczących realizacji Umowy w sposób przejrzysty, jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w zakresie:

a) braku jednoznacznego wskazania czy zmiany parametrów, o których mowa w § 6 załącznika nr 2 do SWZ „Projektowane Postanowienia Umowy” (dalej „PPU” lub „Umowa”) i załączniku nr 1 do Umowy, wymagać będą zgody Wykonawcy, czy też będą jednostronną decyzją Zamawiającego;

b) zaniechania wprowadzenia limitu modyfikacji wielkości pracy przewozowej w okresie realizacji całej umowy (§ 6 ust. 4 Umowy);

c) bardzo szerokich i nieprecyzyjnych przesłanek umożliwiających stronom wypowiedzenie Umowy w przypadku „istotnego i uporczywego” naruszenia zasad Umowy lub niewypełniania określonych w niej obowiązków (§11 ust. 3 Umowy), co narusza także art. 433 pkt 3 PZP;

d) braku jednoznacznego wskazania, jaki charakter mają „kwoty pomniejszenia wynagrodzenia”, o których mowa w § 10 ust. 1 Umowy zgodnie z warunkami załącznika nr 8 do Umowy, w szczególności czy są to kary umowne w rozumieniu § 10 ust 7 Umowy, co narusza także art. 436 pkt 3 PZP;

e) nieopublikowania wraz z SWZ informacji kluczowych dla należytego przygotowania oferty w zakresie braku informacji o liniach, które będą obsługiwane w ramach Umowy lub przynajmniej ich zbiorczych parametrów eksploatacyjnych;

f) braku informacji na temat liczby zatrzymań na przystankach, wynikających z rozkładu jazdy dla każdego przystanku, przy jednoczesnym obciążeniu Wykonawcy obowiązkiem wnoszenia opłat na rzecz Gminy za korzystanie z przystanków komunikacyjnych i dworców (§ 7 ust. 4 lit q Umowy);

4.art. 431 PZP, art. 433 pkt 1 i 3 PZP, art. 436 pkt 2-3 PZP w związku art. 16 pkt 1-3 PZP oraz art. 17 ust. 1 PZP w zw. z art. 25 ust. 3 pkt 10-11 i pkt 22-23 Uptz oraz art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny („kc”) i art. 3531 kc w związku z art. 8 ust. 1 PZP, poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień w sposób rażąco naruszający równowagę kontraktową stron, przerzucający na wykonawców niemożliwe do oszacowania ryzyka kontraktowe, w tym wynikające z okoliczności niezależnych od wykonawcy i/lub zależnych od Zamawiającego, poprzez nieprecyzyjne lub rażąco niekorzystne dla wykonawców postanowienia Umowy, sprzeciwiając się tym samym naturze stosunku zobowiązaniowego oraz zniechęcając wykonawców do składania ofert w Postępowaniu i ograniczając konkurencję, w zakresie:

a) zaniechania wprowadzenia postanowień regulujących zasady rozpoczęcia świadczenia usług (tj. stopniowego, fazowego rozpoczynania świadczenia usług kolejnymi pojazdami);

b) wprowadzenia szeregu postanowień przewidujących ponoszenie przez Wykonawcę rażąco wygórowanej odpowiedzialności kontraktowej za spóźnione i niezrealizowane przewozy, dodatkowo skumulowanej z kilku podstaw umownych, tj. z pkt. I oraz pkt. II załącznika nr 8 do Umowy oraz § 10 ust. 3 Umowy i § 10 ust 4 Umowy;

c) określenia daleko idącego prawa do bardzo istotnego pomniejszenia wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zaistnienia okoliczności określonych w załączniku nr 8 do Umowy, pkt II;

d) określenia nieproporcjonalnie niekorzystnego maksymalnego limitu łącznego kar umownych w wysokości 30% wartości brutto całego zamówienia (§ 10 ust. 7 Umowy), jednocześnie powodującego wątpliwość co do obejmowania tym limitem pomniejszenia wynagrodzenia na zasadach określonych w załącznikach nr 7 i 8 do Umowy;

e) zaniechania wprowadzenia limitu łącznego kar umownych naliczanych w danym miesiącu realizacji zamówienia;

f) nałożenia na Wykonawcę znaczącego ryzyka związanego z brakiem płatności przez Zamawiającego, w którym to wypadku Wykonawcy przysługuje jedynie uprawnienie do odstąpienia od Umowy, bez możliwości domagania się zapłaty kary umownej;

g) ryzyka związanego z terminem rozpoczęcia i zakończenia świadczenia usług;

h) określenia wysokiej kary umownej – 5 % wartości netto całego zamówienia – obejmującej także okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, płatnej w bardzo ogólnie określonych w § 11 ust. 6 i 8 Umowy okolicznościach;

i) możliwości pomniejszenia wynagrodzenia Wykonawcy za przewozy wykonane nienależycie (opóźnione odjazdy) z przyczyn, za które Wykonawca nie odpowiada lub za które odpowiada Zamawiający;

5.art. 439 ust. 1-3 PZP w zw. z art. 3531 kc, art. 8 ust. 1 PZP art. 16 pkt 1- 3 PZP, art. 17 ust. 1 PZP, poprzez

ukształtowanie projektowanych postanowień Umowy w zakresie waloryzacji wynagrodzenia w sposób niejasny, niezrozumiały i nieprawidłowy, poprzez:

a) nieprecyzyjne odniesienia do wskaźników służących do określenia wartości waloryzacji (załącznik nr 10 do Umowy);

b) niejasne określenie zasad przeprowadzania pierwszej i kolejnych waloryzacji na zasadach określonych w § 8 ust. 8 Umowy oraz załączniku nr 10 do Umowy, ze względu na brak jednoznacznie wskazanych okresów waloryzacji (możliwość przeprowadzenia pierwszej waloryzacji w okresie do końca 2024 r. z mocą obowiązującą od 1 stycznia 2025 roku zgodnie z § 8 ust. 8 Umowy i załącznikiem nr 10 do Umowy, przy jednoczesnym zapisie o objęciu pierwszą waloryzacją okresu od kolejnego miesiąca po miesiącu, w którym upłynął termin składania ofert do 31 sierpnia 2024 r. - § 8 ust. 15 Umowy);

c) bezzasadne i niespójne ograniczenie możliwości waloryzacji wynagrodzenia wyłącznie do niewykonanej części umowy (§ 8 ust. 12 Umowy);

d) bezzasadne ograniczenie maksymalnego poziomu waloryzacji w całym okresie obowiązywania umowy do wysokości 200% stawek wynagrodzenia (§ 8 ust. 18 Umowy), co znacząco ograniczy możliwość korzystania z mechanizmu waloryzacji w późniejszych latach realizacji Umowy;

6.art. 99 ust. 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z uprzywilejowaniem wykonawcy realizującego obecnie kontrakt dla Zamawiającego, umożliwiając w § 11 ust. 8 Umowy posłużenie się przez pierwsze 18 miesięcy realizacji Umowy taborem używanym o gorszych jakościowo parametrach aniżeli wymagane w dalszych miesiącach realizacji Umowy oraz zaniechanie wprowadzenia postanowień regulujących zasady rozpoczęcia świadczenia usług (tj. stopniowego, fazowego rozpoczynania świadczenia usług kolejnymi pojazdami);

7.art. 95 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wymogu zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę kierowców autobusów (w wymiarze odpowiadającym co najmniej wymiarowi pracy tych osób przy realizacji umowy);

8.art. 99 ust 1 PZP w zw. z art. 5 ust. 1 lit. b) i c) rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (dalej „RODO”) poprzez wprowadzenie w załączniku nr 3.03 do Umowy, pkt. 22.2 wymogu wyposażenia Pojazdów w System Monitoringu Wizyjnego rejestrującego dźwięk, którego wykorzystywanie prowadzioby do naruszenia przepisów o ochronie danych osobowych ze względu na ryzyko nagrywania osób postronnych i przetwarzanie danych osobowych tych osób zbędnych dla celu;

9.art. 91 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP, poprzez zaniechanie podziału zamówienia na części pomimo braku obiektywnych podstaw do niedokonania podziału zamówienia na części oraz ograniczenia w ten sposób konkurencji w Postępowaniu.

Odwolujący Arriva wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania odpowiedniej zmiany treści SWZ (oraz odpowiednio treści ogłoszenia), w tym treści projektowanych postanowień Umowy, w następującym zakresie:

1. w zakresie pkt 1. oraz pkt 4.g) powyżej poprzez:

a) oznaczenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług, z uwzględnieniem koniecznego okresu mobilizacji, tj. jako następującego 1 sierpnia 2024 r. lub 11 miesięcy od podpisania Umowy, zależnie od tego, które nastąpi później;

b) oznaczenie okresu świadczenia usług jako 120 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług;

2.w zakresie pkt II.2. powyżej poprzez przesunięcie terminu składania ofert co najmniej do dnia 1 sierpnia 2023 r.;

3.w zakresie pkt II.3.a) powyżej, poprzez wyraźne wskazanie, że Wykonawca musi wyrazić zgodę na zmianę parametrów na zasadach określonych w § 6 Umowy;

4.w zakresie pkt II.3.b) powyżej poprzez wprowadzenie racjonalnego (względem wymaganego taboru) limitu zwiększenia wielkości rocznej pracy przewozowej w okresie obowiązywania całej Umowy;

5.w zakresie pkt II.3.c) powyżej poprzez usunięcie możliwości wypowiedzenia umowy w przypadku „istotnego i uporczywego” naruszenia zasad Umowy lub niewypełniania określonych w niej obowiązków (§ 11 ust. 3 Umowy), ewentualnie doprecyzowanie tych pojęć poprzez wskazanie określonych parametrów i wartości warunkujących prawo do wypowiedzenia umowy;

6.w zakresie pkt II.3.d) powyżej poprzez wyraźne wskazanie, że „kwoty pomniejszenia wynagrodzenia”, o których mowa w § 10 ust. 1 są karami umownymi w rozumieniu § 10 ust. 7 Umowy;

7.w zakresie pkt II.3.e) powyżej poprzez przekazanie uzupełnionego Załącznika nr 1 do Umowy na lata 2024 i 2025, tak aby obejmował on co najmniej 12 miesięcy kalendarzowych od rozpoczęcia realizacji zamówienia, przekazanie rozkładów jazdy dla linii określonych w Załączniku nr 1 do OPZ, określenie minimalnej średniej

- prędkości handlowej w trakcie trwania Umowy, maksymalnego udziału brygad szczytowych w strukturze zadań przewozowych, czasu obsługi od rozpoczęcia na krańcu początkowym do zakończenia dziennej pracy na krańcu końcowym oraz ilości przystanków;
- 8.w zakresie pkt II.3.f) powyżej poprzez uzupełnienie Załącznika nr 1 do Umowy o liczbę zatrzymań na przystankach oraz powiększenie miesięcznego wynagrodzenia Wykonawcy o wartość noty księgowej, o której mowa w § 7 ust. 4 lit. q Umowy;
- 9.w zakresie pkt II.4.a) i II.6 powyżej poprzez wprowadzenie procedury stopniowego i proporcjonalnego wprowadzania pojazdów do eksploatacji przez pierwsze 8 tygodni świadczenia usług, z uwzględnieniem dokładnego harmonogramu ustalonego przez strony przy podpisywaniu umowy;
- 10.w zakresie pkt II.4.b) powyżej, poprzez usunięcie uprawnienia Zamawiającego do zmniejszenia wynagrodzenia za niepunktualne i niezrealizowane kursy z pkt. II załącznika nr 8 do Umowy, oraz wykreślenie § 10 ust. 3 i 4 Umowy;
- 11.w zakresie pkt II.4.c) powyżej poprzez ograniczenie możliwości zmniejszania wynagrodzenia na podstawie pkt. II załącznika nr 8 do Umowy do możliwości zmniejszenia wynagrodzenia za maksymalnie jedno zdarzenie danego typu na danym kursie oraz odniesienie wysokości zmniejszenia wynagrodzenia do wynagrodzenia za określony kurs, na którym nastąpiło zdarzenie;
- 12.w zakresie pkt II.4.d) i II.4.e) powyżej poprzez wprowadzenie ograniczenia maksymalnej kwoty łącznej pomniejszenia wynagrodzenia (w rozumieniu załącznika nr 8 do Umowy) skumulowanej wraz z karami umownymi, adekwatnie do rentowności Umowy, tj. maksymalnie do wysokości 15% łącznego wynagrodzenia Wykonawcy za dany miesiąc;
- 13.w zakresie pkt II.4.f) powyżej poprzez wprowadzenie kary umownej płatnej Wykonawcy z tytułu odstąpienia od Umowy (§ 11 ust. 5 Umowy), w wysokości adekwatnej do ponoszonych nakładów i kosztów Wykonawcy, tj. co najmniej 15% wartości brutto zamówienia;
- 14.w zakresie pkt II.4.h) powyżej poprzez doprecyzowanie konkretnymi parametrami pojęć wskazanych § 11 ust. 6 i 8 Umowy („nieprzystąpienie do świadczenia usług w terminie określonym w § 2”, „brak taboru o parametrach określonych w załączniku nr 3 do niniejszej umowy” oraz „ograniczenie przewozów”), z uwzględnieniem braku odpowiedzialności Wykonawcy za okoliczności przez niego niezawinione; a także poprzez potwierdzenie braku kumulacji podstaw do naliczenia kary umownej na podstawie § 11 ust. 6 oraz 8 Umowy;
- 15.w zakresie pkt II.4.i) powyżej poprzez doprecyzowanie w Załączniku nr 2 do Umowy, że za odjazd punktualny uznaje się również odjazd niepunktualny z przyczyn, za które Wykonawca nie odpowiada lub Zamawiający ponosi odpowiedzialność (do przyczyn tych należą między innymi zakłócenia komunikacyjne powstałe w wyniku kongestii);
- 16.w zakresie pkt II.5.a) powyżej poprzez doprecyzowanie w Załączniku nr 10 oraz § 8 ust. 15 Umowy pojęć wskaźników wykorzystywanych do obliczenia podstawy waloryzacji wynagrodzenia:
- a) sposobu obliczenia oraz źródła danych do wyliczenia „Wskaźnika zmiany przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw”;
  - b) sposobu obliczenia oraz źródła danych do wyliczenia „Wskaźnika zmiany cen energii elektrycznej”;
  - c) sposobu obliczenia oraz źródła danych do wyliczenia „Wskaźnika zmiany cen paliwa gazowego”;
  - d) a także podanie przykładowych obliczeń na pierwszy i drugi okres waloryzacji i przedstawienie adresu strony internetowej na której znajdują się dane stanowiące podstawę do obliczenia wskaźników dla wszystkich rodzajów kosztów;
- 17.w zakresie pkt II.5.b) powyżej poprzez zmianę zasad pierwszej waloryzacji określonych w § 8 ust. 8 Umowy polegającą na wprowadzeniu spójnych zasad pierwszej waloryzacji, zakładających dokonanie pierwszej waloryzacji w oparciu o wskaźniki zmiany przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw, zmian cen paliw i energii elektrycznej we wrześniu 2024 r., w porównaniu do miesiąca poprzedzającego miesiąc składania ofert oraz skumulowany wskaźnik inflacji za okres od miesiąca składania ofert do września 2024 r.;
- 18.w zakresie pkt II.5.c) powyżej poprzez wykreślenie § 8 ust. 12 Umowy;
- 19.w zakresie pkt II.5.d) powyżej poprzez zwiększenie maksymalnego limitu waloryzacji określonego w § 8 ust. 18 Umowy, proporcjonalnie do okresu zamówienia, tj. co najmniej do wysokości 400% stawek wynagrodzenia określonych w § 8 ust. 5 Umowy;
- 20.w zakresie pkt II.6 powyżej poprzez wykreślenie § 11 ust. 8 Umowy;
- 21.w zakresie pkt II.7. powyżej poprzez dodanie do pkt. 3.3 SWZ oraz § 5 ust. 10 Umowy wymogu zatrudnienia na umowie o pracę również kierowców autobusów;
- 22.w zakresie pkt II.8 powyżej poprzez wykreślenie pkt 22.2 w załączniku nr 3.03 do Umowy;
- 23.w zakresie pkt II.9 powyżej poprzez nakazanie Zamawiającemu racjonalnego podziału zamówienia na co najmniej

2 pakiety;

- ewentualnie o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SWZ oraz ogłoszenia, w tym projektowanych postanowień Umowy, w inny sposób zapewniający zgodność z przepisami powołanymi w niniejszym odwołaniu oraz eliminujący naruszenia w nim opisane;

- ewentualnie nakazanie unieważnienia Postępowania na podstawie art. 256 PZP w zw. z art. 137 ust. 7 PZP z uwagi na wystąpienie okoliczności powodujących, że dalsze prowadzenie Postępowania jest nieuzasadnione, polegających na konieczności dokonania daleko idących zmian w treści SWZ, w tym projektowanych postanowień Umowy, w celu umożliwienia wykonawcom odpowiedniego przygotowania i złożenia ofert, a następnie wykonanie zamówienia.

W pierwszej kolejności Odwołujący Arriva zwrócił uwagę na znaczną wartość zamówienia, długi okres obowiązywania umowy, jak również doniosłość społeczną przedmiotu zamówienia sprawiają, że ze szczególną ostrożnością oraz starannością należy się do niego przygotować. Tytułem uwag wstępnych Odwołujący Arriva wskazał na wyrok TSUE z 10.05.2012 r., C-368/10, Komisja Europejska v. Królestwo Niderlandów, EU:C:2012:284, w którym wskazano, że *„specyfikacje techniczne powinny umożliwiać oferentom jednakowy dostęp do zamówienia i nie mogą powodować tworzenia nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień na konkurencję, muszą być dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić oferentom ustalenie przedmiotu zamówienia, a instytucjom zamawiającym udzielenie zamówienia, oraz powinny być jasno wskazane, aby wszyscy oferenci wiedzieli, jakie wymagania określone przez instytucje zamawiające należy spełnić”*.

Ponadto Odwołujący Arriva przywołał art. 4 ust. 1 lit a) Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1370/2007 z dnia 23 października 2007 r. dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70 (Dz.U. L 315 z 3.12.2007, s. 1–13), zgodnie z którym umowy o świadczenie usług publicznych jasno określają zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych, które ma wypełniać podmiot świadczący usługi publiczne, a także obszary geograficzne, których te zobowiązania dotyczą.

Ponadto Odwołujący Arriva przywołał art. 99 Pzp zgodnie z którym przedmiot zamówienia, opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, zaś zgodnie z art. 7 pkt 29 Pzp przez *„warunki zamówienia”* należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący Arriva wskazał, że opis winien obejmować wszelkie aspekty i czynności, jakich wykonania oczekuje zamawiający od przyszłego wykonawcy, w taki sposób, aby umożliwić mu rzetelne oszacowanie kosztów wykonania tego zamówienia, a co za tym idzie złożenie prawidłowej, obejmującej wykonanie całego wymaganego zakresu oferty. Na poparcie powyższego przywołano stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zgodnie z którym *„Precyzyjność opisu przedmiotu zamówienia ma kluczowe znaczenie dla prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ gwarantuje zarówno porównywalność ofert, jak i możliwość stosunkowo łatwej weryfikacji zgodności złożonych ofert ze specyfikacją. Wieloznaczność opisu czy braki w nim mogą powodować wadliwość ukształtowania cen ofert wykonawców, przez ich nieuzasadnione zawyżenie lub zaniżenie”* (wyrok z 6 czerwca 2018 r., KIO 980/18, KIO 983/18; wyrok z 13 grudnia 2019 r., KIO 2416/19). Ponadto przywołano uchwałę Izby z dnia 2 lipca 2019 r. (sygn. KIO/KD 45/19), w której stwierdzono, że *„sformułowany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia powinien dawać wykonawcom możliwość przygotowania oferty i obliczenia ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników na nią wpływających. Obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia ciąży więc na zamawiającym, a nie na wykonawcach, którzy nie mają obowiązku poszukiwania potrzebnych informacji dla przygotowania oferty z innych źródeł niż SIWZ. Opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych powinno umożliwiać wykonawcy bez żadnych wątpliwości i dodatkowych interpretacji zidentyfikowanie, z jakich elementów składa się zamówienie oraz co będzie kluczowe i niezbędne do jego prawidłowej realizacji”*.

Odwołujący Arriva podkreślił, że w art. 16 Pzp ustanawia się zasadę, według której zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami przejrzystości i proporcjonalności. Jednocześnie art. 17 Pzp stanowi, że zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót

budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów. Zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 19 listopada 2019 r. (sygn. KIO 2220/19) *sposób przygotowania dokumentów zamówienia oraz ich treść powinny odzwierciedlać zasadę przejrzystości, konkurencyjności, niezależnie od tego, czy będą dotyczyć opisu przedmiotu umowy, warunków realizacji umowy, kryteriów kwalifikacji, czy kryteriów wyboru oferty.*

W ocenie Odwołującego Arriva projektowane postanowienia umowne powinny rządzić się analogicznymi zasadami, być jasne, przejrzyste, niepodlegające arbitralnej ocenie czy zmianom. Zgodnie z art. 431 Pzp, zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy, temu zaś nie sprzyjają tej zasadzie klauzule przyznające dużą arbitralność Zamawiającemu oraz obciążające wszelkimi ryzykami wykonawcę. Natomiast art. 436 Pzp wprowadza obligatoryjne postanowienia umowy. Zgodnie z uzasadnieniem projektu ustawy Pzp, zasadniczym celem wskazanych regulacji jest *„ograniczenie negatywnego zjawiska wskazanego w Koncepcji prawa zamówień publicznych, tj. zbyt jednostronnego kształtowania postanowień umów przez zamawiających”* oraz *„wzmocnienie regulacji dotyczących fazy wykonania umowy”*. Ponadto Odwołujący Arriva wskazał na art. 433 Pzp określający tzw. klauzule abuzywne, został wprowadzony w celu ograniczenia praktyk zamawiających polegających na kształtowaniu postanowień umów w sposób zabezpieczający wyłącznie ich interesy bez należytego ich wyważenia z interesami wykonawców, zwłaszcza zakaz odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie lub okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający (art. 433 pkt 1 i 3 Pzp). Ponadto Odwołujący wskazał, że do postanowień umowy mają także zastosowanie naczelne reguły postępowania z art. 16 i 17 Pzp, zgodnie z którym umowy w sprawie zamówienia publicznego powinny być także interpretowane i rozstrzygane w oparciu o przepisy Kc, z wykorzystaniem instytucji cywilnoprawnych, w tym zakazu nadużywania prawa.

Znaczenie dla niniejszej sprawy ma również zdaniem Odwołującego Arriva art. 439 Pzp, statuujący obowiązek wprowadzania postanowień dotyczących waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w każdej umowie długoterminowej (w obecnej treści Pzp dla każdej umowy zawieranej na okres dłuższy niż 6 miesięcy), który to przepis ma na celu zapewnienie stanu równowagi ekonomicznej pomiędzy stronami umowy, którą zachwiać mogą określone zdarzenia w trakcie jej realizacji, zobowiązując do rozsądnego rozłożenia ryzyk gospodarczych będących następstwem zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia i zachodzących w toku jego realizacji. Potrzeba taka jest tym bardziej kluczowa dla kontraktu, którego okres realizacji będzie obejmował dziesięć lat, tak jak zamówienie stanowiące przedmiot niniejszego postępowania, w którym to czasie relewantne koszty stale ponoszone przez wykonawcę mogą ulec ciężkim do oszacowania, diametralnym zmianom.

W tym kontekście złożone odwołanie stanowi w ocenie Odwołującego Arriva przejaw dążenia do profesjonalnego przygotowania się do złożenia oferty oraz realizacji przewozów, który działa na zasadzie rachunku ekonomicznego, wobec czego ma prawo oczekiwać, że wymogi względem zakresu usług oraz sposobu rozliczeń będą jasne i klarowne. Odwołujący Arriva przywołał uzasadnienie wyrok Izby z dnia 19 grudnia 2021 r. (sygn. KIO 2864/21, KIO 2872/21), gdzie braki oraz niejasności w dokumentacji na usługi publicznego transportu kolejowego, skutkowały unieważnieniem postępowania w celu kompleksowego jej naprawienia, co obrazuje, iż opis przedmiotu zamówienia oraz zasady rozliczeń nie mogą powodować niejednoznaczności. Jak wskazano w ww. wyroku, *„przy tak skonstruowanym opisie przedmiotu zamówienia, jak i przy tak założonym rozkładzie ryzyk kontraktowych, faktyczny udział w postępowaniu mogliby wziąć wyłącznie wykonawcy dotychczas realizujący przewozy na rzecz zamawiającego, przy czym nawet w takiej sytuacji w ocenie Izby oferty tych wykonawców mogłyby nie być porównywalne”*. W przytaczanym wyroku Izba wskazała m.in., że:

- a) opis przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności, w której nie ma miejsca na niepewność wykonawcy co do oczekiwań zamawiającego – należy zagwarantować wykonawcy wiedzę niezbędną do należytego przygotowania oferty i wykonania zamówienia;
- b) nie jest rolą wykonawców poszukiwanie innych źródeł aniżeli SWZ informacji niezbędnych do przygotowania oferty,
- c) konieczność formułowania warunków kontraktowych w sposób jasny, zrównoważony z zachowaniem zasady przejrzystości i równowagi kontraktowej stron,
- d) brak stabilności zamówienia i szerokie przesłanki przedterminowego rozwiązania umowy naruszają Pzp.

W kontekście powyższego w ocenie Odwołującego Arriva w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia szeregu przepisów prawa.

Pierwsze ze wskazanych w odwołaniu naruszeń dot. terminu rozpoczęcia i zakończenia świadczenia usług (zarzut z pkt

II.1. oraz pkt II.4.g) odwołania). Zgodnie z pkt. 3.4 SWZ, świadczenie usługi rozpoczyna się w dniu 1 sierpnia 2024 r., która to data zdaniem Odwołującego Arriva jest niedostosowana do warunków realizacji zamówienia oraz czasu trwania postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, a także jest też sprzeczna z Komunikatem Komisji Europejskiej z dnia 29 marca 2014 r. w sprawie wytycznych interpretacyjnych w odniesieniu do rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego (Dz. Urz. UE 2014 C 92/1), zgodnie z którym *w celu zapewnienia potencjalnym oferentom sprawiedliwych i równych szans należy przewidzieć odpowiedni i racjonalny okres czasu między wszczęciem procedury przetargowej i terminem składania ofert, a także między wszczęciem procedury przetargowej i terminem, w którym rozpocząć się ma świadczenie usług transportowych*. Tymczasem zdaniem Odwołującego Arriva obecna, „sztywna” data rozpoczęcia świadczenia usług wiąże się z istnieniem znacznego ryzyka dla operatora. Nie jest bowiem przede wszystkim znana data zawarcia umowy stanowiącej przedmiot postępowania, co za tym idzie nie jest znany okres, jaki operator będzie mieć na przygotowanie się do świadczenia usług (czyli okres od dnia podpisania umowy do dnia rozpoczęcia świadczenia usługi). Wobec powyższego, termin rozpoczęcia świadczenia usług powinien być zdaniem Odwołującego Arriva odpowiednio dostosowany, gdyż abstrahując już od okoliczności, że przy kompleksowym zamówieniu jak stanowiące przedmiot postępowania sam okres pomiędzy złożeniem ofert a zawarciem umowy będzie wielomiesięczny, to złożony charakter tak dużego zamówienia na wieloletnie świadczenie usługi przewozu osób wymaga zapewnienia odpowiednio długiego okresu przygotowawczego. W szczególności Odwołujący Arriva wskazał, że w przypadku tego postępowania należy uwzględnić konieczność zakupu w okresie przygotowawczym 151 autobusów oraz zatrudnienia szacunkowo ok. 450 kierowców, przy czym czas dostawy autobusów to przynajmniej 8-10 miesięcy, a szkolenie kierowców potrwa min. 4-5 miesięcy, jednocześnie przy takiej skali zamówienia nie może być ono realizowane jednocześnie. Odwołujący zauważył, że Zamawiający wymaga jednocześnie szeregu pojazdów nisko i zero emisyjnych dla których przygotowanie zasilania może zająć nawet 36 miesięcy, a jednocześnie wybrany wykonawca musi się liczyć z ryzykiem naliczenia kary umownej określonej w § 11 ust. 6 PPU w wysokości 5% ceny netto całego, dziesięciorocznego zamówienia w przypadku nieprzystąpienia do realizacji Umowy w terminie. Tymczasem ogromne koszty związane z tak wielkim przedsięwzięciem uniemożliwiają złożenie zamówienia na pojazdy czy zatrudnienie personelu zawczasu, jeszcze przed zawarciem umowy na świadczenie usług.

Ponadto w ocenie Odwołującego Arriva określenie daty zakończenia realizacji usługi również poprzez datę kalendarzową nie ma obiektywnego uzasadnienia w świetle art. 436 pkt 1 Pzp, a ponadto kreuje znaczne ryzyko dla operatora, gdyż wykonawcy nie mają pewności co do rzeczywistego okresu świadczenia usług. Nawet bowiem przy „sztywnym” terminie rozpoczęcia świadczenia usług, postępowanie przetargowe (np. ze względu na procedury odwoławcze) może przewlec się tak dalece, że przesunięciu będzie musiał ulec termin rozpoczęcia świadczenia usług, co uniemożliwia to odpowiednią kalkulację kosztów np. okresu leasingu pojazdów, okresu amortyzacji inwestycji w zajezdnię, itp. W opinii Odwołującego Arriva zasadny jest zatem wniosek o zmianę terminu rozpoczęcia świadczenia usług na określony jako nie wcześniej niż 11 miesięcy od zawarcia umowy stanowiącej przedmiot Postępowania, a okresu świadczenia usług na określony jako 120 miesięcy od rozpoczęcia świadczenia usług.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał na naruszenie dot. terminu składania ofert (zarzut z pkt II.2 odwołania), który zgodnie z pkt. 10.1 SWZ, termin składania ofert wypada w dniu 4 maja 2023 r. Odwołujący zauważył, że zgodnie z normą określoną w art. 138 ust. 1 Pzp, termin składania ofert nie może być krótszy niż 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, zasadą jest jednak, aby zamawiający wyznaczając termin składania ofert uwzględnił złożoność i specyfikę przedmiotu zamówienia oraz czas niezbędny do ich przygotowania i złożenia. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 marca 2017 r., sygn. akt KIO 470/17, Odwołujący wskazał, że zbyt krótki termin składania ofert może stanowić o naruszeniu podstawowej zasady proporcjonalności, gdyż *Im bardziej skomplikowane w realizacji jest zamówienie, czyli przedsięwzięcie, które zamawiający zamierza zlecić do wykonania, tym dłuższy jest czas potrzebny na przygotowanie się przez wykonawcę do wzięcia udziału w postępowaniu. Wykonawca powinien mieć czas na dokładne zapoznanie się ze wszystkimi wymaganiami zamawiającego, sprawdzenie, czy spełnia warunki udziału w postępowaniu, przygotowanie do złożenia wymaganych dokumentów, ale też czas na nawiązanie relacji z potencjalnymi konsorcjantami, podwykonawcami czy dostawcami. Nierealne jest bowiem oczekiwanie, że w każdym przypadku wykonawca będzie mógł bez odpowiedniego przygotowania złożyć ofertę*. Odwołujący Arriva podkreślił jednocześnie, że na okres pomiędzy ogłoszeniem postępowania a terminem składania ofert przypadają Święta Wielkanocne, jak i tzw. „długi weekend majowy”, a wykonawca musiał w tym okresie skalkulować swoją ofertę – w sposób rzetelny, niebudzący wątpliwości – na zamówienie, które uwzględniając waloryzację stawek w trakcie trwania umowy może być warte blisko 2 miliardy złotych, nawet zatem niewielka pomyłka w obliczeniu może oznaczać wielomilionowe straty dla wykonawcy.

Odwołujący Arriva podkreślił, że w celu prawidłowej kalkulacji oferty konieczne jest uzyskanie oferty od dostawców:

- autobusów (wartość ok. do 400 milionów złotych) - gdzie wszyscy wiodący producenci są dużymi

międzynarodowymi korporacjami i przy tej wartości kontraktu przygotowanie oferty może zająć ponad miesiąc czasu od momentu kiedy zostaną wyjaśnione wszelkie wątpliwości techniczne,

- instytucji bankowych i finansowych - gdzie przy tej wartości inwestycji, będzie to wniosek rozpatrywany na najwyższym poziomie organizacji, co może zająć nawet dwa miesiące czasu,
- właściciela nieruchomości, na której zostanie zlokalizowane zaplecze techniczne – obsługa 151 pojazdów wymaga dużego terenu, dla którego trzeba opracować projekt zagospodarowania terenu,
- paliw i energii elektrycznej, oraz dostawców rozwiązań technologicznych umożliwiających zasilanie pojazdów.

Powyższe oferty powinny podlegać negocjacom w celu uzyskania optymalnej ceny i warunków zakupu, zaś negocjacje takie prowadzi się z reguły z kilkoma partnerami i w związku z tym dodatkowo wymaga to czasu (czasami przy większych kontraktach z jakim mamy tu do czynienia trwa to ponad 2 miesiące). Ponadto wyżej opisane negocjacje mają charakter rekurencyjny – ze względu na mnogość rozwiązań oraz potencjalnych ograniczeń technologicznych zidentyfikowanych w toku rozmów mogą być wielokrotnie powtarzane ze względu na konieczność aktualizacji oferty.

Odwołujący Arriva podniósł ponadto, że Zamawiający dodatkowo, zgodnie z pkt. 5.1.8 SWZ, wymaga złożenia wraz z ofertą opisu koncepcji zasilania pojazdów zawierającego szczegółowe informacje dotyczące planu realizacji zamówienia, takie jak opis koncepcji zasilania pojazdów, infrastruktura zasilania, a takiego rodzaju dokument nie może całkowicie abstrahować od specyficznych warunków realizacji zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania i wymaga przede wszystkim analizy parametrów eksploatacyjnych zamówienia oraz analizy i wyboru lokalizacji zajezdni, ta bowiem wpływać będzie na dalsze możliwości innych rozwiązań. Następnie konieczna będzie w szczególności weryfikacja dostępnych parametrów przyłączy energii elektrycznej i/lub gazu ziemnego w potencjalnym zapleczu technicznym (parametry przyłączy określone są Operatorem Sieci Dystrybucyjnej/Operatorem Systemu Dystrybucyjnego), zweryfikowanie możliwości zastosowania różnych rodzajów ładowania (moc maksymalna ładowania) i dobranie odpowiednich baterii lub zbiorników w pojeździe. Kwestie te muszą również uwzględniać specyfikacje techniczne w ramach otrzymanych ofert od producentów autobusów, gdyż zdaniem Odwołującego Arriva na każdym etapie przygotowania koncepcji, zidentyfikowane mogą zostać różnego rodzaju ograniczenia co powoduje konieczność powrotu do wcześniejszego etapu prac. Tym samym przygotowanie takiej koncepcji realistycznie zająć może co najmniej 3 miesiące. Ponadto Odwołujący Arriva zauważył, że Zamawiający w SWZ nie wskazuje konkretnie na jakich liniach będą operowały autobusy co dodatkowo bardzo utrudnia opracowanie koncepcji dla autobusów z napędem elektrycznym – plug-in czy z pantografem. W świetle powyższego, w ocenie Odwołującego Arriva obecny termin składania ofert nie może się ostać i powinien zostać przedłużony przynajmniej do dnia 1 sierpnia 2023 r.

Kolejny z zarzutów dotyczył wieloznacznego sformułowania zasad zmian wielkości pracy przewozowej i innych parametrów świadczonych usług (pkt II.3.a) odwołania). W § 6 PPU, Zamawiający sformułował zasady zmian w zakresie parametrów świadczonych usług w toku realizacji zamówienia. Zdaniem Odwołującego Arriva w kontekście całości tego paragrafu nie jest jednak jasne, czy zmiany te wprowadzane są na podstawie jednostronnej decyzji Zamawiającego, czy też na podstawie obustronnego porozumienia Wykonawcy i Zamawiającego. Z jednej bowiem strony, ust. 3 i 4 wskazuje na określanie przez Zamawiającego zmian parametrów eksploatacyjnych, a ust. 5 wskazuje na możliwość wprowadzenia zmian po pisemnym zawiadomieniu Wykonawcy na co najmniej dwa tygodnie przed terminem ich wprowadzenia, jedynie w krótszym okresie (w nieprzewidzianych wypadkach) zakładając wzajemne porozumienie stron. Jednocześnie jednak ust. 7 zakłada wprowadzanie ww. zmian w formie aneksu, a jedynie w szczególnych przypadkach pozwala na ich wprowadzanie na pisemne polecenie Zamawiającego. W ocenie Odwołującego Arriva PPU jest zatem w tym zakresie niespójna i wymaga doprecyzowania, w przeciwnym wypadku znacznie utrudniając kalkulację ofertową, gdyż zakładane parametry eksploatacyjne, w szczególności zakładany wolumen pracy przewozowej, mają bowiem kluczowe znaczenie dla określenia stawki za wozokilometr. Zasadnym jest zatem zdaniem Odwołującego Arriva wniosek o wprowadzenie zmiany PPU poprzez wprowadzenie generalnego obowiązku wyrażenia przez Wykonawcę zgody na zmianę parametrów eksploatacyjnych w przypadkach określonych w § 6 PPU – w przeciwnym bowiem wypadku zachodzić będzie wątpliwość co do podstawowych parametrów niezbędnych do prawidłowego przygotowania oferty.

Kolejny zarzut wskazywał na ograniczenia wzrostu pracy przewozowej w całym okresie realizacji zamówienia (pkt II.3.b) odwołania). W tym kontekście Odwołujący Arriva wskazał, że zgodnie z § 6 ust. 4 lit. b) PPU, Zamawiający przewiduje możliwość corocznego ograniczenia wzrostu wielkości pracy przewozowej do wysokości nie większej niż 10% w stosunku do poprzedniego roku kalendarzowego, brakuje jednak ograniczenia takiego wzrostu w stosunku do okresu całej Umowy. O Odwołujący Arriva zauważył, że o ile jest to zjawisko korzystne dla wykonawców (im wyższa wielkość pracy przewozowej, tym niższe są koszty, które należy wziąć pod uwagę do stawki za wozokilometr), to kreuje to poważne wątpliwości na gruncie kalkulacji stawki za wozokilometr na potrzeby oferty. Nie jest bowiem jasne, jak potencjalnie duży wzrost wielkości pracy przewozowej należy przyjąć na potrzeby kalkulacji oferty, gdyż coroczne zwiększanie wielkości pracy przewozowej o 10% może prowadzić do skrajnych wielkości. Zasadnym jest zatem w ocenie Odwołującego Arriva, w celu umożliwienia właściwej kalkulacji ofert przez zainteresowanych wykonawców,

określenie w umowie maksymalnego limitu wzrostu wielkości pracy przewozowej w okresie realizacji całej Umowy i o ustanowienie takiego limitu w racjonalnej wysokości względem posiadanego przez Wykonawcę taboru np. 20%. Ponadto Odwołujący Arriva podkreślił, że do wykonania zamówienia zostaną wykorzystane autobusy o napędzie nisko lub zeroemisyjnym, które posiadają ograniczenia technologiczne – przede wszystkim czas ładowania lub tankowania i maksymalny zasięg - uniemożliwiające nieograniczone zwiększanie przejeżdżanych przez nie liczby kilometrów, zatem wykonawca musi posiadać informacje, o maksymalnej możliwej pracy eksploatacyjnej pojazdów aby przyjąć odpowiednie założenie dotyczące wyposażenia pojazdów (pojemność zbiorników lub baterii) oraz infrastruktury zasilania.

W dalszej kolejności Odwołujący Arriva postawił zarzut dot. nieprecyzyjnych przesłanek wypowiedzenia umowy w § 11 ust. 3 Umowy (pkt II.3.c) odwołania). Zgodnie z §11 ust. 3 Umowy, w przypadku, gdy jedna ze stron umowy, mimo poczynionych ustaleń opisanych w ust. 2, dalej narusza w sposób istotny i uporczywy zasady w niej określone lub nie wypełnia określonych w niej obowiązków, druga strona może wypowiedzieć umowę za 3 miesięcznym wypowiedzeniem na koniec miesiąca kalendarzowego. Jak zostało wskazane w przywołanym uprzednio przez Odwołującego Arriva orzeczeniu KIO 2864/21, KIO 2872/21, brak stabilności zamówienia i szerokie przesłanki przedterminowego rozwiązania umowy stanowią naruszenie PZP, zaś biorąc pod uwagę szeroki zakres rozmaitych obowiązków spoczywających na Wykonawcy na podstawie Umowy, jak również ocenny charakter „istotnego i uporczywego” naruszenia Umowy, §11 ust. 3 Umowy w ocenie Odwołującego Arriva w sposób zdecydowanie zbyt ogólny i nieprecyzyjny zakreśla przesłanki pozwalające na wypowiedzenie tak kompleksowej Umowy jak stanowiąca przedmiot niniejszego postępowania. To zdaniem Odwołującego Arriva uzasadnia wniosek o nakazanie usunięcia lub doprecyzowania §11 ust. 3 PPU poprzez wskazanie określonych parametrów i wartości warunkujących prawo do wypowiedzenia umowy.

W zakresie kolejnego z zarzutów (pkt II.3.d) odwołania) dot. braku jasności, czy „kwoty pomniejszenia wynagrodzenia”, o których mowa w § 10 ust. 1 PPU zgodnie z warunkami załącznika nr 8 do Umowy są karami umownymi w rozumieniu § 10 ust 7 PPU, Odwołujący Arriva wskazał na niejednoznaczność zapisów w tym zakresie. Odwołujący Arriva wskazał, że Umowa w jednym miejscu posługuje się pojęciem “kwot pomniejszenia” (§ 10 ust 2 PPU) lub “pomniejszeniem wynagrodzenia” (§ 10 ust. 1 PPU) lub tylko pojęciem “kwot” (§ 10 ust 6 PPU), a w innym pojęciem kar umownych (np. § 10 ust 3 i § 10 ust 4 PPU). Jednocześnie w § 10 ust 3 i § 10 ust. 4 PPU pojęcia “pomniejszenia wynagrodzenia, określone w ust 1” są zestawione z pojęciem kary umownej. Posłużenie się różnymi określeniami zdaniem Odwołującego Arriva budzi wątpliwości odnośnie charakteru kwot potrącanych na podstawie załącznika nr 8 do umowy, w zakresie tego czy są to kary umowne, a tym samym czy są objęte zasadą z § 10 ust 7 PPU. Dodatkowo, w załączniku nr 8 do Umowy pojęcie kary umownej pojawia się tylko w pkt II, natomiast nie jest jasne, czy pomniejszenie wynagrodzenia wg wskaźników z pkt I Załącznika nr 8 do Umowy (punktualność i niezawodność) stanowi karę umowną. Prowadzi zdaniem Odwołującego Arriva do wątpliwości co do zakresu ryzyka spoczywającego na Wykonawcy, które powinno zostać w kalkulowane w cenę ofertową. Jednocześnie Odwołujący Arriva wskazał, że wyłączenie „pomniejszenia wynagrodzenia” w wyżej wskazanym rozumieniu z pojęcia kary umownej w świetle Umowy prowadzić będzie do nieobjęcia go limitem kar umownych przewidzianych w umowie, a w konsekwencji tego określeniem, z naruszeniem art. 436 pkt 3 PZP, rażąco wysokich sankcji umownych za przypadki nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę.

W dalszej kolejności postawione zostały zarzuty dotyczące braku informacji kluczowych dla należytego przygotowania oferty (pkt II.3.e) i II.3.f) odwołania). W ocenie Odwołującego Arriva Zamawiający uniemożliwia wykonawcom należyte przygotowanie oferty z uwagi na nieopublikowanie wraz z SWZ informacji kluczowych do jej prawidłowego przygotowania w zakresie informacji o liniach, które będą obsługiwane w ramach Umowy lub przynajmniej ich zbiorczych parametrów eksploatacyjnych. Zamawiający bowiem w sposób bardzo ogólny określa parametry eksploatacyjne które zgodnie z ust. 2 Załącznika nr 1 do SWZ zostały wyszczególnione w załączniku nr 1 do OPZ, a Załącznik nr 1 do Umowy który zgodnie z zapisami § 6 ust. 1 Umowy stanowi zakres szczegółowy przewozów nie posiada żadnych danych, nawet na pierwsze 12 miesięcy świadczenia usług. Z kolei Załącznik nr 1 do OPZ obejmuje swoją treścią jedynie informacje o trasach przejazdu, częstotliwości kursowania linii i orientacyjną liczbę pojazdów do obsługi linii. Takie określenie parametrów eksploatacyjnych zdaniem Odwołującego Arriva nie pozwala na obliczenie liczby kierowców potrzebnych do świadczenia usług ani struktury brygad co jest kluczowym parametrem wpływającym na koszt świadczenia usługi przewozu osób, gdyż tym celu konieczna jest przekazanie uzupełnionego Załącznika nr 1 do Umowy na lata 2024-2025, tak by obejmował on co najmniej 12 miesięcy kalendarzowych od rozpoczęcia realizacji zamówienia, przekazanie rozkładów jazdy dla linii określonych w Załączniku nr 1 do OPZ, określenie minimalnej średniej prędkości handlowej w trakcie trwania Umowy, maksymalnego udziału brygad szczytowych w strukturze zadań przewozowych, czasu obsługi od rozpoczęcia na krańcu początkowym do zakończenia dziennej pracy na krańcu końcowym oraz ilości przystanków.

Dodatkowo, Odwołujący Arriva podniósł, że Zamawiający nie przekazując rozkładów jazdy, nie poinformował też o liczbie zatrzymań na przystankach, pomimo tego, że koszty tych zatrzymań mają obciążać Wykonawcę, a przy braku

tych informacji, wykonawcy nie są w stanie skalkulować wysokości opłat jakie będzie musiał ponosić na rzecz Gminy Miasta Kraków za korzystanie z przystanków komunikacyjnych i dworców (§ 7 ust. 4 lit q Umowy PPU). Jednocześnie biorąc pod uwagę, że w przeciągu trwania kontraktu mogą nastąpić zmiany w liniach na których operuje wykonawca, rozkłady jazdy mogą się zmienić, jak również Gmina Miasto Kraków może zmienić wysokość opłaty jednostkowej za jedno zatrzymanie, w ocenie Odwołującego Arriva wydaje się właściwe aby Zamawiający pokrywał te koszty wykonawcy 1:1 na zasadzie rekompensaty.

Kolejny z postawionych zarzutów dotyczył braku postanowień dot. stopniowego wprowadzania autobusów (pkt II.4.a), II.6 odwołania). Odwołujący Arriva wskazał, że Umowa nie zawiera żadnych postanowień regulujących zasady rozpoczęcia świadczenia usług (tj. stopniowego, fazowego rozpoczynania przewozów za pomocą kolejnych pojazdów), podczas gdy nie jest realistycznym, by tego samego dnia rozpocząć przejazdy wszystkimi 151 autobusami – sformułowanie takiego wymogu jest na skraju żądania świadczenia niemożliwego, a niewątpliwie wymagałoby to zaangażowania gigantycznych zasobów ludzkich. Jednocześnie zdaniem Odwołującego Arriva brak fazowania autobusów jest rozwiązaniem preferującym przede wszystkim wykonawcę realizującego obecnie przewozy dla Zamawiającego, który posiada już wdrożone 85 pojazdów spełniających warunki Zamawiającego w dniu rozpoczęcia świadczenia usług (a zatem tego samego dnia wdrożyć musiałby mniej niż połowę autobusów w porównaniu do innych wykonawców). Co za tym idzie, zasadnym jest według Odwołującego Arriva wprowadzenie postanowień umożliwiających wykonawcy stopniowe wprowadzanie autobusów do eksploatacji zakładających wdrażanie autobusów w okresie ośmiu tygodni po rozpoczęciu realizacji zamówienia, co jest w jego ocenie standardem rynkowym przy tak rozległych zamówieniach.

W dalszej części odwołania postawiony został zarzut dotyczący ponoszenia przez Wykonawcę rażąco wygórowanej, skumulowanej odpowiedzialności kontraktowej – (pkt II.4.b odwołania). Zgodnie z § 10 ust. 3 Umowy, wykonanie usług w zakresie mniejszym niż ustalono w niniejszej umowie z przyczyn, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność, będzie podstawą do obciążenia Wykonawcy karą umowną stanowiącą iloczyn 100% stawki jednego wozokilometra i niewykonanej pracy przewozowej wyrażonej w wozokilometrach (dotyczy także kursów nieusprawiedliwionych niezarejestrowanych w systemie automatycznej kontroli realizacji rozkładu jazdy). Następuje to niezależnie od pomniejszenia wynagrodzenia określonego w ust. 1, który z kolei odsyła w tym zakresie do załączników nr 7 i 8 do Umowy. Pkt. I załącznika nr 8 do Umowy przewiduje pomniejszenie wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu punktualności i realizacji kursów, co następować ma w drodze zmniejszenia wynagrodzenia w oparciu o dane z systemu realizacji pracy przewozowej (o którym mowa w załączniku nr 3 do Umowy). Jednocześnie, pkt II załącznika nr 8 do Umowy przewiduje odrębną podstawę do pomniejszenia wynagrodzenia „z tytułu naruszenia standardów obowiązujących dla sieci KMK w Krakowie”, w tym kary za każdy niepunktualny odjazd z przystanku oraz niezrealizowany kurs z przystanku (ustalane w drodze obserwacji w terenie, tj. w drodze kontroli). Prowadzi to w ocenie Odwołującego Arriva do skrajnie niekorzystnej dla Wykonawcy sytuacji, kiedy karany jest za niewykonanie przewozów na trzech różnych podstawach umownych – poprzez pomniejszenie miesięcznego wynagrodzenia, dodatkową, gigantyczną karą umowną na zasadach określonych w pkt. II załącznika nr 8 do Umowy (150 stawek za wozokilometr za niezrealizowany kurs) i jeszcze jedną karą umowną określoną w § 10 ust. 3 PPU stanowiącą iloczyn stawki za jeden wozokilometr i niewykonaną pracę przewozową wyrażoną w wozokilometrach. Łącznie kary te wielokrotnie przekraczają wynagrodzenie za niezrealizowany kurs. Należy bowiem zauważyć, że żadna kursująca regularnie według Załącznika nr 1 do Umowy linia nie ma nawet 20 kilometrów długości. Tymczasem nawet za niepunktualny odjazd z przystanku Wykonawca ponosić będzie odpowiedzialność zarówno poprzez pomniejszenie wynagrodzenia zgodnie z pkt. I załącznika nr 8 do Umowy, jak i przede wszystkim ponosić będzie sankcję umowną zgodnie z pkt II Załącznika nr 8 do Umowy w wymiarze 20 x jednostkowa stawka netto za wozokilometr (a więc sankcję umowną większą niż wynagrodzenie za zrealizowany kurs).

Również zgodnie z § 10 ust. 4 Umowy wykonanie usług pojazdem z nie działającym lub nieprawidłowo działającym systemem nadzorującym realizację rozkładu jazdy opisanym w załączniku nr 3 do Umowy jest podstawą do obciążenia Wykonawcy karą umowną stanowiącą iloczyn 50% stawki jednego wozokilometra i wykonanej pracy przewozowej, a jednocześnie w takim przypadku wynagrodzenie wykonawcy będzie pomniejszone o kwotę wyliczoną zgodnie z pkt II. *Stan pojazdu* l.p. 7 załącznika nr 8 do Umowy.

Tak daleko idące sankcje umowne są zdaniem Odwołującego Arriva całkowicie nieuzasadnione, skrajnie faworyzują Zamawiającego i w przypadku nawet trywialnych trudności w zakresie punktualności realizowanych kursów mogą całkowicie pozbawić Wykonawcy zysku na kontrakcie. Mogą też prowadzić do karania Wykonawcy za okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności, co jest niezgodne z art. 433 pkt 1 i 3 Pzp. Konieczne jest zatem według Odwołującego Arriva wykreślenie postanowień zmniejszających wynagrodzenie za niepunktualne i niezrealizowane kursy z pkt. II załącznika nr 8 do Umowy, a także wykreślenie § 10 ust. 3 i 4 Umowy i oparcie odpowiedzialności Wykonawcy za pojedyncze niezrealizowane kursy i opóźnienia na jednej, wyraźnej podstawie

kontraktowej (pkt. I załącznika nr 8 do Umowy).

W zakresie kolejnego zarzutu dot. rażąco dotkliwego charakteru sankcji określonych w pkt. II załącznika nr 8 do Umowy (pkt II.4.c) odwołania), Odwołujący Arriva wskazał, że sankcje określone w pkt. II Załącznika nr 8 do Umowy w ogólności mają charakter rażąco dotkliwy, w sposób niezajdujący szerszego uzasadnienia, pozbawiając Wykonawcę znacznej części jego wynagrodzenia w przypadku zaistnienia nawet stosunkowo nieszkodliwych naruszeń Umowy. Przykładowo Odwołujący Arriva przywołał okoliczność, że w przypadku niezgodnego z wymaganiami Zamawiającego oflagowania autobusu, wynagrodzenie Wykonawcy zostanie zmniejszone o dziesięciokrotność stawki za wozokilometr, a więc za całość lub zdecydowaną większość wynagrodzenia za konkretny przejazd.

Tym samym zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego Arriva w celu zbalansowania pozycji kontraktowej stron konieczne jest zatem odpowiednie dostosowanie treści pkt. II załącznika nr 8 do Umowy, mitygujące dotkliwy i nieproporcjonalny do wielkości potencjalnej szkody charakter sankcji w nich przewidzianych. W szczególności zasadnym byłoby w tym zakresie zdaniem Odwołującego Arriva po pierwsze odniesienie wysokości zmniejszenia wynagrodzenia do wynagrodzenia za określony kurs, na którym nastąpiło zdarzenie, gdyż obiektywna szkoda poniesiona przez Zamawiającego będzie mniejsza w przypadku naruszenia na krótszym kursie, a także doprecyzowanie, że Zamawiający ma możliwość zmniejszenia wynagrodzenia Wykonawcy za maksymalnie jedno zdarzenie danego typu na danym kursie. W przeciwnym bowiem wypadku zmniejszenia wynagrodzenia mogą być w ocenie Odwołującego Arriva naliczane *ad absurdum* – przykładowo oczywistym jest, że w przypadku niepunktualnego odjazdu z pierwszego przystanku autobus może w konsekwencji również niepunktualnie odjeżdżać z kolejnych przystanków na danej linii – wówczas nie jest zasadne ponoszenie kolejnych sankcji za konsekwencje opóźnienia zaistniałego od samego początku kursu.

W zakresie kolejnych zarzutów dot. maksymalnego limitu łącznego kar umownych oraz zaniechania wprowadzenia miesięcznego limitu (pkt II.4.d) i II.4.e) odwołania) Odwołujący Arriva jako skrajnie faworyzujące Zamawiającego i wypaczające równowagę stron kontraktu wskazał postanowienie § 10 ust. 7 Umowy, przewidujące 30% wartości brutto całego zamówienia jako stanowiącego łączną maksymalną wysokość kar umownych. Odwołujący Arriva przywołał art. 436 pkt 3 Pzp, który nakazuje Zamawiającemu wskazanie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony, podkreślając że przepis ten nie wskazuje, jaki to powinien być limit, co nie oznacza, że Zamawiający ma pełną dowolność w jego określeniu. Odwołujący Arriva podkreślił, że usługi stanowiące przedmiot postępowania nie należą do usług realizowanych na wysokich poziomach marży zysku, tymczasem przewidziany przez Zamawiającego limit kar umownych wynoszący 30% jest nieproporcjonalnie wysoki, a co za tym idzie ograniczenie ryzyka wykonawcy wynikającego z kar umownych jest iluzoryczne. Nie bez znaczenia w tym kontekście są zdaniem Odwołującego Arriva podnoszone pozostałe zarzuty i argumenty, dotyczące wysokich kar umownych naliczanych za błahe przewinienia, które mogą skutkować niewielką szkodą, albo brakiem szkody po stronie zamawiającego. Tymczasem maksymalna wysokość kar umownych nie powinna prowadzić do zarobkowania po stronie zamawiającego na realizacji zamówienia.

Odwołujący Arriva podkreślił, że dla przedsiębiorcy bardzo dotkliwą karą jest już pozbawienie go zysku z prowadzonej działalności, zaś w usługach tego typu jak w niniejszym przetargu marża przewoźnika z reguły zawiera się w przedziale 5-10%. Ustalanie więc kar na poziomie 30% i jeszcze od całkowitej wartości brutto zamówienia jest zdaniem Odwołującego Arriva nieracjonalne, tym bardziej w kontekście zapisu art. 431 Pzp mówiącego, że zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w celu należytej realizacji zamówienia. Przede wszystkim jednak tak określony limit (na okres realizacji całego zamówienia i odnoszącego się do maksymalnego wynagrodzenia brutto za realizację Umowy) z punktu widzenia Odwołującego Arriva w ogóle nie przystaje do długoterminowego charakteru zamówienia stanowiącego przedmiot Postępowania, zakładającego miesięczne rozliczenia z Wykonawcą, a zastosowanie tego limitu mogłoby efektywnie doprowadzić do niewypłacania Wykonawcy wynagrodzenia przez kilka pierwszych lat realizacji Umowy, skazując Wykonawcę na ponoszenie kilkusetmilionowych kosztów realizacji zamówienia bez możliwości uzyskania wynagrodzenia.

Ponadto Odwołujący Arriva podniósł, że zapisy SWZ powodują dodatkową wątpliwość, czy limitem z § 10 ust. 7 Umowy, objęte są także wszystkie pomniejszenia wynagrodzenia na zasadach określonych w załącznikach nr 7 i 8 do Umowy, co wynika z niepewności, czy "*pomniejszenia wynagrodzenia*", o których mowa w § 10 ust 1 są karami umownymi. W § 10 ust 1 i 2 umowy jest mowa o "*pomniejszeniach wynagrodzenia*" zaś zgodnie z § 10 ust 3 Umowy "*niezależnie od pomniejszeń wynagrodzenia z ust 1*" wykonanie usług w wymiarze mniejszym może być podstawą do obciążenia karą umowną. Ponadto pojęcie kar umownych pojawia się w pkt II Załącznika nr 8 do Umowy przed wyliczeniem zawartym w tabeli, co przemawiałoby zdaniem Odwołującego Arriva za tym, że pomniejszenia ujęte w tabeli mają charakter kar umownych. Z kolei pkt I Załącznika nr 8 do Umowy milczy na temat charakteru pomniejszeń wynagrodzenia wg wskaźników niezawodności i punktualności, zaś we wzorze na kwotę łącznego pomniejszenia za miesiąc kalendarzowy znajdującego się w Załączniku nr 8 do Umowy nie jest przywołany limit kar umownych w

wysokości wynikającej z § 10 ust 7 Umowy. Powyższe powoduje w ocenie Odwołującego Arriva niejasność, czy pomniejszenia wynagrodzenia, w tym w szczególności z tytułu parametru punktualności i niezawodności są objęte limitem z § 10 ust 7 Umowy. Zdaniem Odwołującego Arriva ze względu na konieczność zapewnienia równowagi między stronami kontraktu i jednocześnie zapewnienia marży na kontrakcie także w perspektywie długoterminowej zasadnym jest zatem wprowadzenie miesięcznego limitu na naliczane kary umowne, obejmującego również zmniejszenia wynagrodzenia w rozumieniu załącznika nr 8 do Umowy, który to limit powinien wynosić maksymalnie 15% wynagrodzenia miesięcznego płatnego wykonawcy, w celu umożliwienia wykonawcom zachowania płynności finansowej na kontrakcie.

Kolejnym z postawionych zarzutów był zarzut dotyczący ryzyka związanego z brakiem płatności przez Zamawiającego (pkt II.4.f) odwołania), w którym Odwołujący Arriva wskazał, że Umowa jest rażąco niezrównoważona w zakresie sankcji umownych w przypadku braku dokonywania płatności przez Zamawiającego, gdyż jedynym uprawnieniem umownym przysługującym wykonawcy w przypadku dwumiesięcznej zaległości w płatności Zamawiającego (która w przypadku tak wielkiego zamówienia jak stanowiące przedmiot Postępowania może stanowić zagrożenie dla płynności finansowej wykonawcy realizującego kontrakt) jest możliwość odstąpienia od Umowy, w którym to przypadku wykonawca nie uzyska żadnego rodzaju kompensaty za zaległą płatność. Odwołujący Arriva podkreślił, że odstąpienie od umowy przez wykonawcę ogranicza jego potencjalne roszczenie do uzyskania wyłącznie zaległej zapłaty (za dwa lub więcej miesięcy), podczas gdy odstąpienie będzie powodować u Wykonawcy szereg dodatkowych kosztów związanych z odprawami dla pracowników, kosztami wcześniejszego rozwiązania umów z dostawcami, instytucjami finansowymi itp. Jednocześnie w przypadku naruszenia obowiązków Wykonawcy przy realizacji Umowy, nawet w zakresie błahym (niepunktualny odjazd z przystanku) Wykonawca zmuszony będzie płacić wysokie kary umowne. W tej sytuacji w ocenie Odwołującego Arriva dla zapewnienia równowagi stron kontraktowych, zasadnym i koniecznym jest wprowadzenie przynajmniej kary umownej płatnej na rzecz wykonawcy w przypadku odstąpienia przez niego od Umowy zgodnie z § 11 ust. 5 Umowy w wysokości przynajmniej gwarantującej częściową kompensatę nakładów, które poniósł wykonawca w związku z realizowaniem Umowy (co najmniej 15% wartości zamówienia).

Z kolei w zakresie kolejnego z zarzutów dotyczącego nieprecyzyjnych przesłanek naliczenia kary umownej zgodnie z §11 ust. 6 i 8 Umowy (pkt II.4.h) odwołania), Odwołujący Arriva podniósł, że w § 11 ust. 6 (a także w odsyłającym do tego postanowienia ust. 8) Umowy, Zamawiający określa bardzo dotkliwą sankcję w postaci kary umownej w wysokości 5% ceny wartości netto całego zamówienia, naliczaną w przypadku zajścia bardzo ogólnie określonych, niesprecyzowanych przesłanek, tj.:

- „nieprzystąpienia do świadczenia usług w terminie określonym w § 2”
- „braku taboru” o wymaganych parametrach;
- „ograniczenia przewozów”.

Odwołujący Arriva zauważył, że nie jest wskazane, czy ww. pojęcia odnoszą się do braku jednego, kilku, kilkunastu czy kilkudziesięciu autobusów, które powinny realizować zamówienie, a zatem konieczne jest określenie jednoznacznego katalogu okoliczności, po których zaistnieniu kara umowna określona w § 11 ust. 6 Umowy zostanie naliczona, np. odnoszącego się do wymiernych wartości, przy czym katalog ten powinien uwzględniać, że niezasadnym jest ponoszenie przez Wykonawcę tak dotkliwej odpowiedzialności za okoliczności przez niego niezawinione. Ponadto Odwołujący Arriva wskazał na brak jasności, czy w razie kumulacji podstaw do naliczenia kary umownej na podstawie § 11 ust. 6 i 8 Umowy możliwe jest naliczenie tylko jednej kary, czy też ich większej ilości, co powinno zostać odpowiednio doprecyzowane, przy czym możliwość kumulowania takich kar skrajnie faworyzowałaby Zamawiającego w ramach kontraktu.

Z kolei w zakresie zarzutu dot. możliwości pomniejszenia wynagrodzenia wykonawcy za przewozy wykonane nienależycie (opóźnione odjazdy) z przyczyn, za które wykonawca nie ponosi winy, względnie za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający (pkt. II.4.i odwołania) Odwołujący Arriva odwołał się w pierwszej kolejności do k.c., zgodnie z którym kary umowne zastrzegane są na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika. Kara umowna nie powinna być więc należna w przypadku, gdy niewykonania lub nienależyte wykonania wynika z okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, co prowadzi do zachwiania równowagi stron kontraktu, a co wynika również z art. 433 pkt 1-3 PZP. Tymczasem zgodnie z Załącznikiem nr 2 do Umowy pkt II ppkt. 1, „*Za odjazd punktualny uważa się każdy przypadek, w którym odjazd autobusu nastąpiło nie później, niż w ciągu 3 minut w stosunku do czasu ustalonego w rozkładzie jazdy*” A contrario każdy przypadek odjazdu później niż w ciągu 3 minut jest odjazdem niepunktualnym. Zgodnie z Załącznikiem nr 2 do Umowy pkt II ppkt. 5 *Każdy przypadek (a) odjazdu autobusu wcześniej (...), (b) spóźnienia autobusu większego niż odstęp wynikających z częstotliwości kursowania (...), (c) braku pojazdu w punkcie obserwacji (...), skutkuje uznaniem odjazdu za niezrealizowany.*

Odwołujący Arriva podkreślił, że wykonawca w przedmiotowym postępowaniu będzie realizował przewozy zgodnie z rozkładami jazdy przekazywanymi przez Zamawiającego (§ 7 ust 1 lit. c) Umowy) i nie ma żadnego wpływu na

ustalony przez Zamawiającego czas przejazdu między przystankami. Tymczasem opóźnienia autobusu mogą wynikać nie tylko z nierealnych czasów przejazdu, ale także z warunków drogowych, zaś wykonawca nie powinien ponosić ujemnych konsekwencji wynikających z natężenia ruchu, zatorów drogowych. Wprawdzie Odwołujący Arriva zauważa, że zgodnie z § 9 ust 3 Umowy *W razie wystąpienia w czasie kontroli zjawisk niezależnych od Wykonawcy, a mających istotny wpływ na normalną eksploatację przewozów, Wykonawca ma prawo wystąpić do zamawiającego z wnioskiem o nieuwzględnienie wyników kontroli obejmujących te zjawiska*, jednak z kolejnego zdania zawartego w tym samym postanowieniu Umowy, wynika, że Zamawiający nie jest zobowiązany do „odstąpienia od uwzględnienia” wyników kontroli i jest to pozostawione uznaniu Zamawiającego. Zasadny jest wobec tego w ocenie Odwołującego Arriva wniosek o nakazanie odpowiedniego doprecyzowania pojęcia „odjazd punktualny”, umożliwiającego uznanie za odjazdy punktualne w rozumieniu umowy również przypadków odjazdów niepunktualnych, za które nie sposób przypisać odpowiedzialności Wykonawcy.

Kolejna grupa zarzutów odwołania Odwołującego Arriva związana była z zapisami PPU dot. waloryzacji wynagrodzenia. Pierwszy z nich dot. nieprecyzyjnego odniesienia do wskaźników waloryzacji (pkt II.5.a) odwołania), podczas gdy postanowienia dotyczące waloryzacji są w świetle art. 439 PZP obligatoryjne i powinny być jednoznaczne oraz jasne, nie pozostawiając wątpliwości co do ich treści (art. 16 ust. 1-3 PZP). Odwołujący Arriva wskazał, że konieczne jest doprecyzowanie pojęć wskaźników wykorzystywanych do obliczenia podstawy waloryzacji wynagrodzenia, gdyż używane przez Zamawiającego pojęcia nie wskazują precyzyjnie w jaki sposób i przy wykorzystaniu jakich danych należy obliczyć podstawę waloryzacji wynagrodzenia. Odwołujący Arriva podniósł, że nie istnieje wskaźnik zmiany przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw - Główny Urząd Statystyczny publikuje jedynie wartości przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw bez wypłat nagród z zysku na podstawie których dopiero można obliczyć wskaźnik.

Z kolei określony w PPU wskaźnik zmiany cen energii elektrycznej ma zostać przyjęty na podstawie informacji o miesięcznych średnioważonych cenach zakupu energii elektrycznej (BASE\_M\_MM\_YY) [PLN/MWh] publikowanych przez Towarową Giełdę Energii w raportach miesięcznych dla Rynku Dnia Następnego (RDN), podczas gdy w raporcie publikowanym przez Towarową Giełdę Energii znajduje się informacja o wartości średnioważonej ceny zakupu, a nie informacja o zmianie tej wartości w odniesieniu do innego okresu czasu, tym samym należy doprecyzować sposób obliczenia wskaźnika zmiany ceny. Ponadto zdaniem Odwołującego Arriva Zamawiający miesza indeks BASE\_M\_MM\_YY będący elementem Rynku Terminowego z pojęciem dla Rynku Dnia Następnego (RDN). Mając na uwadze wyraźne wskazanie RDN Wykonawca może jedynie domyślać się, że Zamawiający miał na myśli indeks TGeBASE\_WAvg.

Z kolei zgodnie z PPU wskaźnik zmiany cen paliwa gazowego ma zostać przyjęty na podstawie informacji o miesięcznych cenach zakupu gazu ziemnego (GAS\_BASE\_M\_MM\_YY) publikowanych przez Towarową Giełdę Energii w raportach miesięcznych podczas gdy w raporcie publikowanym przez Towarową Giełdę Energii znajduje się informacja o wartości indeksu (GAS\_BASE\_M\_MM\_YY), a nie informacja o zmianie tej wartości w odniesieniu do innego okresu czasu, zaś samo określenie indeksu jako GAS\_BASE\_M\_MM\_YY nie jest wystarczająco czytelne, ponieważ w każdym miesiącu zawierane są transakcje na 4 najbliższe miesiące – tym samym w danych publikowanych przez Towarową Giełdę Energii znajdują się 4 różne indeksy GAS\_BASE\_M\_MM\_YY.

Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego Arriva w celu uniknięcia wątpliwości Zamawiający powinien doprecyzować sposób obliczenia oraz źródło ustalenia danych do powyższych wskaźników, jak również podać adres stron internetowych, z których pozyskiwane będą dane do obliczenia podstawy waloryzacji wynagrodzenia a także przedstawić przykładowe obliczenia pierwszej i drugiej waloryzacji na podstawie danych historycznych (na przykład zakładając termin składania ofert określony na 1.08.2018 i termin rozpoczęcia świadczenia usług na 1.08.2019) aby uniknąć problemów interpretacyjnych w przyszłości.

Kolejny z zarzutów dotyczył nieprecyzyjnych zasad pierwszej waloryzacji (pkt II.5.b) odwołania) co zdaniem Odwołującego Arriva uniemożliwia oszacowanie jej wysokości, a w konsekwencji uniemożliwia prawidłową kalkulację ofertową. Zgodnie z § 8 ust. 8 Umowy: *„Waloryzacja stawek wynagrodzenia za jeden wozokilometr będzie dokonywana na wniosek Wykonawcy lub na podstawie informacji pisemnej Zamawiającego złożonych do końca września. Waloryzacja stawek zostanie przeprowadzona zgodnie z załącznikiem nr 10 bez zbędnej zwłoki z mocą obowiązującą od pierwszego stycznia następnego roku obowiązywania niniejszej umowy. Pierwsza waloryzacja może zostać przeprowadzona w okresie do końca 2024 r. z mocą obowiązującą od 1 stycznia 2025 roku.”* Z tego postanowienia w ocenie Odwołującego Arriva nie wynika jednak, kiedy zaczyna się okres, od którego ma być obliczony wskaźnik, na podstawie którego dokonana zostanie pierwsza waloryzacja. Załącznik nr 10 do Umowy, do którego odesyła § 8 ust. 8 Umowy, określający generalne zasady waloryzacji wskazuje na obliczanie wskaźników w oparciu o okres *„od września poprzedzającego roku do sierpnia roku, w którym przeprowadzana jest waloryzacja w stosunku do poprzedniego identycznego okresu”*, jednocześnie § 8 ust. 15 Umowy mówi o *„pierwszym okresie waloryzacji”* jako okresie *„od kolejnego miesiąca po miesiącu, w którym upłynął*

termin składania ofert do 31 sierpnia roku". Konieczne jest zatem zdaniem Odwołującego Arriva wyraźne wskazanie, że wskaźniki te powinny być obliczane od miesiąca poprzedzającego miesiąc składania ofert, za wyjątkiem wskaźnika skumulowanej inflacji, który powinien być obliczany od miesiąca składania ofert, gdyż brak doprecyzowania ww. kwestii prowadziłyby do poważnych wątpliwości co do okresu objętego waloryzacją umowną, co uniemożliwiłoby należyłą kalkulację ofert.

Kolejne zarzuty dot. treści § 8 ust. 12 Umowy w zakresie wskazywanej przez Odwołującego Arriva niespójności w zakresie zasad przeprowadzania waloryzacji oraz bezzasadności ograniczenia możliwości korzystania z waloryzacji (pkt II.5.c) odwołania), gdyż zgodnie z § 8 ust. 12 Umowy, wynagrodzenie może zostać zwaloryzowane wyłącznie w zakresie niewykonanej części Umowy. Takiego rodzaju ograniczenie wydaje się być zdaniem Odwołującego Arriva bezzasadne, a jednocześnie może prowadzić do wątpliwości w przypadku jakichkolwiek opóźnień w przeprowadzaniu procedury waloryzacji zgodnie z § 8 ust. 8 Umowy. W szczególności, jeżeli wykonawca złoży wniosek o dokonanie pierwszej waloryzacji w grudniu 2024 r. z mocą obowiązującą od 1 stycznia 2025 r., a odpowiedni aneks (który jest wymagany w przypadku waloryzacji stawek jednostkowych wozokilometra zgodnie z ust. 17) zostanie przepracowany i podpisany dopiero w lutym 2025 r., to zwiększenie wynagrodzenia płatnego Wykonawcy za styczeń naruszać będzie § 8 ust. 12 Umowy. Jednocześnie treść § 8 ust. 12 Umowy może w ocenie Odwołującego Arriva stać na przeszkodzie przy ewentualnym dochodzeniu waloryzacji sądowej lub dążeniu do dokonania waloryzacji na zasadach określonych w § 15 ust. 2 lit. e) Umowy tj. w sytuacji nadzwyczajnej zmiany warunków rynkowych, których nie można było przewidzieć przy zawieraniu Umowy. W obydwu przypadkach bowiem, procedura waloryzacji będzie wydłużona w czasie (czy to przez postępowanie sądowe, czy przez konieczność wykazania Zamawiającemu zaistnienia ww. nadzwyczajnej zmiany warunków rynkowych) i niewątpliwie zostanie zakończona już po dokonaniu wypłat objętych procedurą płatności, a wówczas ich ewentualne podwyższenie, pomimo merytorycznej tego zasadności, naruszać będzie § 8 ust. 8 Umowy.

Wobec powyższego zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego Arriva zasadne jest wykreślenie § 8 ust. 12 Umowy, co doprowadzi do zwiększenia równowagi kontraktowej, jednoznacznie umożliwiając wykonawcy korzystanie z jego uprawnień do waloryzacji w przypadkach wynikających z Umowy bądź przepisów powszechnie obowiązującego prawa.

W kolejnym z zarzutów Odwołujący Arriva zakwestionował określony w § 8 ust. 18 Umowy maksymalny limit waloryzacji (pkt II.5.d) odwołania) zgodnie z którym „Wynagrodzenie będzie waloryzowane maksymalnie do wysokości 200% stawek wynagrodzenia określonych w ust. 5, co oznacza, że suma wszystkich zmian wynagrodzenia wprowadzonych wskutek zastosowania waloryzacji na podstawie niniejszej umowy nie może przekroczyć tego progu”. W ocenie Odwołującego Arriva biorąc pod uwagę dziesięcioletni okres realizacji Umowy, rozwiązanie to znacząco ogranicza możliwość korzystania z mechanizmu waloryzacji w późniejszych latach realizacji Umowy, gdyż oznacza, że w okresie 10-letnim stawka może wzrosnąć maksymalnie o 100%, a więc już roczne wzrosty w wysokości 8% powodują, że limit ten zostanie przekroczony – co biorąc pod uwagę występujące w ostatnich latach wzrosty cen nośników energii i paliw oraz innych kosztów (inflacja) jest wysoce prawdopodobne. Zasadnym jest zatem zdaniem Odwołującego Arriva wniosek o nakazanie modyfikacji tego postanowienia umownego w taki sposób, by umożliwiło skuteczne funkcjonowanie mechanizmu waloryzacji także w późniejszych latach realizacji zamówienia tj. do wysokości 400%. Ograniczenie waloryzacji stawki stanowi ponadto według Odwołującego Arriva przejaw nierównego traktowania operatorów niezależnych w stosunku do operatorów realizujących taką samą usługę z tzw. powierzenia (spółki miejskie) które wynagradzane są na podstawie metody “koszt plus” czyli faktycznie zawsze stawka jest ustalana (waloryzowana) o pełen wzrost kosztów działalności (bez żadnych ograniczeń). Odwołujący Arriva zauważył, że klauzula waloryzacyjna, o której mowa w art. 439 PZP, powinna być nie tylko formalnie zgodna z przepisami, ale także materialnie spójna z naczelnymi zasadami zamówień publicznych, w tym zasadą proporcjonalności, równego traktowania i uczciwej konkurencji. *Ratio legis* art. 439 ust. 1 PZP uzasadnia bowiem waloryzację już przy 6-miesięcznym terminie realizacji umowy, wobec powyższego umowy wieloletnie tym bardziej nie powinny być pozbawione takiej możliwości, gdyż im dłuższy okres obowiązywania umowy tym trudniejsza jest możliwość oszacowania trendów w zmianach cen i kosztów realizacji. Dlatego też zdaniem Odwołującego Arriva w tego typu umowach zasady waloryzacyjne powinny pokrywać cały okres realizacji, w przeciwnym razie idea art. 439 PZP zostaje wypaczona a obligatoryjne przepisy PZP w tym zakresie pominięte w dłuższej perspektywie czasowej. Odwołujący Arriva, uważa że biorąc pod uwagę obecne poziomy inflacji w Polsce i założenie jego delikatnego spadku, należy maksymalny pułap waloryzacji stawki określić na co najmniej 400%, gdyż taki pułap odzwierciedla 15% indeksację każdego roku.

Kolejny zarzut (pkt II.6 odwołania) referował do kwestii dotyczącej autobusów zastępczych. Zgodnie z w § 11 ust. 8 Umowy, Wykonawcy mają możliwość w pierwszych 18 miesiącach świadczenia usług posługiwania się autobusami zastępczymi o parametrach określonych w części 3.04 załącznika do Umowy, oczekując na zamówione pojazdy lub ze względu na niezawinione przez Wykonawcę opóźnienie w uruchomieniu infrastruktury. W takim przypadku następuje pomniejszenie wynagrodzenia miesięcznego wykonawcy (pierwsze 3 miesiące – o 10%, kolejne 6 miesięcy – o 15%,

następne 9 miesięcy – o 30%). Rozwiązanie to zdaniem Odwołującego Arriva faworyzuje wykonawcę realizującego przewozy autobusowe obecnie dla Zamawiającego, gdyż posiada on 86 autobusów spełniających ww. wymagania Zamawiającego – może zatem założyć, że wykorzysta obecnie posiadane pojazdy, które są już splanowane i dostosowane do świadczenia usług na rzecz Zamawiającego (wymagane zmiany są bardzo nieznaczne). Powoduje to w ocenie Odwołującego Arriva ograniczenie konkurencji na korzyść obecnego wykonawcy, gdyż inni wykonawcy nie mają rzeczywistej możliwości uzyskania tak rozbudowanej floty zastępczej zgodnej ze szczegółowymi wymaganiami Zamawiającego (nie da się „od ręki” pozyskać autobusów o takiej specyfikacji w takiej ilości – 150 autobusów to wolumen tak duży, że wystarczyłoby do obsłużenia potrzeb każdego poza największymi miastami w Polsce). Bez znaczenia w tym kontekście pozostaje przewidziany w § 11 ust. 8 Umowy mechanizm pomniejszenia wynagrodzenia w przypadku stosowania floty zastępczej, gdyż posługiwanie się nią pozwoli wykonawcy na tak daleko idące ograniczenie kosztów, że ostatecznie będzie to dla niego bardziej korzystne. Z tego względu Odwołujący Arriva wskazał, że uzasadnione jest wykreślenie obecnej treści § 11 ust. 8 Umowy.

W dalszej części odwołania Odwołujący Arriva postawił zarzut dotyczący braku wymogu zatrudnienia kierowców autobusów na umowie o pracę (pkt II.7 odwołania). Zgodnie z art. 95 PZP, Zamawiający określa w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy. Powołując się na poglądy doktryny Odwołujący Arriva wskazał, że na mocy tego przepisu zamawiający jest zobowiązany do postawienia wymogu dotyczącego zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w przypadku zamówień, których przedmiotem są usługi lub roboty budowlane, tak jak w przypadku zamówienia stanowiącego przedmiot niniejszego Postępowania. Rodzi on bowiem obowiązek po stronie zamawiającego do przeanalizowania czy czynności, które będą wykonywane w ramach zamówienia, będą miały charakter stosunku pracy oraz obowiązek wyspecyfikowania tych czynności, które spełniają ten warunek.

Tymczasem zgodnie z pkt. 3.3 SWZ, Zamawiający zidentyfikował jako takie osoby: dyspozytora, inspektora ruchu, kierownika zajezdni. Niewątpliwie jednak przede wszystkim czynności kierowców autobusów – stanowiących główny trzon osób zatrudnionych przy realizacji takiego rodzaju zamówienia – również mają charakter stosunku pracy. Mają bowiem one w ocenie Odwołującego Arriva zasadnicze cechy stosunku pracy, tj. stanowią czynności wykonywane w określonych godzinach i miejscu, w warunkach podporządkowania się określonym normom porządkowym (takich jak regulaminy) oraz realizowane są osobiście oraz pod kierownictwem, zgodnie z poleceniami i wytycznymi wykonawcy. Kierowca wykonuje pracę przewozową pojazdem, który nie jest jego własnością, w związku z czym nie ponosi żadnego ryzyka ekonomicznego i nie ma żadnej możliwości kształtowania sposobu wykonywania tej pracy, podlegając bardzo ścisłym i rygorystycznym poleceniom dyspozytora ruchu. Również w przypadku zajścia zdarzenia drogowego odpowiedzialność wobec osób trzecich spoczywa na Wykonawcy, a kierowca nie ponosi żadnego ryzyka. Ponadto kierowca otrzymuje regularne miesięczne wynagrodzenie.

Odwołujący Arriva wskazał również, że Polska Klasyfikacja Działalności (PKD) w ogóle nie przewiduje usługi kierowania cudzym pojazdem w ramach działalności gospodarczej, a kierowcy własne działalności mają sklasyfikowanie najczęściej pod kodem PKD: Sekcja H – Kod 49 „TRANSPORT”. Oznacza to, że kierowcy w ramach własnej działalności gospodarczej nie wykonują działalności kierowania pojazdem, lecz realizują kontrakt na transport drogowy w charakterze przewoźnika faktycznego, który zgodnie z polskim i unijnym prawem, jest reglamentowany koniecznością posiadania licencji transportowej. Również w praktyce obrotu zdecydowana większość organizatorów przewozów miejskich wymaga zatrudnienia kierowców na umowę o pracę. Wynika to po pierwsze ze społecznego podejścia (umowa o pracę daje większe bezpieczeństwo i stabilność pracy dla pracownika), ale również z uwagi na zapewnienie stabilności i jakości przewozów. Zdaniem Odwołującego Arriva nie ulega wątpliwości, że przewoźnik realizujący usługę dla organizatora ma znacznie mniejszy wpływ na dyscyplinę pracy kierowcy zatrudnionego na zasadzie B2B niż swojego pracownika, zaś organizator nie może kierować się wyłącznie kwestią zmniejszenia kosztów usługi i tym sposobem „wypychać” kierowców na samozatrudnienie, bo do tego sprowadza się zapis w SIWZ który nie obejmuje kierowców. Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Odwołującego Arriva zasadny jest wniosek o nakazanie Zamawiającego sformułowania wymogu zatrudnienia na umowach o pracę również kierowców autobusów, którzy realizować będą zamówienie stanowiące przedmiot postępowania.

Kolejny zarzut wskazywał na niezgodność rejestracji dźwięku przez System Monitoringu Wizyjnego z przepisami regulującymi ochronę danych osobowych (pkt II.8 odwołania). Zgodnie z pkt. 22.2 załącznika nr 3 do Umowy, wymagane przez Zamawiającego są: *Pojazdy wyposażone w System Monitoringu Wizyjnego rejestrujący dźwięk: 22.2.1. w wnętrza kabiny prowadzącego pojazd oraz bezpośredniej okolicy drzwi wejściowych z przestrzeni pasażerskiej; 22.2.2. w jakości umożliwiającej identyfikację treści ewentualnej rozmowy prowadzącego pojazd z pasażerem.* W ocenie Odwołującego

Arriva rozwiązanie to prowadzić będzie do seryjnych naruszeń przepisów RODO. Zgodnie bowiem z RODO (art. 5 ust. 1 lit. b i c), dane osobowe muszą być zbierane w konkretnych, wyraźnych i prawnie uzasadnionych celach, jednocześnie muszą być przetwarzane w sposób adekwatny, stosowny oraz ograniczony do celów, w których są przetwarzane. Tymczasem wymagany przez Zamawiającego system rejestracji dźwiękowej prowadzić będzie do nagrywania osób postronnych, co za tym idzie tak określone wymaganie powinno zostać zdaniem Odwołującego Arriva wykreślone. Nagrywanie rozmów prowadzonych przez pasażerów między sobą lub przez pasażerów przez telefon komórkowy w sposób oczywisty nie jest niezbędne dla celów związanych z realizacją przewozów osób (tak dla celów zapewnienia bezpieczeństwa i porządku jak i dla celów nadzoru wykonywanych przewozów przez Zamawiającego), jak również naruszać będzie zarówno zasadę ograniczenia celu jak i zasadę minimalizacji danych.

Ostatni z zarzutów odwołania, dotyczący zaniechania podziału zamówienia na części (pkt. II.9 odwołania) wskazywał w pierwszej kolejności, na fakt że przedmiotowe zamówienie jest zamówieniem skomplikowanym i na wielką skalę, wymagane inwestycje mogą wynieść blisko pół miliarda złotych, a wartość zamówienia może się zbliżyć do 2 miliardów złotych. Biorąc to pod uwagę należy w ocenie Odwołującego Arriva kwestionować sztuczne ograniczanie konkurencji przez Zamawiającego poprzez brak podzielenia zamówienia na części/pakiety, zaś zasadnym wydaje się racjonalne podzielenie zamówienia na co najmniej 2 pakiety. Taki podział zdaniem Odwołującego Arriva umożliwiłby start w postępowaniu większej liczbie podmiotów, co mogłoby się przełożyć na oszczędności dla Zamawiającego, a także byłoby to zgodne z generalną zasadą umożliwiania składania ofert częściowych, chyba że niedokonanie podziału zamówienia na części jest uzasadnione (art. 91 ust. 1-2 PZP).

Pismem z dnia 13 kwietnia 2023 r. odpowiedź na odwołanie w niniejszej sprawie złożył Zamawiający, wnosząc o jego oddalenie, wskazując, że w jego ocenie zarzuty podniesione w Odwołaniu, nie zasługują na uwzględnienie.

#### **Ad. B - Sygn. akt KIO 946/23**

Odwołujący PKS wniósł odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia opublikowanych przez Zamawiającego i zarzucił w tym zakresie Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 16 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz w sposób nieproporcjonalny tj. dokonanie niezgodnej z przepisami agregacji zamówienia, w szczególności w świetle podanych w art. 91 ust 2 ustawy Pzp powodach nie dokonania zamówienia na części i zaniechania podziału zamówienia minimum na 3 części;

a w konsekwencji ww. braku podziału naruszenie:

2) art. 29 ust 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję – sztuczną agregację zamówienia powodującą brak możliwości składania ofert częściowych przez Wykonawców zdolnych do wykonania (części) zamówienia, w szczególności:

a) określenia przedmiotu usługi wykonywanej w ramach jednej umowy z jednym Wykonawcą, bez podziału na części w wysokości ok. 9,7 mln wozokilometrów

b) określenia minimalnej liczby autobusów, którymi miano by realizować zamówienie w ramach jednej umowy z jednym Wykonawcą, bez podziału na części tj. 151 pojazdów (łącznie z pojazdami rezerwowymi), z czego minimum 46 pojazdów powinno być niskoemisyjne i/lub zeroemisyjne. Zamawiający wymaga następującej liczby pojazdów danego typu (wielkości):

- autobusy mini: 12 szt., z czego min. 4 pojazdy niskoemisyjne lub zeroemisyjne;

- autobusy midi+: 10 szt., nie są wymagane pojazdy niskoemisyjne lub zeroemisyjne;

- autobusy standardowe (KN): 43 szt., z czego min. 16 pojazdów niskoemisyjnych lub zeroemisyjnych;

- autobusy przegubowe (PN): 86 szt., z czego min. 26 pojazdów niskoemisyjnych lub zeroemisyjnych.

3) art. 112 ust 1 ustawy Pzp poprzez ustanowienie wszystkich warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia tj. odnoszący się do całego zakresu bez podziału na części.

4) Art. 97 ust 2 ustawy Pzp poprzez ustanowienie kwoty wadium w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia bez podziału na części.

5) Art. 452 ust 1 i 2 ustawy Pzp poprzez ustanowienie kwoty zabezpieczenia w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia bez podziału na części.

Ponadto Odwołujący PKS zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

6) art. 91 ust 2 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe i niewyczerpujące opisanie przez Zamawiającego przyczyn braku podziału na części;

7) art. 462 ust 1 Pzp w związku z art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez ukształtowanie przepisu umowy (§ 5 ust 3 PPU) w sposób który uniemożliwia realizację zasady możliwości skorzystania z podwykonawstwa.

Odwołujący PKS wniósł o o:

1) unieważnienie przedmiotowego postępowania na podstawie art. 256 w związku z art. 137 ust 7 ustawy Pzp. W

przypadku wszczęcia nowego postępowania w ww. przedmiocie Odwołujący żąda/wskazuje na konieczność podziału zamówienia na co najmniej 3 części. Odwołujący pozostawia do decyzji Zamawiającego, w świetle jego uzasadnionych potrzeb, sposób dokonania podziału - czy według liczby lub i/rozmioczenia geograficznego obsługiwanych linii, czy według rodzajów środka przewozu czy wedle liczby autobusów czy wedle inny przesłanek, z zastrzeżeniem iż ustalony w nowym postępowaniu zakres/wartość jednej części nie powinien przekraczać 35 % zakresu/wartości obecnego postępowania. W konsekwencji dokonania podziału Odwołujący żąda ustalenia proporcjonalnych i zgodnych z ustawą Pzp warunków udziału w postępowaniu, sposobu realizacji danych części zamówienia oraz opisu przedmiotu zamówienia.

W przypadku nieuwzględnienia żądania unieważnienia postępowania Odwołujący PKS wnosi o:

2) o zmniejszenie wymaganych treści punktu 4.2.2 SWZ wykonywanych usług przewozu osób w komunikacji miejskiej świadczonej autobusami w ilości 5 mln wozokilometrów w obrębie jednej sieci komunikacji miejskiej (na obszarze jednego Organizatora publicznego transportu zbiorowego) w okresie maksymalnie jednego roku do 5 mln wozokilometrów w okresie maksymalnie jednego roku, ale łącznie wykonanych dla wielu Operatorów i konsekwentnie zmniejszenie w ten sam sposób ww. liczby wozokilometrów do 4 w zakresie punktu 4.3.1.2 SWZ

3) Wykreślenia § 5 ust 3 Projektowanych Postanowień Umowy.

Uzasadniając postawione zarzuty Odwołujący PKS w pierwszej kolejności wskazał, że godnie z treścią motywu nr 78 preambuły do dyrektywy klasycznej „Zamówienia publiczne powinny być dostosowane do potrzeb MŚP. Instytucje zamawiające należy zachęcać do korzystania z kodeksu najlepszych praktyk określonego w dokumencie roboczym służb Komisji z dnia 25 czerwca 2008 r. zatytułowanym „Europejski kodeks najlepszych praktyk ułatwiających dostęp MŚP do zamówień publicznych”, zawierającego wytyczne mówiące o tym, w jaki sposób instytucje te mogą stosować ramy zamówień publicznych, aby ułatwić udział MŚP. W tym celu oraz aby zwiększyć konkurencję, instytucje zamawiające należy w szczególności zachęcać do dzielenia dużych zamówień na części. Podziału takiego można dokonać na zasadzie ilościowej, tak by wielkość poszczególnych zamówień lepiej odpowiadała możliwościom MŚP, lub na zasadzie jakościowej, z uwzględnieniem różnych zaangażowanych branż i specjalizacji, tak by w większym stopniu dostosować treść poszczególnych zamówień do wyspecjalizowanych sektorów MŚP, lub według różnych kolejnych etapów projektu. „Wielkość i przedmiot poszczególnych części zamówienia powinny być dowolnie określone przez instytucję zamawiającą, która zgodnie z odnośnymi przepisami o obliczaniu szacunkowej wartości zamówienia, powinna także mieć prawo do tego, by udzielić niektórych z tych części zamówienia bez stosowania procedur niniejszej dyrektywy. Instytucja zamawiająca powinna mieć obowiązek rozważenia celowości podziału zamówień na części, jednocześnie zachowując swobodę autonomicznego podejmowania decyzji na każdej podstawie, jaką uzna za stosowną, nie podlegając nadzorowi administracyjnemu ani sądowemu. W przypadku gdy instytucja zamawiająca zdecyduje, że podział zamówienia na części nie byłby właściwy, stosowne indywidualne sprawozdanie lub dokumenty zamówienia powinny zawierać wskazanie głównych przyczyn decyzji instytucji zamawiającej. Przyczyny te mogłyby być na przykład następujące: instytucja zamawiająca mogłaby stwierdzić, że taki podział groziłby ograniczeniem konkurencji albo nadmiernymi trudnościami technicznymi lub nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia, lub też potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia”

Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący PKS stwierdził, że jednym z głównych celów dyrektyw z zakresu zamówień publicznych jest zwiększenie udziału sektora małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) w rynku zamówień publicznych, zaś działanie takie powinno zaowocować również zwiększeniem konkurencji między wykonawcami. Również transponowane polskie przepisy dają prymat zasadzie zwiększenia udziału sektora małych i średnich przedsiębiorstw poprzez udzielania zamówień publicznych o czym świadczy w ocenie Odwołującego PKS chociażby konstrukcja uzasadniania wynikająca z art. 91 ust 2 ustawy Pzp, zgodnie z którą Zamawiający wskazuje w dokumentach zamówienia powody niedokonania podziału zamówienia na części.

Odwołujący PKS nie kwestionując prawa Zamawiającego do możliwości udzielenia zamówienia bez podziału na części, wskazuje jednocześnie, odwołując się do opinii Urzędu Zamówień Publicznych, że swoboda Zamawiającego jest ograniczona zasadą zachowania uczciwej konkurencji. Należy zatem zdaniem Odwołującego PKS badać, czy w konkretnych okolicznościach decyzja (co do podziału zamówienia i na ile części) nie naruszy konkurencji poprzez ograniczenie możliwości ubiegania się o zamówienie mniejszym podmiotom, w szczególności małym i średnim przedsiębiorstwom

Odwołujący PKS zwrócił uwagę, iż decyzja o braku podziału tego zamówienia na części została podjęta bez właściwego rozeznania rynku, mimo iż Zamawiający przeprowadził wstępne konsultacje rynkowe. Odwołujący PKS

podkreślił, że w ramach realizacji tego zamówienia wybrany wykonawca ma świadczyć usługę polegającą na wykonywaniu autobusowych przewozów o charakterze użyteczności publicznej na wskazanych liniach komunikacyjnych w ilości ok. 9,7 mln wozokilometrów rocznie taborem wielkopojemnym, standardowym, midi+ i mini, o napędzie spalinowym spełniającym normę emisji spalin min. Euro 6 oraz niskoemisyjnym lub zeroemisyjnym, w liczbie łącznej 151 pojazdów (łącznie z pojazdami rezerwowymi), z czego minimum 46 pojazdów powinno być niskoemisyjne i/lub zeroemisyjne. Zamawiający wymaga następującej liczby pojazdów danego typu (wielkości):

- autobusy mini: 12 szt., z czego min. 4 pojazdy niskoemisyjne lub zeroemisyjne;
- autobusy midi+: 10 szt., nie są wymagane pojazdy niskoemisyjne lub zeroemisyjne;
- autobusy standardowe (KN): 43 szt., z czego min. 16 pojazdów niskoemisyjnych lub zeroemisyjnych;
- autobusy przegubowe (PN): 86 szt., z czego min. 26 pojazdów niskoemisyjnych lub zeroemisyjnych.

Tymczasem jak zauważa Odwołujący PKS w ramach dotychczasowych postępowań obejmujących świadczenie przewozów autobusowych w publicznym transporcie zbiorowym organizowanych przez innych Zamawiających, w tym postępowań uwzględniających już zobowiązania wynikające z ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych, nie zdarzyło się żadne podobne zamówienie o tak dużym zakresie. Przeciwnie – w przypadku tak dużych potrzeb zamawiających postępowanie było dzielone na części – średnio dane postępowanie objęte daną częścią lub samodzielnie prowadzone obejmowało maksimum 50 pojazdów.

Ponadto Odwołujący PKS podkreślił, iż problemem dla wykonawców istniejących na rynku nie są tylko same warunki udziału w postępowaniu, ale przede wszystkim sama skala zamówienia tj. konieczność posiadania, na moment rozpoczęcia realizacji usługi, w celu realizacji przejazdów 150 pojazdów (inwestycja rządu kilkuset milionów) oraz dysponowania około 400 kierowcami przez jeden podmiot co przy obecnych nie doborach personalnych jest właściwie niemożliwe. Ponadto samo zabezpieczenie należytego wykonania umowy to szacunkowo kwota 20 mln zł, która musi być utrzymywana przez cały okres kontraktu.

Odwołujący PKS zwrócił uwagę iż zamawiający raczej ograniczają ryzyka związane z zawarciem umowy z jednym podmiotem, nie tylko dzieląc zamówienia na części, ale także ograniczając liczbę części na które dany podmiot może złożyć ofertę. Spowodowane jest to w ocenie Odwołującego PKS ryzykiem związanym z możliwością wystąpienia problemów u jednego wykonawcy tak dużego zamówienia skutkującego wręcz brakiem możliwości realizacji zamówienia np. popadnięcia w problemy finansowe (bankructwo), czego przez cały 10-letni okres realizacji nie można wykluczyć, strajkiem u Wykonawcy czy problemami z dostawcami wykonawcy skutkującymi ograniczeniem możliwości realizacji zadań przewozowych. Zdaniem Odwołującego PKS przy kilku wykonawcach istnieje większa szansa dotycząca „przejścia” w trybie awaryjnym danego kontraktu przez inny podmiot i utrzymania świadczenia usług (np. do czasu rozstrzygnięcia nowego postępowania) niż w przypadku jednego wykonawcy obsługującego tak duży kontrakt.

Odwołujący PKS wskazał również, iż rozwiązaniem problemu braku możliwości składania oferty przez Wykonawcę nie jest łączenie się w konsorcjum. W takim bowiem przypadku wykonawcy nominalnie konkurujący ze sobą, musieliby przyjąć solidarną odpowiedzialność za wykonanie tak dużego kontraktu zawartego na 10 lat oraz określić warunki współpracy, w tym ceny składającej się z wielu czynników (np. kosztu zakupów autobusów, kosztów pracowniczych i innych elementów określonych w SWZ a koniecznych do zrealizowania umowy) oraz wewnętrzny zakres odpowiedzialności i zadań realizowanych oraz uzgodnić opis koncepcji zasilania pojazdów stanowiący dokument przedmiotowy w terminie do początku maja w którym upływa termin składania ofert. Dodatkowo Odwołujący PKS nadmienił, iż takie konsorcjum musiałoby się składać z co najmniej trzech podmiotów, które łącznie władne byłyby zrealizować kontrakt a więc uzgodnienia musiałyby dotyczyć trzech podmiotów.

W dalszej kolejności Odwołujący PKS wskazał na zapis zawarty w § 5 ust 3 PPU, zgodnie z którym *„Dopuszcza się w sytuacjach nadzwyczajnych przekazanie lub zlecenie przez Wykonawcę podmiotom trzecim prowadzenia części usług przewozowych, realizowanych na podstawie niniejszej umowy, z zastrzeżeniem, że może to nastąpić wyłącznie po uzgodnieniu z Zamawiającym i uzyskaniu pisemnej zgody Zamawiającego. Do Zamawiającego należy określenie zasad i czasu na jaki usługi będą przekazane lub zlecane osobom trzecim. Obowiązek uzyskania zgody Zamawiającego nie dotyczy zlecenia osobom trzecim świadczenia usług w zakresie obsługi pojazdów. Sytuacją nadzwyczajną nie jest w szczególności niezdolność Wykonawcy do terminowego rozpoczęcia realizacji umowy z przyczyn zależnych wyłącznie od niego. W przypadku odmowy Zamawiającego, Wykonawca jest zobowiązany do świadczenia usług na dotychczasowych zasadach.”* W ocenie Odwołującego PKS zapis ten w istocie w znacznym stopniu ogranicza, a wręcz może zakazać podwykonawstwa, a tym samym w toku realizacji zamówienia konieczne jest opieranie się wyłącznie na własnych zasobach a jedynie „w sytuacjach nadzwyczajnych” za zgodą Zamawiającego możliwe jest zlecenie prowadzenia części usługi przewozowych przez inne podmioty (podwykonawców).

Kolejną kwestią podniesioną w odwołaniu przez Odwołującego PKS jest ustanowiony w pkt 4.2.2 SWZ warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, zgodnie z którym w postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy „w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonywali usługi przewozu osób w komunikacji miejskiej w rozumieniu ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz.1343) świadczone autobusami, w ilości min. 5,0 mln (5 milionów) wozokilometrów w obrębie jednej sieci komunikacji miejskiej (na obszarze jednego Organizatora publicznego transportu zbiorowego), przy czym powyższa wartość pracy przewozowej musi być osiągnięta w ciągu maksymalnie 1 (jednego) roku, na podstawie umowy lub maksymalnie 3 (trzech) umów o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego zawartych z jednym organizatorem transportu publicznego lub podmiotem, który zawarł umowę z organizatorem transportu publicznego.

W ocenie Odwołującego PKS postawienie warunku na poziomie 5 milionów wozokilometrów i jednocześnie ograniczenie możliwości wykazania się usługami tylko do obrębu jednej sieci komunikacji miejskiej tj. obszaru jednego organizatora publicznego transportu zbiorowego przy czym w przypadku wspólnego składania ofert przynajmniej jeden wykonawca ma wykazać się świadczeniem usług na poziomie minimum 4 milionów wozokilometrów powoduje w istocie brak konkurencji. Zdaniem Odwołującego PKS argument ograniczenia dotyczące jednej sieci komunikacji miejskiej wydaje się całkowicie bezpodstawny, gdyż realizacja zadań u kilku Zamawiających, potwierdzających należyte wykonanie umowy, jest dowodem wskazującym nawet większe zdolności zawodowej aniżeli dla jednej sieci komunikacyjnej, ponieważ oznacza że dany wykonawca radzi sobie na różnych rynkach, podlega różnym rygorom realizacji zamówienia oraz oceniany jest przez kilku Zamawiających. Według Odwołującego PKS sens miałoby ograniczenie minimalnej wielkości jednego zamówienia, a nie topologia gdzie miało ono miejsce. Odwołujący PKS wskazał, że wedle jego wiedzy poza operatorami samorządowymi w Polsce jest nie więcej niż 3 firmy które spełniają ustanowiony warunek.

Odwołujący PKS uważa, że jeżeli Zamawiający wymaga doświadczenia w wysokości 5 mln km to nie powinien ograniczać go do umów z wyłącznie jednym operatorem, gdyż aby posiadać takie referencje, wykonawca musiałby świadczyć usługę około 70-80 pojazdami w ruchu u jednego organizatora (przykładowo Zamawiający udziela zamówienia na 9,7 mln km dla 151 autobusów, co daje średnio 78 pojazdów w ruchu, aby osiągnąć 5 mln wozokilometrów w skali roku). Tymczasem na rynku jest wielu wykonawców, którzy świadczą usługi na różnych zamawiających w ilości 3-4 milionów kilometrów realizujących zamówienie 50 pojazdami, gdyż zamawiający zazwyczaj udzielają zamówień w ilości do 50 pojazdów.

W dalszej kolejności Odwołujący PKS odnosząc się do argumentacji Zamawiającego dotyczącej przyczyn nie dokonania podziału na części stwierdził, że im większe pod kątem wartości lub zakresu zamówienie tym przyczyny braku podziału powinny być podane w sposób pełniejszy, zawierający kompleksowe wyjaśnienie. Tymczasem Zamawiający wskazuje tylko na ogólnikowe stwierdzenia, w brzmieniu: „Zamawiający nie przewiduje możliwości składania ofert częściowych przede wszystkim ze względu na nadmierny wzrost kosztów wykonania zamówienia. Ze względu na konieczność uwzględnienia wskaźników udziału we flocie pojazdów nisko i zeroemisyjnych, co wynika z ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych, podział pracy przewozowej pomiędzy kilku Wykonawców będzie powodował 2 zwiększenie kosztów z tytułu zapewnienia m.in. infrastruktury do ładowania pojazdów, wynajmu/zakupu terenu, zakupu pojazdów. Podział zamówienia na kilka (dwa) krótszych spowoduje natomiast m.in. skrócenie czasu amortyzacji pojazdów co finalnie również podniesie koszty funkcjonowania systemu KMK dla Gminy. Dodatkowe utrudnienie stanowią również czynniki techniczne i organizacyjne związane ze stworzeniem jednolitych systemów informatycznych.”

Na wstępie Odwołujący PKS wskazał, iż nie jest w stanie zidentyfikować czy zdanie pierwsze jest samodzielnym bytem wskazującym np. na zastosowanie efektu skali przy wybraniu jednego wykonawcy czy też rozwinięciem zdania pierwszego jest wyłącznie zdanie drugie. Odnosząc się zatem z ostrożności do kwestii skali Odwołujący PKS zauważył, iż nawet w przypadku większego zamówienia, przy braku lub nikłej konkurencji, efekt oszczędności może wystąpić, ale niekoniecznie po stronie Zamawiającego. Wykonawca może bowiem zawyżyć oferowaną cenę w przypadku świadomości iż nie będzie on konkurował z innym wykonawcą lub że ryzyko takie jest niewielkie. Inaczej byłoby w sytuacji podziału na większą liczbę części – wtedy ten sam Wykonawca posiadający potencjał na całe zamówienie musiałby rywalizować a przynajmniej mieć świadomość możliwości rywalizacji z innymi Wykonawcami co skutkowałoby niższym kosztem.

Również pozostałe lakonicznie przedłożone przyczyny uznać należy w ocenie Odwołującego PKS za błędne lub co najmniej nieudowodnione. Wynajem czy zakup terenu jest zdaniem Odwołującego PKS nieistotną składową w całym przedsięwzięciu jakim jest obsługa komunikacji miejskiej, po drugie zaś dużo łatwiej jest znaleźć mniejszy teren pod

bazę transportową na np. 50 pojazdów, niż wielki teren pod 151 pojazdów. Z kolei koszt zakupu pojazdu, przy ilości 50 pojazdów, czy 151 pojazdów będzie tożsamy, bo to zakup hurtowy.

Ponadto Odwołujący PKS podniósł, że wskaźniki dotyczące elektromobilności dotyczą bezpośrednio Zamawiającego, a nie wykonawcy, a tym samym można byłoby np. podzielić przetarg na 3 części np. autobusy, elektryczne, autobusy gazowe i autobusy spalinowe i wówczas np. infrastruktura dotycząca ładowania mogłaby by nadal spoczywać na jednym Wykonawcy.

W zakresie wskazania jako przyczyny braku podziału czynniki technicznych i organizacyjnych związanych ze stworzeniem jednolitych systemów informatycznych Odwołujący PKS zwrócił uwagę, iż nie wiadomo czy dotyczy to systemów Zamawiającego i na czym ewentualnie owa trudność by polegała. Zamawiający może natomiast wymagać jednolitych systemów informatycznych dla wszystkich Operatorów - wykonawców niezależnie, czy będzie to jedno zamówienie, czy kilka części.

Podsumowując, Odwołujący PKS wskazał iż ukształtowane zapisy postępowania, w szczególności niezasadny, w świetle opisanych przyczyn, brak podziału zamówienia na części z uwzględnieniem możliwości rynkowych wykonawców naruszają przepisy ustawy Pzp i powodują szkodę po stronie Odwołującego uniemożliwiając złożenie oferty. Powyższa agregacja, nie jest zdaniem Odwołującego PKS uzasadniona możliwościami rynku, ani uzasadnionymi interesami Zamawiającego i wedle wiedzy Odwołującego będzie najprawdopodobniej skutkować złożeniem oferty wyłącznie przez jeden podmiot.

Pismem z dnia 14 kwietnia 2023 r. odpowiedź na odwołanie w niniejszej sprawie złożył Zamawiający, wnosząc o jego oddalenie, wskazując, że w jego ocenie zarzuty podniesione w Odwołaniu, nie zasługują na uwzględnienie.

#### **Ad. C - Sygn. akt KIO 954/23**

Odwołujący Mobilis wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego w zakresie postanowień dokumentacji zamówienia, w tym projektowanych postanowień umowy.

Odwołujący Mobilis zarzucił w tym zakresie Zamawiającemu naruszenie:

- 1) naruszenie przepisów art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 2) Pzp, w zw. z art. 114 w zw. z art. 16 Pzp, w zw. z § 7 ust. 1 i ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 5 kwietnia 2013 roku o zmianie ustawy o transporcie drogowym oraz ustawy o czasie pracy kierowców, poprzez dopuszczenie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w pkt 4.2.1. specyfikacji warunków zamówienia („SWZ”), przy użyciu wyłącznie zezwolenia na wykonywanie zawodu przewoźnika drogowego, o którym mowa w art. 5 ustawy z dnia 6 września 2001 roku o transporcie drogowym (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 2201), pomimo iż świadczenie przewozów autobusowych może się odbywać także w oparciu o licencję na wykonywanie krajowego transportu drogowego osób, o której mowa w art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 5 kwietnia 2013 roku o zmianie ustawy o transporcie drogowym oraz ustawy o czasie pracy kierowców;
- 2) naruszenie przepisów art. 431 i art. 439 ust. 1 i 3 Pzp, w zw. z art. 16 pkt 3) Pzp, w zw. z art. 17 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353(1) ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny („KC”), poprzez zawarcie umowy w okresie wynikającym z Pzp z datą wejścia umowy w życie 1 sierpnia 2024 roku oraz określeniem, że pierwsza waloryzacja wynagrodzenia zostanie dokonana do końca grudnia 2024 roku, ze skutkiem na 1 stycznia 2025 roku, co stanowi obejście przepisów Pzp dotyczących obowiązkowych umownych klauzul waloryzacyjnych wynagrodzenia wykonawcy zawartych w art. 439 ust. 1 i 3 Pzp i prowadzi do niedopuszczalnego zachwiania równowagi kontraktowej stron umowy o zamówienie publiczne poprzez nieproporcjonalne przerzucenie na wykonawcę ryzyka związanych ze wzrostem cen na rynku usług przewozów autobusowych w okresie ok. 20 miesięcy liczonych od dnia złożenia oferty oraz ryzykiem ustalenia podstawy waloryzacji;
- 3) naruszenie przepisów art. 439 ust. 2 pkt 4) Pzp, w zw. z art. 433 pkt 3) Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353(1) KC, poprzez ukształtowanie postanowień § 10 projektowanych postanowień umowy w zakresie waloryzacji wynagrodzenia w ten sposób, że Zamawiający nie określił limitu waloryzacji wynagrodzenia w przypadku obniżenia cen lub kosztów realizacji zamówienia, w konsekwencji, Zamawiający nieproporcjonalnie przerzuca na wykonawców wszystkie ryzyka związane z wahaniami cen na rynku przewozów autobusowych

- (w tym koszty paliwa, energii elektrycznej, gazu ziemnego) w zakresie prowadzącym do obniżenia wynagrodzenia wykonawcy, w sposób niczym nieograniczony i pozwalający, na swobodne i Nielimitowane obniżenie wysokości stawki za jeden wozokilometr bez względu na koszty ponoszone przez wykonawcę, w sytuacji gdy ewentualny wzrost wynagrodzenia wykonawcy w oparciu o klauzulę waloryzacyjną został ograniczony poprzez maksymalny wskaźnik waloryzacji w skali całego kontraktu na poziomie 200% stawek wynagrodzenia określonych w § 8 ust. 5 projektowanych postanowień umowy;
- 4) naruszenie przepisów art. 439 ust. 2 pkt 4) i ust. 4 Pzp, w zw. art. 433 pkt 3 Pzp, w zw. z art. 16 pkt 3 i art. 17 ust. 1 Pzp w zw. z art. 3531 KC, poprzez ukształtowanie postanowień załącznika numer 10 do projektowanych postanowień umowy oraz § 8 ust. 15 projektowanych postanowień umowy w tożsamy sposób dla wszystkich typów napędu pojazdów, w sytuacji, gdy w przypadku różnego typu napędów, algorytm waloryzacji określony w § 8 ust. 15 tiret 1 powinien być zróżnicowany i uwzględniać koszty charakterystyczne dla danego napędu, np. dla napędu elektrycznego stawka bazowa energii elektrycznej powinna zostać obniżona z 30% do 11% oraz uwzględniać jednoznaczne wskaźniki, które będą stanowić podstawę dla waloryzacji wynagrodzenia wykonawców ;
  - 5) naruszenie przepisów art. 439 ust. 2 pkt 4) i ust. 4 Pzp w zw. art. 433 pkt 3) Pzp w zw. z art. 16 pkt 3) Pzp i art. 17 ust. 1 Pzp, w zw. z art. 3531 KC, poprzez określenie w § 8 ust. 18 projektowanych postanowień umowy zasad waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, które wprowadzają maksymalny wskaźnik waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w całym okresie realizacji umowy na poziomie 200% stawek wynagrodzenia określonych w § 8 ust. 5 projektowanych postanowień umowy, co skutkuje tym, że limit waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy podzielony proporcjonalnie na okresy roczne (tj. w ujęciu średniorocznym) nie może przekroczyć ok 11,6 %, a co za tym idzie już na etapie składania oferty wskaźnik waloryzacji nie odpowiada rzeczywistemu wzrostowi cen i kosztów;
  - 6) naruszenie przepisów art. 439 ust. 1 – 4 Pzp i art. 431 Pzp w zw. z art. 16 pkt 3 Pzp, w zw. z art. 3531 KC, poprzez określenie w § 8 ust. 13 projektowanych postanowień umowy poprzez wskazanie, że w sytuacji, gdy wykonawca nie złoży wniosku o dokonanie waloryzacji do końca września, zrzeka się on roszczenia o jej przeprowadzenie, pomimo że zmiana stawek w oparciu o przedmiotowy wniosek dokonywana jest ze skutkiem na 1 stycznia następnego roku kalendarzowego i brak jest przeszkód, aby dokonywać czynności waloryzacyjnych nawet w odniesieniu do wniosku złożonego po dacie przypadającej po zakończeniu miesiąca września;
  - 7) naruszenie przepisów art. 99 art. 436 pkt 1 w zw. z art. 16 Pzp poprzez określenie daty rozpoczęcia realizacji świadczenia usług poprzez konkretną datę dzienną, tzn. 1 sierpnia 2024 roku, co powoduje, że w przypadku opóźnień w rozstrzygnięciu niniejszego postępowania, wybrany wykonawca nie będzie posiadał niezbędnego czasu na przygotowanie się do świadczenia usług, tj. przygotowania zajezdni autobusowej, nabycia taboru niezbędnego do świadczenia usług, zorganizowania niezbędnego personelu;
  - 8) naruszenie przepisów art. 436 pkt 3) Pzp oraz art. 16 pkt 3 Pzp w zw. z art. 483 § 1 KC oraz art. 3531 KC poprzez zawarcie w projektowanych postanowieniach umowy, sankcji finansowej w postaci zmniejszenia wynagrodzenia, w sytuacjach, które stanowią podstawę do naliczenia kar umownych, a co za tym idzie, obejście przez Zamawiającego przepisów Pzp dotyczących maksymalnej wysokości kar umownych oraz wprowadzenie do umowy postanowienia stanowiącego waloryzację kar umownych z tytułu nienależytego wykonania umowy, pomimo, że konstrukcja kary umownej jest niezależna od ponoszonych kosztów, co prowadzi do sytuacji, w której wysokość kar umownych nie jest z góry określona przez Zamawiającego;
  - 9) naruszenie przepisów art. 433 pkt 1 Pzp oraz art. 16 pkt 3 Pzp poprzez zawarcie w pkt II. Lp. 1 pierwszej tabeli (str. 2) załącznika nr 8 do projektowanych postanowień umowy, postanowień przewidujących odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie w odjeździe z przystanku, bez względu na okoliczności powstania opóźnienia (wypadek na drodze, złe warunki atmosferyczne, udzielanie przez kierowcę pomocy medycznej pasażerowi);
  - 10) naruszenie przepisu art. 449 ust. 3 Pzp oraz art. 16 pkt 3 Pzp poprzez zobowiązanie wykonawcy do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy przed dniem zawarcia umowy o zamówienie publiczne i na okres od dnia podpisania umowy do końca okresu świadczenia usługi, tj. na okres co najmniej o rok dłuższy niż okres obowiązywania umowy, pomimo iż zabezpieczenie ma zabezpieczyć roszczenia Zamawiającego wynikające z umowy, która w okresie pomiędzy III kwartałem 2023 roku, a 1 sierpnia 2024 roku nie będzie wykonywana, a co za tym idzie, zabezpieczenie obejmuje okres w którym nie mogą w ogóle powstać roszczenia dot. należytego wykonania umowy;
  - 11) naruszenie przepisu art. 452 ust. 8 oraz art. 16 pkt 3 Pzp poprzez zobowiązanie wykonawcy, w oparciu o treść § 13 ust. 1 projektowanych postanowień umowy, do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy

- na okres od dnia podpisania umowy do 31 lipca 2034 roku;
- 12) naruszenie przepisu art. 433 pkt 2) Pzp w zw. z art. 16 pkt 3) Pzp, poprzez wprowadzenie do projektowanych postanowień umowy instrumentu, który pozwala na pomniejszenie całego wynagrodzenia wykonawcy, z powodu naruszenia, które może dotyczyć jednego lub kilku autobusów o parametrach innych niż oferowane przez wykonawcę, co skutkuje tym, że kara umowna (pomniejszenie wynagrodzenia wykonawców) jest rażąco wygórowana i nieproporcjonalna do wagi naruszenia;
- 13) naruszenie przepisu art. 16 pkt 3) Pzp, w zw. z art. 5 KC, w zw. z art. 483 § 1 KC, w zw. z art. 484 § 1 KC, poprzez wprowadzenie do projektowanych postanowień umownych, kary umownej w wysokości nadmiernie wygórowanej, która nie odzwierciedla w swojej wysokości wagi naruszenia;
- 14) naruszenie przepisu art. 16 pkt 3) Pzp, w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp, poprzez wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia wymagania, które jest nieproporcjonalne i może w sposób znaczący utrudnić wykonawcom złożenie ofert w postępowaniu.

Odwołujący Mobilis wskazując na powyższe zarzuty wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania oraz:

- 1) nakazanie Zamawiającemu zmianę pkt. 4.2.1. SWZ i nadanie mu brzmienia:

„W postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

4.2.1 uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, tzn. posiadają zezwolenie na wykonywanie zawodu przewoźnika drogowego, o którym mowa w art. 5 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (tj. Dz.U. z 2022 r. poz. 2201) *lub licencję na wykonywanie krajowego transportu drogowego osób, o której mowa w art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 5 kwietnia 2013 r. o zmianie ustawy o transporcie drogowym oraz ustawy o czasie pracy kierowców (Dz.U. 2013 r. poz. 567)*”;

- 2) nakazanie Zamawiającemu zmianę pkt. 4.3.1.1. SWZ i nadanie mu brzmienia:

„W przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia żaden z Wykonawców nie może podlegać wykluczeniu z postępowania, natomiast warunki udziału w postępowaniu mogą spełniać łącznie, przy czym:

4.3.1.1. warunek wskazany w pkt 4.2.1 jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada opisane tam zezwolenie *lub licencję* i zrealizuje usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane;”

- 3) nakazanie Zamawiającemu zmianę pkt. 5.2.8. SWZ i nadanie mu brzmienia:

„5.2.8. aktualne zezwolenie na wykonywanie zawodu przewoźnika drogowego, o którym mowa w art. 5 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 2201) *lub licencję na wykonywanie krajowego transportu drogowego osób, o której mowa w art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 5 kwietnia 2013 r. o zmianie ustawy o transporcie drogowym oraz ustawy o czasie pracy kierowców (Dz.U. 2013 r. poz. 567)* – na potwierdzenie spełniania warunku opisanego w pkt 4.2.1;

- 4) nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień § 8 ust. 8 projektowanych postanowień umowy i nadanie mu brzmienia:

„Waloryzacja stawek wynagrodzenia za jeden wozokilometr będzie dokonywana na wniosek Wykonawcy lub na podstawie informacji pisemnej Zamawiającego złożonych do końca września. Waloryzacja stawek zostanie przeprowadzona zgodnie z załącznikiem nr 10, z zastrzeżeniem, że *pierwsza waloryzacja zostanie przeprowadzona w okresie do [x] [data - 12 miesięcy od jej zawarcia] ze skutkiem na pierwszy dzień jej obowiązywania (planowany termin 18 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Każda kolejna waloryzacja zostanie przeprowadzona zgodnie z postanowieniami załącznika nr 10 do umowy*”;

- 5) nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień § 8 ust. 9 projektowanych postanowień umowy i nadanie mu brzmienia:

„*Niezależnie od odmiennych postanowień umowy, jeżeli w ciągu roku którykolwiek ze wskaźników zmiany poszczególnych składowych stawek za wozokilometr wzrośnie lub zmaleje o więcej niż 10% lub sumarycznie wszystkie wskaźniki wzrosną lub zmaleją o 15% Wykonawca lub Zamawiający może wystąpić z wnioskiem o*

*dodatkową waloryzację stawek jednostkowych. Stawka zostanie zwaloryzowana zmianą wskaźników poszczególnych składowych stawek za okres od ostatniej waloryzacji (od ostatnich przyjętych do waloryzacji danych) do miesiąca, w którym wpłynął wniosek”;*

6) nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień § 8 ust. 10 projektowanych postanowień umowy i nadanie mu brzmienia:

*„W przypadku, gdy w wyniku waloryzacji stawki wynagrodzenia winny ulec zmniejszeniu, wynagrodzenie Wykonawcy będzie waloryzowane według wskaźnika ujemnego maksymalnie do poziomu – 5% rocznie”;*

7) nakazanie Zamawiającemu zmianę brzmienia załącznika nr 10 do projektowanych postanowień umowy, zgodnie z żądaniem odwołania zawartym w załączniku nr 2 do odwołania;

8) nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień § 8 ust. 15 projektowanych postanowień umowy i nadanie mu brzmienia:

*„Algorytm waloryzacji dla każdego typu taboru został określony w załączniku nr 10 do umowy”.*

9) nakazanie Zamawiającemu zmianę § 8 ust. 18 projektowanych postanowień umowy i nadanie mu brzmienia:

*„Wynagrodzenie będzie waloryzowane maksymalnie do wysokości 1579% stawek wynagrodzenia określonych w ust. 5, co oznacza, że suma wszystkich zmian wynagrodzenia wprowadzonych wskutek zastosowania waloryzacji na podstawie niniejszej umowy nie może przekroczyć tego progu”;*

10) nakazanie Zamawiającemu zmianę § 8 poprzez dodanie nowego ust. 19 projektowanych postanowień umowy i nadanie mu brzmienia:

*„Limit waloryzacji wskazany w ust. 18 powyżej nie obejmuje swym zakresem waloryzacji, o której mowa w § 8 ust. 9 Umowy” oraz dostosowanie dalszych postanowień w § 8 projektowanych postanowień umowy, poprzez dostosowanie numeracji właściwych ustępów;*

11) nakazanie Zamawiającemu dodania w § 15 ust. 2 projektowanych postanowień umowy - lit. f i nadanie mu brzmienia:

*„w przypadku gdy limit waloryzacji, o którym mowa w § 8 ust. 18 Umowy, zostanie przekroczony, limit ten zostanie zwiększony. Zmiana limitu zostanie określona przez Strony w drodze negocjacji z uwzględnieniem okoliczności mających wpływ na kształtowanie się kosztów realizacji usług”;*

12) nakazanie Zamawiającemu wykreślenie postanowienia § 8 ust. 13 projektowanych postanowień umowy;

13) nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień § 2 projektowanych postanowień umowy i nadanie mu brzmienia:

*„Umowa wchodzi w życie po upływie 18 miesięcy od dnia jej zawarcia (planowany termin wejścia w życie umowy to 1 sierpnia 2024 roku) i obowiązuje 10 lat od dnia wejścia w życie”;*

14) nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień § 10 ust. 1 projektowanych postanowień umowy i nadanie im brzmienia:

*„Jakość usług przewozowych w zakresie wymagań określonych w zapisach niniejszej umowy oraz w załącznikach do niniejszej umowy, weryfikowana jest za pomocą kontroli, której wyniki są podstawą do pomniejszenia wynagrodzenia umownego zgodnie z warunkami określonymi w załącznikach nr 7 i nr 8 do niniejszej umowy. Pomniejszenie wynagrodzenia umownego, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym stanowi karę umowną z tytułu nienależytego wykonania przedmiotu Umowy”;*

15) nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień § 10 ust. 7 projektowanych postanowień umowy i nadanie im brzmienia:

*„Łączna maksymalna wysokość kar umownych (w tym pomniejszeń wynagrodzenia, o których mowa w § 10 ust. 1 umowy), których może dochodzić Zamawiający w trakcie trwania umowy nie może przekroczyć 30% wartości brutto całego zamówienia”;*

16) nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień tabeli 1 w załączniku nr 8 do projektowanych postanowień

umowy i nadanie mu brzmienia:

„Za każdy niepunktualny odjazd z przystanku z powodu okoliczności zawinionych przez Wykonawcę”;

17) nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień § 13 ust. 1 projektowanych postanowień umowy i nadanie im brzmienia:

„Wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy ustala się w wysokości **2 %** ceny brutto całego zamówienia, tj. ....,..... **zł** (słownie: ..... /100 złotych). Wykonawca wniósł zabezpieczenie przed zawarciem umowy w formie .....; kserokopia dowodu wniesienia zabezpieczenia stanowi załącznik nr 11 do niniejszej umowy. *Zabezpieczenie należytego wykonania umowy Wykonawca wnosi najpóźniej na 30 dni przed dniem rozpoczęcia świadczenia usług. Niewniesienie zabezpieczenia w terminie stanowi podstawę do odstąpienia od Umowy. Wykonawca wnosi zabezpieczenie należytego wykonania umowy na okres nie krótszy niż 5 lat od dnia rozpoczęcia świadczenia usług oraz zobowiązuje się do przedłużenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy poprzez złożenie właściwego dokumentu (gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej) na co najmniej 30 dni przed dniem upływu ważności uprzednio wniesionego zabezpieczenia*”;

18) nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień § 11 ust. 8 projektowanych postanowień umowy i nadanie im brzmienia:

- a. 10% w pierwszych 3 miesiącach od rozpoczęcia świadczenia usługi;
- b. 15% w okresie 4-9 miesięcy od rozpoczęcia świadczenia usługi;
- c. 30% w okresie 10-18 miesięcy od rozpoczęcia świadczenia usługi.

„W okresie pierwszych 18 miesięcy świadczenia usług, w przypadku wystąpienia przedłużających się terminów dostaw autobusów lub niezawinionych przez Wykonawcę problemów wynikających z przedłużenia się procedury uruchomienia infrastruktury niezbędnej do ładowania i tankowania pojazdów nisko i zeroemisyjnych dopuszcza się obsługę linii taborem używanym, w tym spalinowym, spełniającym parametry określone w załączniku nr 3 do niniejszej umowy w części 3.04., pod warunkiem przedstawienia dokumentów od producenta o zamówieniu pojazdów i planowanym terminie dostawy lub dokumentów potwierdzających niezawinione przez Wykonawcę opóźnienie w uruchomieniu ww. infrastruktury. Za każdy miesiąc, w którym zaistnieje taki przypadek nastąpi pomniejszenie całkowitego miesięcznego wynagrodzenia dla danego pojazdu, który nie spełnia wymogów określonych w załączniku nr 3 do niniejszej umowy w części 3.04., odpowiednio w wysokości:

Po ww. okresie w przypadku braku taboru o parametrach określonych w umowie Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną zgodnie z ust. 6”;

19) nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień § 11 ust. 6 projektowanych postanowień umowy i nadanie im brzmienia:

„W przypadku nieprzystąpienia przez Wykonawcę do świadczenia usług w terminie określonym w § 2 , zaprzestania w całości przewozów (nieobsługiwanie linii), za których obsługę Wykonawca ponosi odpowiedzialność, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 2% ceny netto całego zamówienia tj. usług przewozowych, które będą realizowane w okresie wskazanym w § 2 umowy, określonej przez Wykonawcę w złożonej ofercie, z zastrzeżeniem ust. 8”.

20) nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień pkt. 1.3 załącznika nr 3.06 do projektowanych postanowień umowy i nadanie im brzmienia:

„Prowadzący musi posługiwać się językiem polskim w sposób umożliwiający sprawną komunikację”;

21) w ślad za powyższymi zmianami o dostosowanie pozostałych postanowień dokumentacji zamówienia.

Uzasadniając zarzut wskazany w pkt 1 odwołania Odwołujący Mobilis, wskazał że Zamawiający w warunkach udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, wskazał, że wymaga, aby wykonawcy legitymowali się zezwoleniem na wykonywanie zawodu przewoźnika drogowego, o którym mowa w art. 5 ustawy z dnia 6 września 2001 roku o transporcie drogowym (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 2201). Zamawiający w zupełności pominął zaś, że wykonawcy mogą świadczyć usługi przewozów autobusowych w publicznym transporcie zbiorowym również w oparciu o licencję na wykonywanie krajowego transportu drogowego osób, o której mowa w art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 5 kwietnia 2013 roku o zmianie ustawy o transporcie drogowym oraz ustawy o

czasie pracy kierowców (Dz. U. z 2013r. poz. 567). Zgodnie z literalnym brzmieniem art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 5 kwietnia 2013 roku o zmianie ustawy o transporcie drogowym oraz ustawy o czasie pracy kierowców, licencja na wykonywanie krajowego transportu drogowego osób lub licencja na wykonywanie krajowego transportu drogowego rzeczy uprawnia do wykonywania przewozów w krajowym transporcie drogowym, zgodnie z rodzajem przewozów w niej określonych, do czasu upływu terminu jej ważności lub wydania zezwolenia na wykonywanie zawodu przewoźnika drogowego lub licencji, o których mowa w art. 4 ust. 1. Ustawodawca w uzasadnieniu do projektu ustawy z dnia 5 kwietnia 2013 roku o zmianie ustawy o transporcie drogowym oraz ustawy o czasie pracy kierowców wskazał, że „licencja na krajowy transport drogowy uprawnia do wykonywania przewozów w krajowym transporcie drogowym, zgodnie z rodzajem przewozów w niej określonym, do czasu upływu terminu jej ważności lub wydania zezwolenia na wykonywanie zawodu przewoźnika drogowego”.

W konsekwencji Odwołujący Mobilis podkreślił, że w obrocie prawnym funkcjonują dwa samodzielne rodzaje dokumentów, stanowiących podstawę prawną dla świadczenia usług transportu drogowego osób. Zaden z przepisów prawa nie wskazuje, aby którekolwiek z tych uprawnień miało moc wiodącą, a co za tym idzie każdy z nich daje taki sam rodzaj uprawnień do świadczenia przedmiotowych usług. W ocenie Odwołującego Mobilis dopuszczenie przez Zamawiającego tylko jednego typu dokumentu, który potwierdza posiadanie uprawnień, bezpodstawnie ogranicza krąg podmiotów, które mogą wziąć udział w postępowaniu, wyłączając z niego podmioty, które są uprawnione do świadczenia określonych przez Zamawiającego usług, w oparciu o licencję na wykonywanie krajowego transportu drogowego osób, o której mowa w art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 5 kwietnia 2013 roku o zmianie ustawy o transporcie drogowym oraz ustawy o czasie pracy kierowców.

W konsekwencji Odwołujący Mobilis nie znajduje podstaw prawnych ani faktycznych dla zastosowanego przez Zamawiającego ograniczenia. Wprowadzony warunek udziału w postępowaniu ze względu na zawężenie kręgu podmiotów, które mogą zostać dopuszczone do udziału powoduje, że naruszona została zasada proporcjonalności. Odwołujący Mobilis zaznaczył, że jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza (wyrok z dnia 26 maja 2022 r., sygn. KIO 1159/22) „Zasada proporcjonalności znajduje swoje szczególne podkreślenie w związku z kształtowaniem przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, co znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 112 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, który wprost wskazuje, że zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przestrzeganie zasady proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu oznacza, że warunki udziału opisane przez zamawiającego muszą być uzasadnione w odniesieniu do rodzaju zamówienia, jego przedmiotu oraz wymagań związanych z realizacją zamówienia, w szczególności odpowiednie do charakteru (w tym stopnia złożoności), ilości (w tym zakresu) lub znaczenia, a także przeznaczenia nabywanych robót budowlanych, dostaw lub usług. O określeniu warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia można mówić wówczas, gdy warunki te zostaną określone na tyle rygorystycznie, że nie będzie to uzasadnione potrzebami zamawiającego”.

Licencja na wykonywanie krajowego transportu drogowego osób w ocenie Odwołującego Mobilis w pełnym zakresie odpowiada potrzebom Zamawiającego, gdyż dokument ten pozwala wykonawcom na świadczenie usług przewozów autobusowych w transporcie publicznym, dlatego też wyłączenie możliwości posłużenia się przez wykonawców tym dokumentem, stanowi wymaganie nadmiernie wygórowane i ograniczające konkurencję na rynku, w związku z czym narusza ono zasadę proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący Mobilis podkreślił, że w innych postępowaniach, których przedmiotem jest świadczenie usług transportu, zamawiający przewidują możliwość posłużenia się podczas wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, również licencją – co wskazuje na utrwaloną praktykę w tym zakresie (dla przykładu przetarg nieograniczony Świadczenie usług przewozowych na liniach autobusowych w Bydgoszczy w latach 2023-2031”, znak sprawy 015/2021, Zamawiający: Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy; przetarg nieograniczony pn. „Obsługa przewozów w transporcie zbiorowym dwudziestoma trzema autobusami”, znak sprawy ZTZ PN/02/2021, Zamawiający: Zarząd Transportu zbiorowego w Rybniku; przetarg nieograniczony „Świadczenie usług przewozowych transportu zbiorowego dla potrzeb komunikacji miejskiej w Tczewie w latach 2023 – 2033” znak sprawy ZUK.271.3.16.2021, Zamawiający: Zakład Usług Komunalnych w Tczewie).

W zakresie zarzutu opisanego w pkt 2 odwołania Odwołujący Mobilis zaznaczył, że podczas prac nad Pzp wielokrotnie wskazywano, że przepisy nowej ustawy Prawo zamówień publicznych, mają przede wszystkim na celu wprowadzenie regulacji, która będzie zmierzała do lepszego wyważenia interesów stron umowy o zamówienie publiczne. Narzędziami, które miały temu służyć są m.in. postanowienia dotyczące umów o zamówienie publiczne, w szczególności przepis określający obowiązkowe klauzule umowne, przepis art. 433 Pzp określający klauzule

niedozwolone, czy art. 439 Pzp, który stanowi podstawę dla obowiązkowej waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy.

Odwołujący Mobilis podkreślił, że Urząd Zamówień Publicznych w opracowaniu pt. *„Zagadnienia partnerstwa i wyrównania pozycji stron umowy”* expressis verbis zaznaczył, że funkcją i celem regulacji Pzp w obszarze umów w sprawie zamówienia publicznego jest ograniczenie negatywnego zjawiska zbyt jednostronnego kształtowania postanowień umów przez zamawiających oraz większe zrównoważenie pozycji stron kontraktu publicznego. Z kolei w art. 439 ust. 3 Pzp ustawodawca przyjął zasadę, że w przypadku, gdy umowa o zamówienie publiczne zostanie zawarta po upływie 180 dni od dnia złożenia oferty, wynagrodzenie wykonawcy ulegnie odpowiedniej zmianie. Przyjęty przez ustawodawcę okres 180 dni nie jest okresem przypadkowym ponieważ stanowi on sumę maksymalnego okresu związania ofertą wynikającego z art. 220 ust. 1 Pzp oraz okresu, na jaki zamawiający może wnosić o wydłużenie terminu związania ofertą w oparciu o art. 220 ust. 3 Pzp. Jest to więc okres, na jaki wykonawca działający z należytą starannością może oszacować ryzyka związane z wahaniami cen i kosztów świadczenia usług, na właściwym rynku, co w dłuższym okresie może być niemożliwe. W szczególności w okolicznościach geopolitycznych, w których się obecnie znajdujemy (najwyższa od lat 90 XX inflacja, wysokie stopy procentowe, najwyższe od dziesięcioleci ceny paliw płynnych i gazu oraz energii elektrycznej). Regulacja przepisu art. 439 ust. 3 Pzp jest zatem niezwykle istotna z punktu widzenia wykonawców działających na rynku zamówień publicznych, ponieważ składając ofertę w postępowaniu o zamówienie publiczne, wykonawca jest związany ofertą taką przez okres w niej wskazany oraz przez czas wynikający z ewentualnego wydłużenia tego okresu przez zamawiającego. W okresie związania ofertą wykonawca musi pozostawać w stanie gotowości do zawarcia umowy, licząc się z tym, że Zamawiający wybierze jego ofertę, jako najkorzystniejszą, w treści z dnia jej złożenia. Podkreślenia wymaga fakt, że po dniu złożenia oferty wykonawca nie może jej wycofać lub uchylić się od jej bez konsekwencji - takie działanie wiąże się z utratą wniesionego w czasie postępowania wadium, które w tym przypadku wynosi 10 000 000 złotych.

W świetle powyższego w ocenie Odwołującego Mobilis postanowienia Umowy ukształtowane przez Zamawiającego, w istotny sposób naruszają ratio legis wprowadzonego przepisu art. 439 ust. 1 i 3 Pzp, gdyż konstrukcja prawna, jaką Zamawiający wprowadził do umowy nieproporcjonalnie przerzuca ryzyka, jakie mogą wystąpić w okresie od maja 2023 roku do 1 sierpnia 2024 roku (planowana data wejścia w życie umowy) na wykonawców. Wynika to z faktu, że dopiero od 1 stycznia 2025 roku, wykonawcy będą uprawnieni do zwaloryzowanej stawki wynagrodzenia, która będzie wiążąca dla wynagrodzenia jeszcze nie wypłaconego. Skutkuje to tym, że wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu od sierpnia do grudnia 2024 roku mogą świadczyć pracę przewozową w oparciu o stawkę właściwą dla początku II kwartału roku 2023. Stawka ta z pewnością nie będzie odpowiadała sytuacji rynkowej, jaka będzie miała miejsce w III i IV kwartale 2024 roku.

Prowadzi to zdaniem Odwołującego Mobilis do sytuacji, w której wyłącznie wykonawca będzie zobowiązany do poniesienia ryzyka związanego z realizacją umowy po kosztach oszacowanych w dniu składania oferty, tj. na ok. 18 miesięcy przed rozpoczęciem świadczenia usług, Zamawiający zaś nie ponosi żadnego ryzyka takiego działania, gdyż zawierając umowę w 2023 roku niejako „zamraża” swoje świadczenie w sytuacji wzrostu kosztów świadczenia wykonawcy, bez uwzględnienia ryzyka zmian oraz inflacji, czy też innych wahań obecnie występujących na rynku. Przez wprowadzenie przez Zamawiającego do umowy konstrukcji, w której jest ona zawarta niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej (co najpewniej będzie miało miejsce przed upływem 180 dni od dnia złożenia oferty) i wchodzi w życie po upływie ponad roku od dnia zawarcia umowy prowadzi zdaniem Odwołującego Mobilis do jednoczesnego obejścia obowiązków waloryzacyjnych z art. 439 ust. 1 Pzp (w przypadku umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia Postępowania - pierwsza waloryzacja ma miejsce po roku od zawarcia umowy) oraz art. 439 ust. 3 Pzp (umowa została zawarta przed upływem 180 dni od dnia złożenia oferty). Co za tym idzie, Zamawiający swoim działaniem według twierzeń Odwołującego Mobilis uchyla się od zastosowania waloryzacji wynagrodzenia przez ponad 20 miesięcy, wprowadzając do realizacji tego zamówienia stan niepewności, zaś wykonawcy, aż do dnia przystąpienia do realizacji umowy nie będą wiedzieli czy ich wynagrodzenie (oszacowane na etapie składania ofert) jest (będzie) rynkowe i pozwoli na poniesienie podstawowych kosztów związanych z realizacją usługi, tj. kosztów paliwa, energii elektrycznej lub gazu, kosztów wynagrodzeń i innych.

Odwołujący Mobilis podkreślił, że w doktrynie wskazuje się, że *„Stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowie w sprawie zamówienia publicznego pozwala na zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę. Zapewnia niezbędną elastyczność kształtowania kosztów związanych z realizacją zamówienia w dłuższym okresie, zapewniającą możliwość bieżącego i adekwatnego dostosowania stosunku zobowiązaniowego do zmiany okoliczności. Zapobiega obciążaniu wykonawców obowiązkiem zadeklarowania w ofercie niezmienną cenę i tym samym ponoszeniu jednostronnego ryzyka zmiany stosunków gospodarczych. Co może mniej*

oczywiście – stosowanie klauzul waloryzacyjnych jest również korzystne dla zamawiających, pozwala bowiem na ponoszenie rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, nieobarczonych narzutem związanym z koniecznością ujęcia w cenie ryzyka ich wzrostu. Stosowanie klauzul waloryzacyjnych zapobiega również powstawaniu sytuacji, kiedy wykonanie zamówienia przestaje być opłacalne, a tym samym sprzyja trwałości stosunku umownego, co niewątpliwie jest korzystne dla obu stron umowy” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo CH Beck, Warszawa 2021).

Jednym z kluczowych elementów składowych ceny oferty jest cena paliwa, cena gazu ziemnego, a także cena energii elektrycznej, które bezpośrednio przekładają się na ekwiwalentność wynagrodzenia wykonawców w tym postępowaniu. Odwołujący Mobilis podkreślił, że obecne warunki geopolityczne, tj. wojna w Ukrainie i sankcje nałożone na Federację Rosyjską skutkują tym, że w ostatnim roku, odnotowano w Polsce największe wzrosty cen paliw ciekłych i gazu, a w ślad za tym także energii elektrycznej. Mimo zaś obecnych spadków cen energii, przedłużająca się wojna w Ukrainie, niestabilna sytuacja geopolityczna na świecie, jak również konieczność dostosowania sektora energetyczno-paliwowego w Polsce do gospodarki niskoemisyjnej, co wiąże się ze znaczącymi nakładami, może prowadzić do kolejnych podwyżek cen paliwa i energii elektrycznej. Nie można też zapominać, że w 2023 roku obowiązują postanowienia ustawy z dnia 27 października 2022 roku o środkach nadzwyczajnych mających na celu ograniczenie wysokości cen energii elektrycznej oraz wsparciu niektórych odbiorców w 2023 roku, w oparciu o które zamrożone zostały ceny energii elektrycznej dla małych i średnich przedsiębiorstw. Nikt jednak na rynku energii elektrycznej nie jest w stanie przewidzieć, jak zachowa się rynek po „odmrożeniu” cen energii przez rząd.

Odwołujący Mobilis wskazuje, że w tak trudnych i nieprzewidywalnych okolicznościach gospodarczych, Zamawiający wymaga od wykonawców, aby przewidzieli ceny za jeden wozokilometr świadczenia usług na III i IV kwartał roku 2024 i przyjęli na siebie ryzyko związane ze zmianami gospodarczymi na rynku w całym tym okresie. W ocenie Odwołujący Mobilis zobowiązanie wykonawców do przewidzenia tendencji na rynku krajowym oraz rynku międzynarodowym na okres 18 miesięcy jest przykładem przerzucenia ryzyka związanego ze zmianami, na wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i zagwarantowanie sobie przez Zamawiającego aktualnych, niskich stawek za przewóz pasażerów w 2024 r. (pierwsza waloryzacja ma mieć miejsce ze skutkiem dopiero od 1 stycznia 2025 roku). Skutkuje to tym, że świadczenia stron umowy, zawartej w wyniku tego postępowania, mogą na etapie rozpoczęcia jej realizacji nie odpowiadać faktycznie ponoszonym przez wykonawców kosztom, w konsekwencji tracą one walor ekwiwalentności i prowadzą do niekorzystnego położenia wykonawcy, który to zamówienie uzyska, gdyż przez pierwsze 5 miesięcy będzie świadczył usługi najprawdopodobniej ze stratą, a strata ta nigdy nie zostanie wykonawcy wyrównana.

Odwołujący Mobilis zaznaczył, że projekt umowy nie przewiduje podstawy do zmiany umowy w tym zakresie. Jest to o tyle istotne, że umowa wprawdzie zostaje zawarta na okres 10 lat, to straty wygenerowane w pierwszym roku świadczenia usług, spowodowane wadliwymi postanowieniami dotyczącymi waloryzacji, mogą nigdy nie zostać wyrównane, a co za tym idzie celowe działanie Zamawiającego spowoduje stratę po stronie wykonawcy, i w konsekwencji ekwiwalentność świadczeń i równowaga kontraktowa, które były motywem przewodnim zmian przepisów o zamówieniach publicznych z 2019 roku, zostały nie tylko zachwiane, ale także naruszone.

Odwołujący Mobilis podkreślił powołując się na Komentarz do Pzp autorstwa Urzędu Zamówień Publicznych (Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. Hubera Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych Warszawa, 2021), że w „art. 439 ustawodawca przewidział przesłanki waloryzacji umownej, która daje stronom umowy możliwość urealnienia ustalonej w umowie wysokości wynagrodzenia na różne sposoby. (...) Intencją ustawodawcy było zatem nałożenie na zamawiających obowiązku wprowadzania do długoterminowych umów (dłuższych niż 12 miesięcy) mechanizmów umownych, które uwzględniałyby wpływ czynników zewnętrznych (zmiana cen materiałów lub kosztów), na rentowność realizowanego zamówienia. Uwzględniając powyższe, regulacja art. 439 Pzp zmierza do zachowania równowagi kontraktowej między zamawiającym a wykonawcą, zobowiązując do rozłożenia między stronami ryzyk gospodarczych będących następstwem zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia i zachodzących w toku jego realizacji. Choć zmiana wysokości wynagrodzenia możliwa będzie, jak stanowi przepis, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, to po zaistnieniu określonych umową zdarzeń, każdej ze stron będzie przysługiwało roszczenie (żądanie) o zmianę wynagrodzenia”.

Tymczasem w ocenie Odwołującego Mobilis Zamawiający ukształtował postanowienia umowy w taki sposób, aby jednocześnie obejść obie obligatoryjne podstawy do waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy określonego w ofercie. Okoliczność, że przepis art. 439 ust. 1 Pzp dotyczy umów o zamówienie publiczne zawartych na okres dłuższy niż 6 miesięcy nie jest przypadkowa. Waloryzacja w takim przypadku została wprowadzona przez polskiego ustawodawcę w

oparciu o przepisy ustawy z dnia 7 października 2022 roku o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców. Ratio legis tej ustawy było dostosowanie regulacji zawartych w Pzp, do sytuacji na rynku zamówień publicznych, spowodowanej wystąpieniem pandemii COVID-19 i wybuchem wojny w Ukrainie.

Dodatkowym argumentem przemawiającym za tym, że obecna sytuacja geopolityczna ma znaczący wpływ na gospodarkę, potwierdza także zmiana podejścia do zmiany minimalnego wynagrodzenia za pracę. W 2023 roku po raz pierwszy w historii naszej gospodarki zostanie wprowadzona dodatkowa zmiana minimalnego wynagrodzenia za pracę dla II połowy roku, tj. w 2023 roku zmiana ta nastąpiła w styczniu i ma nastąpić 1 lipca 2023 roku. W konsekwencji, należy uznać, że zmiany na rynku są tak znaczące, że niezbędne są także zmiany w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę w interwałach 6 miesięcznych – nie tak jak dotychczas rocznych. Działania polskiego rządu, w tym zakresie powinny być w ocenie Odwołującego Mobilis wskazówką dla zamawiających, którzy podczas kształtowania postanowień umowy powinni podążać za zmianami właściwych przepisów prawa i dostosować umowy o zamówienia publiczne również do zmian w tym zakresie. Dodatkowa zmiana minimalnego wynagrodzenia za pracę także w połowie roku nie będzie bowiem pozostawała bez znaczenia na cenę usług świadczonych przez wykonawców w tym postępowaniu. Wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę prowadzi do zmiany wysokości, m.in. składek na ubezpieczenie społeczne pracowników, co także przekłada się na cenę realizacji zamówienia. Zamawiający w tym przypadku pozostaje w kontrze do tendencji rynkowych, wymaga on od wykonawców, aby oszacowali jak zachowają się ceny w 2024 roku, m.in. w zakresie cen paliw, gazu oraz energii elektrycznej na ok. 18 miesięcy naprzód – co zwłaszcza w obecnych warunkach gospodarczych jest niemożliwe.

Takie działanie Zamawiającego zdaniem Odwołującego Mobilis sprzeciwia się Pzp, a co za tym idzie zasada swobody umów w tym zakresie ulega ograniczeniu w oparciu o art. 353(1) KC. Swoboda kształtowania postanowień umowy ulega ograniczeniom wynikającym z ustawy, gdyż „*Ustawowe ograniczenie zasady swobody umów należy wiązać z przepisami ustawowymi o charakterze bezwzględnie obowiązującym (ius cogens)*” (Kodeks cywilny, Tom I. Komentarz art. 1-44910, pod. red. K. Pietrzykowskiego, Wydawnictwo CH Beck, Warszawa 2015). Takim przepisem jest art. 439 Pzp, gdyż Zamawiający ma bezwzględny obowiązek wprowadzenia do umowy postanowień dotyczących waloryzacji wynagrodzenia w przypadku umowy zawartej na okres dłuższy niż 6 miesięcy oraz dokonania waloryzacji wynagrodzenia, w sytuacji zawarcia umowy po upływie 180 dni od dnia złożenia oferty w postępowaniu, a co za tym idzie postanowienia kształtujące zobowiązania umowne, w sposób sprzeczny z dyspozycją norm art. 439 ust. 1 i 3 Pzp nie powinny mieć racji bytu jako sprzeczne z Pzp.

Działanie Zamawiającego, w przedmiotowym Postępowaniu, przeczy także zdaniem Odwołującego Mobilis zasadzie współdziałania zamawiającego z wykonawcą przy realizacji zamówienia publicznego, jaką wprowadzono do Pzp na mocy art. 431 Pzp. Podstawowym obowiązkiem umownym zamawiającego w przypadku przedmiotowego Zamówienia jest obowiązek zapłaty wynagrodzenia za zrealizowane usługi. Jak wskazuje przywoływana przez Odwołującego Mobilis doktryna „*Dla określenia zakresu podmiotowego obowiązku współdziałania nie bez znaczenia jest też okoliczność, że umowa w sprawie zamówienia publicznego ma charakter umowy wzajemnej. Wykonawca występuje zatem nie tylko w roli dłużnika, ale także – przynajmniej w zakresie zapłaty należnego mu wynagrodzenia – w roli wierzyciela. W konsekwencji ma on również obowiązek współdziałania z zamawiającym, i to nie tylko jako dłużnik, ale też jako wierzyciel*” (Z. Gordon „Współdziałanie zamawiającego i wykonawcy w zamówieniach publicznych” [w]: „Kwartalnik Prawa Zamówień Publicznych nr 2/2020). Ponadto za poglądem wyrażonym w Komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych wskazać należy, że „*W doktrynie prawa cywilnego wypracowanej na gruncie art. 354 § 2 Kc podkreśla się, że obowiązek współdziałania przy spełnieniu świadczenia dotyczy „nie tylko samego współdziałania stron, ale także lojalności względem dłużnika i współpracy w wykonywaniu przez niego wszelkich obowiązków składających się na to zobowiązanie*”. Minimum tej lojalności to nieprzeszkadzanie dłużnikowi w wykonywaniu jego obowiązków. Zasada lojalności dotyczy zdaniem Odwołującego Mobilis powstrzymania się od wszystkiego, co byłoby przejawem naruszenia zasad uczciwości i słuszności w relacjach ukształtowanych w łączącym strony stosunku prawnym. Jeżeli więc, podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest zapłata wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania zamówienia publicznego, to Zamawiający powinien współdziałać z wykonawcą w sposób lojalny podczas wykonania Zamówienia (tj. nie mający na celu wykorzystania silniejszej pozycji Zamawiającego w stosunku zobowiązaniowym), a co za tym idzie w sposób zmierzający do zapłaty wynagrodzenia w wysokości, która jest ekwiwalentna do przedmiotu zamówienia i pozwoli na pokrycie niezbędnych kosztów związanych z realizacją usługi. W ocenie Odwołującego Mobilis w przypadku, przedmiotowego zamówienia, Zamawiający przerzuca zaś wszelkie ryzyka związane z realizacją zamówienia na wykonawcę.

Odwołujący Mobilis podkreślił, że Zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego kształtuje postanowienia umowy, na które faktycznie żadnego realnego wpływu nie ma wykonawca. Jednym z najistotniejszych postanowień umowy są postanowienia dotyczące zapłaty wynagrodzenia, gdyż w umowach o świadczenie usług jest to jedno z podstawowych, jeżeli nie jedyne zobowiązanie, w którym to Zamawiający pozostaje dłużnikiem wykonawcy. Sposób ukształtowania wynagrodzenia, obliczania jego wysokości, sposobu wypłaty, a także ewentualnej waloryzacji oraz termin wykonania świadczenia odbiegający w sposób oczywisty od regulacji kodeksowych, leży praktycznie w wyłącznej kompetencji Zamawiającego i to on ponosi pełną odpowiedzialność za sposób ich ukształtowania. Wykonawcy pomimo, iż mogą wnosić pytania do SWZ, to nie mają realnego narzędzia, którym mogliby przymusić zamawiającego do ukształtowania postanowień umowy w sposób pozwalający na zachowanie względnej równowagi stron. Przerzucenie na wykonawcę wszelkich ryzyk związanych ze zmianami na rynku, które mogą mieć wpływ na wysokość wynagrodzenia wykonawcy, stanowi zachowanie Zamawiającego, za które ponosi on wyłączną odpowiedzialność. W ocenie Odwołującego Mobilis, Zamawiający kształtując essentialia negotii umowy o świadczenie usług w przedmiotowym postępowaniu, które zostały określone w § 1 i § 8 projektowanych postanowień umowy, zapomniał o nakazach płynących z nowych przepisów Pzp. Jednym z zobowiązań Zamawiającego jest zapłata wynagrodzenia wykonawcy, pozostałe świadczenia wskazane w projektowanych postanowieniach umowy należy uznać za świadczenia uboczne (nie mające wpływu na wysokość wynagrodzenia). W związku z czym zapłata wynagrodzenia wykonawcy jest najważniejszym zobowiązaniem umownym Zamawiającego.

Kolejnym istotnym elementem umowy jest zdaniem Odwołującego Mobilis data jej wejścia w życie, tj. 1 sierpnia 2024 roku na co wykonawca też nie ma żadnego wpływu. Jak wynika z art. 455 KC dłużnik (wykonawca) zobowiązany jest spełnić świadczenie w terminie ustalonym w umowie. Termin realizacji umowy w sposób arbitralny, uzależniony od swoich potrzeb w niniejszym postępowaniu, ustanowił Zamawiający, w związku z czym tylko on ponosi za niego odpowiedzialność. Wykonawca przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zmuszony jest godzić się na zasady jednostronnie określone przez Zamawiającego, przyjmując na siebie ryzyka z tym związane. Takiemu ukształtowaniu stosunków umownych zawieranych w oparciu o przepisy Pzp miał przeciwdziałać art. 433 Pzp, o czym w przedmiotowym stanie faktycznym zdaje się zapominać Zamawiający. Odwołujący Mobilis stoi na stanowisku, że Zamawiający w oderwaniu od charakteru umowy, ukształtował sposób wypłaty wynagrodzenia, który może stanowić rażące naruszenie interesów wykonawców. Fakt ten zdaniem Odwołującego Mobilis, potwierdza także sposób kształtowania klauzul waloryzacyjnych w innych postępowaniach prowadzonych przez zamawiających publicznych, którzy mając na względzie szczególny charakter rynku, wprowadzają pierwszą waloryzację wynagrodzenia dokonywaną (z mocą obowiązującą) już od daty rozpoczęcia usług stanowiących przedmiot umowy, co pozwala na zachowanie względnej równowagi stron kontraktu.

Odwołujący Mobilis wskazał ponadto na poglądy doktryny zgodnie z którymi, że działanie Zamawiającego narusza ponadto zasadę efektywności wyrażoną w art. 17 ust. 1 Pzp, która powinna być realizowana w szczególności w oparciu o następujące instrumenty: 1) „przemyślane projektowanie postanowień umowy w sprawie zamówienia, w tym możliwe równoważenie praw i obowiązków stron umowy, a także minimalizowanie ryzyk i kosztów realizacji zamówienia (zob. w szczególności uw. do art. 433 i 466); 2) współdziałanie zamawiającego i wykonawcy na etapie wykonania umowy w celu należytej realizacji zamówienia (zob. uw. do art. 531)” (Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod red. H. Nowak, M. Winiarz, Urząd Zamówień Publicznych Warszawa, 2021). Brak zrównoważenia praw i obowiązków stron umowy poprzez maksymalizowanie ryzyk po stronie wykonawców oraz brak współdziałania podczas wykonywania obowiązków dłużnych skutkuje tym, że wykonawcy będą zmuszeni do uwzględnienia ryzyk związanych z wahaniami na rynku cen ropy, gazu oraz energii elektrycznej w cenie oferty. Prowadzi to zdaniem Odwołującego Mobilis do tego, że Zamawiający może otrzymać oferty w dużo większej wysokości, aniżeli miałyby to miejsce w sytuacji, gdy warunki waloryzacji zostałyby określone w sposób racjonalny i zgodny z praktyką rynkową innych zamawiających. Takie działanie nie tylko zmierza do nierealizowania zasad prawa zamówień publicznych, ale prowadzi do wypaczenia zasady ekwiwalentności zobowiązań stron umowy o zamówienie publiczne.

Konkludując, Odwołujący Mobilis stoi na stanowisku, że Zamawiający ukształtował przedmiotowy stosunek umowny w sposób naruszający podstawowe zasady prawa zamówień publicznych (zasada współdziałania), z obejściem przepisów Pzp dotyczących prawa cywilnego (zasada swobody umów), a także stanowiący obejście przepisów art. 439 ust. 1 i 3 Pzp, w konsekwencji postanowienia umowy w takim brzmieniu nie powinny być akceptowane i powinny ulec zmianie.

W zakresie zarzutu przedstawionego w pkt 3 odwołania, Odwołujący w pierwszej kolejności podniósł, że Zamawiający w PPU wskazał, że podczas realizacji zamówienia dopuszczalna jest waloryzacja wynagrodzenia poprzez

jego obniżenie, nie określił jednak limitu waloryzacji wynagrodzenia na minus. Prowadzi to do tego, że w przypadku, gdy ceny paliwa, gazu, czy energii elektrycznej, z jakichkolwiek względów spadną, a wskaźniki, określone w załączniku 10 do Umowy będą ujemne, to Zamawiający w sposób niczym nieograniczony będzie mógł obniżyć wynagrodzenie wykonawcy.

Odwołujący Mobilis wskazał, że na jeden wozokilometr składają się nie tylko koszty paliwa, czy koszt pracy kierowcy, ale także koszty stałe w szczególności zakupu, najmu, leasingu lub dzierżawy pojazdów, ubezpieczenie pojazdów, koszt bazy. Dopuszczenie zatem do sytuacji, w której koszt jednego wozokilometra może zostać znacząco obniżony ze względu na obniżenie wskaźników przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia brutto, rocznego wskaźnika zmiany cen paliw w Polsce, czy średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych jest nieadekwatne do zasad obliczania ceny w tego typu usługach. Odwołujący Mobilis podkreślił, że umowa zawierana jest na okres 10 lat, a co za tym idzie wymagane od wykonawcy przewidzenia tendencji na rynku na 10 lat do przodu jest jaskrawym przykładem przerzucenia ryzyka związanego ze zmianami na rynku, na wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z jednoczesnym zagwarantowaniem sobie możliwości nieograniczonego obniżania ceny za jeden wozokilometr, przy jednoczesnym ograniczeniu możliwości zwiększenia wysokości tej samej stawki w drugą stronę, tj. ograniczenie wskaźnika zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy do wysokości 200% stawki wynagrodzenia – czym Zamawiający w całości ograniczył ryzyko zmian cen na rynku po swojej stronie.

Zdaniem Odwołującego Mobilis uzasadnione w tym przypadku jest twierdzenie, że postanowienia załącznika numer 10 do Umowy są niesymetryczne i przerzucają ewentualne ryzyka wahań na rynku na wykonawcę zamówienia, ograniczając z drugiej strony odpowiedzialność Zamawiającego, co stanowi wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego.

Odwołujący Mobilis wskazał, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że *ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Jednakże zasada swobody zamawiającego w kształtowaniu postanowień umownych nie jest nieograniczona. Ustalenie przez zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 353(1) KC oraz klauzula generalna z art. 5 KC. O naruszeniu reguł sprawiedliwościowych można mówić wówczas, gdy dysproporcja wartości wzajemnych świadczeń jest rażąca. Postanowienia umowne podlegają ocenie co do sprzeczności z naturą stosunku zobowiązaniowego, który mają regulować lub braku zgodności z zasadami współżycia społecznego przez, przede wszystkim niezajdujące odzwierciedlenia w realnych potrzebach zamawiającego, rozłożenie ryzyk kontraktowych, czy brak ekwiwalentności świadczeń* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 10 maja 2019 roku, sygnatura akt KIO 693/19). Ponadto na poparcie twierdzeń Odwołujący Mobilis wskazał, że *Przez zmianę cen materiałów lub kosztów należy rozumieć zarówno jej wzrost, jak i jej obniżenie, co za tym idzie zastosowanie klauzuli waloryzacyjnej może powodować odpowiednie zwiększenie, ale także zmniejszenie wynagrodzenia. Takie rozwiązanie prowadzi do równego rozłożenia ryzyka w tym zakresie pomiędzy stronami umowy* (Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. Hubera Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych Warszawa, 2021). Pomimo powyższego zdaniem Odwołującego Mobilis w przypadku przedmiotowego zamówienia, Zamawiający wypacza cel regulacji art. 439 Pzp, gdyż w przypadku waloryzacji in plus ogranicza swoją odpowiedzialność, zaś w przypadku działania w drugą stronę tego ograniczenia już nie stosuje, a co za tym idzie narusza zasady współżycia społecznego wykorzystując swoją pozycję w stosunku obligacyjnym z wykonawcami zamówienia publicznego. Jak wynika z treści art. 439 ust. 2 pkt 4) Pzp, w umowie o zamówienie publiczne określa się 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 wartość „w dół”, tj. wartość, o którą wynagrodzenie zostanie zmniejszone.

Wobec tego Odwołujący Mobilis wnioskuje w treści zarzutu, że celem przepisu jest określenie limitów „maksymalnych” zmian wynagrodzenia w obie strony, celem ustalenia ekwiwalentności świadczeń stron, zaś wskazane okoliczności, uzasadniają twierdzenie, że Zamawiający powinien w projektowanych postanowieniach umowy, przewidzieć limit waloryzacji wynagrodzenia na minus, aby zachować równowagę kontraktową stron oraz wyłączyć automatyzm zmiany.

Przechodząc do argumentacji dotyczącej zarzutu wskazanego w pkt 4 odwołania, Odwołujący Mobilis zaznaczył na wstępie, że Zamawiający w jednym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przewidział możliwość świadczenia usług przy użyciu taboru o trzech rodzajach napędu, (i) napęd spalinowy, (ii) napęd elektryczny, (iii) napęd

gazowy. W tej sytuacji w ocenie Odwołującego podczas kształtowania postanowień o waloryzacji wynagrodzenia, Zamawiający powinien wziąć pod uwagę, że nie może dla każdego typu napędu przyjmować identycznego podziału kosztów w ramach składników waloryzacji, ponieważ nie odpowiadają one specyfice taboru o określonym typie napędu, a co za tym idzie przedmiotowi zamówienia w danej części. W tym kontekście Odwołujący Mobilis zauważył, że udział kosztów energii dla pojazdów o napędzie elektrycznym w ogóle kosztów, jest znacznie niższy niż w przypadku kosztów gazu dla pojazdów o napędzie gazowym, czy też oleju napędowego dla pojazdów o napędzie konwencjonalnym, albowiem dla pojazdów o napędzie elektrycznym udział kosztów energii elektrycznej stanowi ok. 11% ogółu kosztów. Mając to na względzie według oceny Odwołującego Mobilis dla ukształtowania postanowień o waloryzacji w sposób odpowiadający specyfice każdego z typu napędów, niezbędne jest dostosowanie postanowień załącznika 10 do projektowanych postanowień umowy, w sposób który został zaproponowany przez Odwołującego Mobilis w załączniku numer 2 do odwołania.

Ponadto zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego Mobilis postanowienia waloryzacyjne powinny odnosić się do wskaźników, które są określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawcy działający na rynku nie mieli wątpliwości, co do podstawy waloryzacji, jaka została przyjęta przez Zamawiającego. Zgodnie z załącznikiem numer 10 do projektowanych postanowień umowy, waloryzacja taboru o napędzie elektrycznym, w punkcie dotyczącym energii elektrycznej, ma opierać się o „wskaźnik zmiany energii elektrycznej przyjęty na podstawie informacji o miesięcznych średnioważonych cenach zakupu energii elektrycznej (BASE\_M\_MM\_YY) [PLN/MWh] publikowanym przez Towarową Giełdę Energii w raportach miesięcznych dla Rynku Dnia następnego (RDN). W ocenie Odwołującego Mobilis wskazany w załączniku 10 do projektowanych postanowień umowy, opis wskaźnika jest nieprecyzyjny. Wskaźnik waloryzacji ceny ma mieć zastosowanie do warunków panujących w latach od 2024 do 2034, a co za tym idzie waloryzacja nie może się opierać o wskaźnik właściwy dla roku 2023. Zamawiający powinien opierać się na raporcie Towarowej Giełdy Energii, Raport miesięczny, Średnioważona cena Indeks TGeBASE\_WAvg (PLN/MWh).

Analogicznie Odwołujący Mobilis wskazał, że zgodnie z załącznikiem numer 10, waloryzacja w punkcie dotyczącym gazu ma opierać się na „Wskaźniku zmiany cen paliwa gazowego przyjętego na podstawie informacji o miesięcznych cenach zakupu gazu ziemnego (GAS\_BASE\_M\_MM\_YY) publikowanego przez Towarową Giełdę Energii w raportach miesięcznych”. Odwołujący Mobilis podkreślił fakt, że kluczowi dostawcy gazu opierają cenę sprzedaży o wskaźnik TGEMA, gdzie TGEMA – oznacza średnią arytmetyczną z kursów rozliczeniowych kontraktu miesięcznego na gaz ziemny GAS\_BASE\_M, notowanego na rynku terminowym towarowym Towarowej Giełdy Energii, z dostawą w miesiącu kalendarzowym, na który wyznaczana jest cena z formuły. Średnią oblicza się dla notowań dostępnych w okresie: od ostatniego dnia kalendarzowego w miesiącu odległym od miesiąca dostawy o 2 miesiące i każdego dnia miesiąca kalendarzowego (z wyłączeniem ostatniego dnia tego miesiąca) poprzedzającego miesiąc dostawy wyrażona w PLN/MWh (przy czym bierze się pod uwagę ceny wyłącznie z dni roboczych, bez weekendów oraz dni świątecznych). Notowania dziennych kursów rozliczeniowych publikowane są na stronie internetowej Towarowej Giełdy Energii.

Mając na uwadze powyższe, wskaźniki wskazane przez Zamawiającego w załącznik numer 10 do projektowanych postanowieniach umowy powinny zostać zdaniem Odwołującego dostosowane do specyfiki taboru oraz właściwych wskaźników, które zostaną określone w sposób jednoznaczny i precyzyjny.

W kontekście zarzutu opisanego w pkt 5 odwołania Odwołujący Mobilis wskazał, że w § 8 ust. 18 projektowanych postanowień umowy, Zamawiający określił górny limit waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy in plus, który wynosi 200% stawek wynagrodzenia określonych w § 8 ust. 5 projektowanych postanowień umowy, co w pierwszym odczuciu może się wydawać limitem odpowiednio wysokim. Jednakże dokładna analiza wskazanego limitu przez pryzmat okresu obowiązywania umowy (10 lat) i konstrukcja waloryzacji, jako tzw. procentu składanego, prowadzi do konkluzji, że maksymalny roczny limit waloryzacji dla każdego roku obowiązywania umowy wynosi jedynie -11,6% stawek wynagrodzenia określonych w § 8 ust. 5 projektowanych postanowień umowy.

Odwołujący Mobilis wskazał, że tak określony poziom waloryzacji, w dniu wszczęcia postępowania nie odpowiada poziomowi inflacji, która w dniu składania odwołania wynosiła 18,4 % (inflacja za luty 2023 roku), przy czym Odwołujący Mobilis zaznaczył, że inflacja nie jest jedynym wskaźnikiem wzrostu kosztów związanych z realizacją zamówienia. Zasadą na rynku świadczenia usług przewozów autobusowych jest korzystanie z taboru na podstawie umowy leasingu, zaś koszty leasingu uzależnione są od wysokości stóp procentowych oraz prowizji i kosztów leasingodawców. Odwołujący Mobilis podkreślił, że koszty kredytów i leasingów, w wyniku wysokich stóp procentowych i kryzysu na rynku bankowym są obecnie na rynku bardzo wysokie, co bezpośrednio przekłada się na koszt świadczenia usług. Już tylko te dwa elementy – poziom inflacji i wysokość stóp procentowych, powodują, że zdaniem Odwołującego Mobilis poziom waloryzacji wynagrodzenia zaproponowany przez Zamawiającego nie odpowiada realiom rynkowym. Tymczasem

oprócz kosztów wskazanych powyżej, sporą część wynagrodzenia wykonawcy stanowią koszty paliw (diesel, gaz lub energia elektryczna), gdzie wzrosty cen poszczególnych paliw w ostatnim okresie są ogromne i wyniosły:

1) koszty energii elektrycznej porównanie dla lat 2021 i 2022 według danych z Towarowej Giełdy 2) koszty gazu porównanie dla lat 2021 i 2022 według danych z Towarowej Giełdy Energii:

Energii:

<b>miesiąc</b>	<b>2021</b>	<b>2022</b>
1	81,75	545,20
2	99,77	402,96
3	89,12	381,91
4	91,04	673,79
5	102,68	499,83
6	120,63	453,13
7	137,84	497,46
8	172,02	835,33
9	210,51	1 135,51
10	299,56	967,09
11	444,19	688,23
12	399,99	578,02

  

<b>miesiąc</b>	<b>2021</b>	<b>2022</b>
1	262,81	666,90
2	273,34	525,89
3	277,63	683,59
4	276,20	584,45
5	300,62	662,40
6	353,56	884,68
7	378,00	1 125,94
8	383,42	1 390,76
9	465,70	855,09
10	467,12	646,32
11	552,40	883,03
12	829,98	790,82

W ocenie Odwołującego Mobilis już pobieżna analiza przedstawionych zestawień, pozwala na uznanie, że ceny gazu i energii elektrycznej w 2022 roku, wzrosły i to w niektórych miesiącach wielokrotnie.

W dalszej kolejności Odwołujący Mobilis wskazał, że kolejnym elementem wpływającym na koszt realizacji zamówienia in plus są wynagrodzenia kierowców, które ze względu na bardzo trudny rynek (brak osób posiadających właściwe uprawnienia), wymaga od wykonawców utrzymywania konkurencyjnych wynagrodzeń za pracę. W sytuacji, gdy polski rząd przewidział dwukrotną w skali roku zmianę minimalnego wynagrodzenia za pracę, koszty wynagrodzeń kierowców również mogą ulegać zmianie w szybszym niż dotychczas tempie. Podczas analizy kosztów realizacji zamówienia, nie można pomijać faktu, że na rynku usług przewozowych od wielu lat pojawia się problem z zatrudnieniem kierowców, gdyż kierowców posiadających stosowne uprawnienia jest niewielu, co sprzyja temu, że jest to rynek pracownika podatny na fluktuację kadr spowodowaną lepszymi wynagrodzeniami w innych branżach (np. kierowcy TIRów). Dlatego też wykonawcy są niejako zmuszeni do zwiększania wynagrodzeń kierowców rok do roku pomimo, iż rozporządzenie w sprawie minimalnych stawek za pracę nie będzie miało zastosowania wprost. Zmiana w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę w okresach 6 miesięcznych, może prowadzić do konieczności podwyższania wynagrodzeń także kierowców autobusów, którzy będą wymagali utrzymania konkurencyjności ich wynagrodzeń, sugerując możliwość przebranżowienia. Odwołujący Mobilis dla zapewnienia właściwej obsady kadrowej będzie zmuszony podążać za tym trendem i podnosić wynagrodzenia kierowców, co także przełoży się na wysokość jego kosztów. W konsekwencji zatem ograniczenie górnego limitu waloryzacji wynagrodzenia do 200% stawek wynagrodzenia określonych w § 8 ust. 5 projektowanych postanowień umowy, pozwala na uznanie, że klauzula waloryzacyjna przez wprowadzony w umowie limit staje się być pozorna, gdyż wykonawca będzie mógł skorzystać z waloryzacji wynagrodzenia tylko w ograniczonym zakresie.

Odwołujący Mobilis podkreślił, że waloryzacja wynagrodzenia, o której mowa w art. 439 Pzp ma na celu zrównoważenie stron umowy o zamówienie publiczne. Klauzule określone w ww. przepisie umożliwiają bowiem przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej stron umowy zachwianej określonymi zdarzeniami, które mogą mieć miejsce w trakcie jej realizacji. W przypadku umów zawartych na okres 10 lat, każda umowa powinna zawierać postanowienia dotyczące zasad wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia, które są sformułowane w sposób odpowiadający realiom rynkowym – tj. pozwala w sposób realny przywrócić równowagę kontraktową stron. Na poparcie powyższego Odwołujący Mobilis przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 9 marca 2015 roku, KIO 346/15, zgodnie z którym „Zmiana wynagrodzenia wykonawcy powinna być adekwatna, wynikająca wprost z zaistniałej zmiany przepisów prawa, a kwota, o jaką zmienione zostanie wynagrodzenie, nie powinna być ani niższa, ani wyższa niż to wynika ze zmiany

*przepisów prawa. Przy czym wykonawca powinien wykazać wpływ zmiany przepisów prawa na koszty wykonania zamówienia*”. Postanowienia obecnie zaproponowane przez Zamawiającego nie uwzględniają w ocenie Odwołującego Mobilis specyfiki rynku, a co za tym idzie powinny zostać dostosowane w taki sposób, aby waloryzacja wynagrodzenia była realna, a nie pozorna.

Odnosnie okoliczności uzasadniających zarzut postawiony w pkt 6 odwołania Odwołujący Mobilis wskazał, że Zamawiający w § 8 ust. 13 PPU, ustanowił termin zawity na złożenie wniosku o zwaloryzowanie wynagrodzenia. W § 8 ust. 8 PPU, Zamawiający wskazał, że wniosek wykonawcy o dokonanie waloryzacji wynagrodzenia lub pismo Zamawiającego dotyczące zmiany wysokości wynagrodzenia należy złożyć w terminie do końca września. Z kolei w § 8 ust. 13 PPU zamawiający wskazał, że uchybienie przez wykonawcę terminowi wskazanemu w § 8 ust. 8 PPU, prowadzi do uznania, że wykonawca zrzekł się roszczenia o waloryzację wynagrodzenia. O ile postanowienia § 8 ust. 8 PPU, wskazują na obowiązek złożenia właściwego pisma przez obie strony stosunku prawnego, to sankcja za brak działania w tym zakresie skierowana jest wyłącznie wobec wykonawcy.

Prowadzi to w ocenie Odwołującego Mobilis do uprzywilejowanej pozycji Zamawiającego, ponieważ nawet gdy uchybi on swoim obowiązkom w zakresie terminowego doręczenia pisma dotyczącego podstaw obniżenia wynagrodzenia, to będzie on mógł skorzystać ze swojego uprawnienia. Wykonawca zaś traci swoje roszczenia w zakresie waloryzacji, nawet gdy uchybi w złożeniu właściwego wniosku o 1 dzień, co w ocenie odwołującego jest sankcją nieproporcjonalną, która może narazić wykonawcę na kolejne straty (ponad te opisane w zarzucie pierwszym i drugim), podczas realizacji przedmiotu umowy. W konsekwencji przywrócona powinna zostać równowaga kontraktowa stron, czemu zdaniem Odwołującego Mobilis będzie służyło wykreślenie postanowienia § 8 ust. 13 PPU.

Z kolei w zakresie okoliczności związanych z zarzutem z pkt 7 odwołania, Odwołujący Mobilis przywołał fakt, że Zamawiający w § 2 umowy określił okres realizacji umowy, który rozpoczyna się 1 sierpnia 2024 roku. Zakładając, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przebiegnie bardzo sprawnie – tj. wybór oferty najkorzystniejszej zostanie dokonany nie później niż do końca sierpnia 2023 roku, to wykonawcy będą mieli tylko ok. 12 miesięcy na przygotowanie się do świadczenia usług.

Odwołujący Mobilis podkreślił, że proces przygotowania się do świadczenia usług jest bardzo złożony i polega na zagwarantowaniu sobie co najmniej 151 fabrycznie nowych autobusów o określonych przez Zamawiającego parametrach oraz zajezdni autobusowej, której parametry techniczne oraz wyposażenie wymagają przeprowadzenia złożonego procesu inwestycyjnego, w tym zwłaszcza związanego z wymaganym źródłem napędu danych autobusów. Odwołujący Mobilis wskazał ponadto, że czas produkcji autobusów o parametrach wskazanych przez Zamawiającego wynosi, co najmniej 12 miesięcy od dnia złożenia właściwego zamówienia, a co za tym idzie przy założeniu, że zamówienie zostanie przez wykonawców złożone w dniu upływu okresu standstill, to zapewnienie właściwej liczby pojazdów niezbędnych do świadczenia usług jest niemożliwe.

Drugim istotnym elementem niezbędnym w ocenie Odwołującego Mobilis do świadczenia usług przez wykonawców jest zajezdnia, pozwalająca na parkowanie 151 pojazdów, ich ładowanie (w przypadku pojazdów o napędzie elektrycznym), mycie i prowadzenie napraw. Na terenie Krakowa jest niewiele nieruchomości, które posiadają parametry niezbędne dla zapewnienia bazy dla 151 autobusów, a nieruchomości te wymagają dostosowania, tj. wybudowania warsztatu napraw, myjni, ładowarek do pojazdów o napędzie elektrycznym, wybudowania przyłączy energetycznych o odpowiedniej mocy i podłączenia ich do sieci energetycznej. Przeprowadzenie ww. czynności dostosowawczych, wymaga zatem uzyskania warunków przyłączenia, a potencjalnie również dokonania oceny oddziaływania na środowisko, przygotowania projektu budowlanego, uzyskania właściwych decyzji administracyjnych oraz rozpoczęcia inwestycji, w tym pozwolenia na budowę. Analiza powszechnie obowiązujących przepisów prawa – ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane, ustawy z dnia 3 października 2008 roku o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko, oraz procedur dotyczących uzyskania warunków przyłączenia prowadzi do wniosku, że wykonanie wszystkich ciężących na inwestorze obowiązków w okresie 12 miesięcy jest niemożliwe do wykonania.

W tym kontekście Odwołujący Mobilis wskazał, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że zamawiający zobowiązany jest zapewnić realne uwzględnienie wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych zawartych w SWZ mających wpływ na realizację zamówienia, w sposób zapewniający konkurowanie w warunkach uczciwej i równej konkurencji. Izba wskazuje, że zapewnienie zbyt krótkiego terminu na realizację zamówienia nie stwarza warunków równej konkurencji (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 29 września 2020 roku, sygn. akt KIO 2142/20). Podobne stanowisko zostało wyrażone w wyroku Izby z 14 września 2010 roku sygn. akt KIO 1860/10

„Określenie przez zamawiającego w postępowaniu niemożliwego do dotrzymania terminu realizacji przedmiotu zamówienia, przy uwzględnieniu specyfiki przedmiotu dostawy oraz obowiązujących na danym rynku reguł związanych z realizacją tego typu zamówień może w sposób bezpośredni prowadzić do naruszenia jednej z zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i tym samym do naruszenia powyższej normy prawnej”. W innym orzeczeniu Izba wskazała, że „Wprawdzie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nie wynika dla zamawiającego obowiązek dokonania takiego opisu przedmiotu zamówienia, w tym ustalenia terminu jego realizacji, który powodowałby dostępność zamówienia dla każdego wykonawcy konkurującego na danym rynku, ale nie może też prowadzić do sytuacji w której spełnienie przez wykonawcę świadczenia będzie, z przyczyn obiektywnych, niemożliwe. Niewątpliwie termin wykonania zamówienia jest jednym z istotniejszych elementów opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający musi zatem brać pod uwagę wskazane w przepisach art. 29 ust. 1 ustawy Pzp wymagania i okoliczności, mające wpływ na treść oferty wykonawcy i jego późniejsze zobowiązanie wynikające z zawartej umowy” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 25 lipca 2018 roku, sygnatura akt KIO 1365/18).

W konsekwencji w ocenie Odwołującego Mobilis uzasadnione jest wydłużenie okresu przygotowawczego do 18 miesięcy, aby każdy potencjalny wykonawca miał możliwość przygotowania się do świadczenia usługi.

W zakresie zarzutu z pkt 8 odwołania Odwołujący Mobilis wskazał, że zgodnie z art. 483 § 1 KC *można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi poprzez zapłatę określonej sumy (kara umowna)*. Zobowiązanie wykonane jest należycie jeżeli zostało wykonane zgodnie z jego treścią, w sposób odpowiadający jego celowi społeczno – gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Przepis art. 354 § 1 KC jednoznacznie wskazuje, że postępowania dłużnika mające na celu spełnienie świadczenia należy oceniać z punktu widzenia czterech kryteriów, do których należą: treść zobowiązania, zasady współżycia społecznego, cel społeczno – gospodarczy zobowiązania, ustalone zwyczaje. Szczegółowej analizie należy poddać przede wszystkim pierwsze z kryteriów wskazanych w zdaniu poprzedzającym, tj. treść zobowiązania. Odwołujący Mobilis powołując się na poglądy doktryny podniósł, że treścią zobowiązania są przede wszystkim uprawnienia i obowiązki stron stosunku prawnego, które zostały określone w ramach łączącego strony stosunku prawnego, które są określone w postanowieniach umowy lub przepisach ustawy (*Kodeks cywilny, Tom I, Komentarz art. 1 – 449(10)*, pod red. prof. dr hab. Krzysztofa Pietrzykowskiego, Wydawnictwo C. H. Beck Warszawa 2020). Jednak treści zobowiązania nie można interpretować wyłącznie o literalne brzmienie treści stosunku prawnego, gdyż stosunek prawny kształtowany jest nie tylko w oparciu o prawa i obowiązki szczegółowo określone w oświadczeniach woli stron, ale także poprzez zobowiązania i uprawnienia wynikające z przepisów ustawy, zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów (art. 56 KC) (Grzegorz Tracz *„Pojęcie wykonania i niewykonania zobowiązań w polskim prawie cywilnym”* [w] *Kwartalnik Prawa Prywatnego* rok XVIII:2009, z. 1). Strony umowy mogą wprowadzić do umowy postanowienia, które pozwolą na naliczenie kary umownej w wysokości z góry określonej (określona suma), w sytuacji, gdy wykonawca nie uczyni zadość swoim obowiązkom wynikającym z umowy. Naruszenie obowiązku, które może skutkować naliczeniem kary umownej może dotyczyć wyłącznie świadczeń niepieniężnych, co wynika z literalnego brzmienia przepisu art. 483 § 1 KC. Odwołujący przywołał również wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z 2 października 2020 roku, sygnatura akt III CSK 77/18, zgodnie z którym *„Do przedmiotowo istotnych elementów zastrzeżenia kary umownej należy zaliczyć przede wszystkim określenie zobowiązania, a przynajmniej pojedynczego obowiązku, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie rodzi obowiązek zapłaty kary”*.

W świetle powyższego, w ocenie Odwołującego Mobilis, analiza postanowień § 10 PPU oraz załącznika nr 8 do Umowy, prowadzi do wniosku, że określone w tabeli rodzaje nieprawidłowości skutkujące obniżeniem wynagrodzenia stanowią naruszenia obowiązków niemajątkowych wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu i w rezultacie, rozwiązanie to ma w praktyce charakter kary umownej zatem Zamawiający powinien zastosować limit kar umownych również do obniżek wynagrodzenia wykonawcy w sytuacjach określonych w § 10 PPU. Nazwanie bowiem kar umownych – zmniejszeniem wynagrodzenia z powodu niewłaściwej jakości wykonywanych usług, nie zwalnia więc zamawiającego z obowiązku określonego w art. 436 pkt 3 Pzp.

W rezultacie, w ocenie Odwołującego Mobilis uzasadnione jest określenie limitu kar umownych dla naruszeń zobowiązań wykonawcy określonych w § 10 PPU oraz załączniku nr 8 do Umowy, aby uczynić zadość obowiązkowi Zamawiającego, nałożonym na niego na mocy przepisu art. 436 Pzp.

W kontekście zarzutu z pkt 9 odwołania Odwołujący przywołał treść art. 433 pkt 1) Pzp, który stanowi, że projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia. W dalszej kolejności wskazano, że Zamawiający w

załączniku nr 8 do Umowy przewidział, że wykonawca będzie ponosił odpowiedzialność za niepunktualny odjazd z przystanku. Odwołujący Mobilis wskazał, że w żadnym postanowieniu PPU czy załączniku nr 8 do Umowy nie przewidziano, aby wykonawca po stwierdzeniu przez organy kontroli „niepunktualnego odjazdu z przystanku” miał możliwość wykazania, że niepunktualność była spowodowana okolicznościami od niego niezależnymi (np. wypadkiem samochodowym na trasie który opóźnił autobus, koniecznością wezwania pomocy dla pasażera autobusu itp). Prowadzi to w ocenie Odwołującego Mobilis do konkluzji, że Zamawiający przewidział możliwość nakładania na wykonawców kar za opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy.

Jednocześnie Odwołujący Mobilis wskazał, że odpowiedzialność za opóźniony odjazd autobusu nie jest uzasadniona okolicznościami lub zakresem zamówienia, a okolicznościami, które mają miejsce na drodze, np. złe warunki atmosferyczne, korki, kolizje drogowe, liczne objazdy. Wszystkie te okoliczności pozostają poza wpływem kierowców obsługujących daną linię, zaś wykonawca (kierowca) nawet przy zachowaniu najwyższej profesjonalnej staranności nie może ich przewyciężyć, a co za tym idzie nakładanie na wykonawców kar z tego tytułu jest nadmierne i niezgodne z dyspozycją przepisu art. 433 pkt 1) Pzp. Twierdzenie to potwierdza stanowisko wyrażone w Komentarzu do Pzp autorstwa Urzędu Zamówień Publicznych (Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. Hubera Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych Warszawa, 2021, w którym wskazano, że *projektowana umowa w sprawie zamówienia publicznego nie może przewidywać postanowień dotyczących odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie (...)*Projektowane postanowienie umowne nie może dotyczyć każdego przypadku opóźnienia. Z przepisu wynika, iż intencją ustawodawcy jest, by kary umowne były związane ze *zwłoką*, czyli „kwalifikowaną” formą opóźnienia, a nie z każdym potencjalnym opóźnieniem bez względu na jego genezę”. Mając na uwadze powyższe oraz literalne brzmienie art. 433 pkt 1) Pzp, który wskazuje, że nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za opóźnienie stanowi klauzule niedozwoloną, w ocenie Odwołującego Mobilis kara umowna za nieterminowy odjazd z przystanku powinna być uzależniona od zawinienia wykonawcy.

W zakresie zarzutów wskazanych pkt 10 i 11 odwołania Odwołujący Mobilis wskazał, że wykonawcy zobowiązani są w niniejszym postępowaniu, do wniesienia przed zawarciem umowy zabezpieczenia należytego wykonania umowy na cały okres od dnia zawarcia umowy do końca sierpnia 2034 roku, a co za tym idzie na ok 11 lat. Tak długi okres obowiązywania zabezpieczenia należytego wykonania umowy, generuje po stronie wykonawcy duże koszty, związane z obsługą gwarancji należytego wykonania umowy oraz zmniejsza jego zdolność kredytową, ponadto w przypadku zabezpieczenia wnoszonego w pieniądzu blokuje środki na ok 11 lat. Zdaniem Odwołującego Mobilis tak ukształtowany okres wniesienia zabezpieczenia jest nieuzasadniony, ponieważ od dnia zawarcia umowy (sierpień 2023 roku) do 1 sierpnia 2024 roku nie będzie prawnej ani faktycznej możliwości do skorzystania przez Zamawiającego z tego zabezpieczenia, z tego względu, że wykonawca do sierpnia 2024 roku, nie podejmuje żadnych czynności w ramach realizacji przedmiotu umowy.

W związku z powyższym w ocenie Odwołującego Mobilis nie ma podstaw, aby żądać od wykonawców wniesienia zabezpieczenia na okres o ponad rok dłuższy aniżeli wynika to ze stosunku prawnego i generowania dodatkowych kosztów związanych z realizacją zamówienia. Art. 449 ust. 3 Pzp dopuszcza sytuacje, w których Zamawiający ustali inny aniżeli dzień podpisania umowy termin na wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W szczególności, w przypadku, gdy jest to uzasadnione postanowieniami umowy – terminem rozpoczęcia wykonywania świadczenia, tak jak w przypadku przedmiotowej sprawy. Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego Mobilis uzasadnione jest dokonanie zmiany w zakresie postanowień umowy dot. zabezpieczenia należytego wykonania umowy, poprzez zobowiązanie wykonawcy do wniesienia go na 30 dni przed dniem rozpoczęcia świadczenia usług pod rygorem odstąpienia od umowy o zamówienie publiczne. Co więcej, Zamawiający zgodnie z postanowieniami art. 442 ust. 8 Pzp, w przypadku wnoszenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zawartej na okres dłuższy niż 5 lat, ma obowiązek dopuścić możliwość wniesienia zabezpieczenia przez wykonawcę w formie dwóch gwarancji bankowych lub ubezpieczeniowych, każda na okres nie krótszy niż 5 lat. Literalne brzmienie przepisu art. 452 ust. 8 Pzp, stanowi że, „zabezpieczenie w innej formie (niż pieniądź – dopisek Odwołującego Mobilis) wnosi się na okres nie krótszy niż 5 lat”, a co za tym idzie wymaganie od wykonawcy, aby w dniu zawarcia umowy złożył gwarancję bankową lub ubezpieczeniową na okres ponad 10 lat, jest żądaniem nieproporcjonalnym, które generuje dodatkowe koszty związane z ustanawianiem właściwego zabezpieczenia.

W zakresie zarzutu z pkt 12 odwołania Odwołujący Mobilis zaznaczył, że Zamawiający w § 11 ust. 8 PPU, przewidział możliwość obniżania wynagrodzenia wykonawców, w przypadku, gdy po upływie 18 miesięcy liczonych od dnia podpisania umowy nie będzie on realizował przedmiotu zamówienia przy użyciu taboru, o określonym w ofercie napędzie. Postanowienie te pozwalają Zamawiającemu na pomniejszanie wynagrodzenia wykonawcy, w sytuacji, gdy chociażby jeden z autobusów przeznaczonych do realizacji zamówienia nie będzie spełniał właściwych parametrów, zaś

podstawą do obniżenia wynagrodzenia jest całkowite miesięczne wynagrodzenie wykonawcy. Kara przewidziana przez Zamawiającego w tym zakresie jest zatem według Odwołującego Mobilis nieproporcjonalna do zakresu naruszenia. Zgodnie bowiem z opisem przedmiotu zamówienia, wykonawca jest zobowiązany świadczyć usługi przy użyciu 151 pojazdów i jeżeli chociażby jeden z pojazdów nie spełniał wymogów Zamawiającego, to mógłby on pomniejszyć całe wynagrodzenie wykonawcy za dany okres rozliczeniowy. Sankcja w tym przypadku jest zbyt dotkliwa, ponieważ pozbawia przyszłego wykonawcę zamówienia, znaczącej części dochodu z tytułu świadczenia usług w danym okresie rozliczeniowym, zaś kara umowna powinna odpowiadać swą dotkliwością wadze naruszenia, w przedmiotowym przypadku, uznać należy, że jest ona nieproporcjonalna i nadmiernie wygórowana.

W kontekście zarzutu pkt 13 odwołania Odwołujący Mobilis przywołał zapis § 11 ust. 6 PPU, w którym Zamawiający przewidział możliwość naliczenia kar umownych z tytułu ograniczenia przewozów z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca. Podstawą do naliczenia kar umownych może być nieobsłużenie jakiegokolwiek linii w nieokreślonym przez Zamawiającego okresie. Pozwala to na uznanie, że kara ta będzie miała zastosowanie, w przypadku, gdy na konkretnej linii autobusowej, wykonawca nie zrealizuje jednego przejazdu. Kara umowna dla tego naruszenia została określona na podstawie 5% ceny netto całego zamówienia, tj. ceny za realizację usług w okresie od 1 sierpnia 2024 roku do 31 lipca 2034 roku.

Kara umowna w takim przypadku jest w ocenie Odwołującego Mobilis nadmiernie wygórowana, gdyż za niewielkie naruszenie (niezrealizowanie jednego kursu na określonej trasie lub chwilowe niedziałanie systemu), Zamawiający może naliczyć karę umowną na poziomie kilkuset milionów złotych.

W odniesieniu do zarzutu z pkt 14 odwołania Odwołujący Mobilis wskazał, że na rynku usług przewozowych jest bardzo duży problem z zatrudnieniem kierowców o określonych uprawnieniach i kwalifikacjach. Wykonawcy w celu zagwarantowania niezbędnej obsady rekrutują pracowników pochodzących z Ukrainy oraz innych państw. Odwołujący Mobilis podkreślił, że wszyscy zatrudnieni przez niego kierowcy posiadają komunikatywną zdolność posługiwania się językiem polskim w mowie, w sposób pozwalający na świadczenie usług przewozowych na najwyższym poziomie, jednak przeważająca część tych osób, nie posiada certyfikatów potwierdzających znajomość języka polskiego na poziomie B1. W tym kontekście Odwołujący Mobilis stwierdził, że wprowadzenie do OPZ, obowiązku udokumentowania przez wykonawców znajomości języka polskiego po stronie kierowców może skutkować koniecznością zatrudniania wyłącznie osób o polskim obywatelstwie, co po pierwsze w sposób znaczący podniesie koszty świadczenia usług, a po drugie w sposób niczym nieuzasadniony ograniczyć swobodę przepływu usług, która jest jedną z naczelnych zasad traktatowych.

Mając na uwadze wszystkie wskazane powyżej okoliczności, w ocenie Odwołującego Mobilis uzasadnione jest odstąpienie przez Zamawiającego od wymogu udokumentowania znajomości języka polskiego przez kierowców wyznaczonych do realizacji zamówienia, gdyż w skrajnym przypadku może to uniemożliwić złożenie ofert w przedmiotowym postępowaniu.

Pismem z dnia 13 kwietnia 2023 r. odpowiedź na odwołanie w niniejszej sprawie złożył Zamawiający, wnosząc o jego oddalenie, wskazując, że w jego ocenie zarzuty podniesione w odwołaniu, nie zasługują na uwzględnienie.

***Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ i projektowane postanowienia umowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępujących zawarte w odwołaniach, odpowiedziach na odwołania i pismach procesowych oraz wyrażone ustnie na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.***

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień:

- w sprawie o sygnaturze KIO 935/23 przez wykonawcę „Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz.” Sp. z o. o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Odwołującego Arriva. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego;

- w sprawie o sygnaturze KIO 946/23 przez wykonawcę Mobilis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego;

- w sprawie o sygnaturze KIO 954/23 przez wykonawcę Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu oraz wykonawcę „Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej z siedzibą w Grodzisku Maz.” Sp. z o. o. w

Grodzisku Mazowieckim do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Odwołującego Mobilis. W związku z tym ww. wykonawcy stał się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Izba w stwierdziła istnienie przesłanek materialnoprawnych o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP do wniesienia odwołań. Ponadto Izba nie stwierdziła istnienia przesłanek do odrzucenia odwołań, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników, Zamawiający wyjaśnił, że w dniu 14 kwietnia 2023 r. dokonał modyfikacji postanowień SWZ oraz projektowanych postanowień umowy, które dotyczyły także postanowień objętych odwołaniami oraz przesunął termin składania ofert w postępowaniu do dnia 19 maja 2023 r. Ponadto Zamawiający oświadczył, że uwzględni:

- w sprawie o sygn. KIO 935/23 zarzuty odwołania określone w pkt 5 lit. d) i pkt 8;
- w sprawie o sygn. KIO 954/23 zarzuty odwołania określone w pkt 1 i 14.

W sprawie o sygn. KIO 935/23 na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników Odwołujący Arriva oświadczył, że wycofuje zarzuty odwołania określone w pkt 3a, 3b, 3d, 4b, 4d, 4i, 5a, 5b oraz 5d.

W sprawie o sygn. KIO 935/23 na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników Odwołujący Mobilis oświadczył, że wycofuje zarzuty odwołania określone w pkt 8, 9, 10, 11 i 12.

W związku z powyższymi oświadczeniami odwołujących oraz Zamawiającego, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze:

- w sprawie o sygn. KIO 935/23 w części dotyczącej zarzutów oznaczonych w uzasadnieniu odwołania jako zarzuty pkt II. 3 a), II. 3 b), II.3 d), II. 4 b), II. 4 d), II. 4 i), II. 5 a), II. 5 b), II. 5 d) oraz II. 8 odwołania;

- w sprawie o sygn. KIO 954/23 w części dotyczącej zarzutów oznaczonych w uzasadnieniu odwołania jako zarzuty pkt 1.1), 1.8), 1.9), 1.10), 1.11), 1.12) oraz 1.14) odwołania.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

#### **Ad. A Odwołanie wniesione przez Arriva (sygn. akt KIO 1669/19):**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie częściowo zasługiwało na uwzględnienie.

1. Zarzuty dotyczące określenia terminu rozpoczęcia świadczenia usług datą kalendarzową na dzień 1 sierpnia 2024 r., biorąc pod uwagę możliwą długość postępowania przetargowego oraz czas potrzebny do przygotowania się do świadczenia usług (zarzuty II.1 i II.4. lit. g) odwołania).

Izba uznała, że odwołanie w ww. części należało uwzględnić i nakazała modyfikację postanowień dokumentów zamówienia poprzez oznaczenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług, z uwzględnieniem koniecznego okresu mobilizacji, tj. jako następującego 1 sierpnia 2024 r. lub 11 miesięcy od podpisania Umowy, zależnie od tego, które nastąpi później. Stosownie do art. 436 pkt 1 Pzp, umowa zawiera postanowienia określające w planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną. Zamawiający ma zatem obowiązek co do zasady określić termin zakończenia realizacji umowy nie konkretną datą, ale poprzez ustalenie pewnego okresu, w którym wykonawca powinien wykonać przedmiot umowy. Regulacja ma na celu zapewnienie, by wszyscy wykonawcy mieli jednakową wiedzę o czasie wymaganym do realizacji zamówienia. Ma to zapobiec sytuacji, gdy każdy wykonawca odrębnie, na podstawie własnego doświadczenia i wiedzy, estymował najpierw spodziewany termin zawarcia umowy (mimo że nie miał wpływu na tę datę), a następnie próbował wyliczyć pozostały mu czas na realizację zamówienia.

Postanowienia umowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą uzależnione są od charakteru i rodzaju zamówienia, jego zakresu i wielkości, a także sposobu oraz terminu realizacji zamówienia. Postanowienia umowy powinny być w każdym przypadku dostosowane do specyfiki udzielanego zamówienia. W szczególności w przypadku umów długoterminowych zamawiający winien również przewidzieć w razie potrzeby postanowienia dotyczące planowanego terminu wykonania poszczególnych części usługi, dostawy czy roboty budowlanej, z tym że w tym przypadku należy również określić terminy cząstkowe: w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach.

Jak wynika z bezspornych w tym zakresie stanowisk stron w tzw. 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. W szczególności czynności określone zostały w załączniku nr 3 do umowy i obejmują m.in. przygotowania w pełni funkcjonalnego zaplecza technicznego zajezdni autobusowej z

niezbędnymi elementami infrastruktury, zapewnienie niezbędnego taboru wraz z jego wyposażeniem, a także systemów teleinformatycznych niezbędnych do realizacji usługi. Skala i zakres powyższego wraz z wyznaczeniem przez Zamawiającego terminów na dokonanie tych czynności, a także przewidziane przez zamawiającego w projektowanych postanowieniach umowy (dalej „PPU”) sankcje związane z brakiem realizacji tych czynności, wskazują jednoznacznie, że czynności przygotowawcze stanowią część usługi stanowiącej przedmiot niniejszego postępowania. Z tego względu w ocenie Izby w warunkach przedmiotowego zamówienia winny mieć do tej części zastosowanie zapisy art. 436 pkt. 1 Pzp który określa jako zasadę ustalanie terminu realizacji zamówienia w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach. Ponadto Zamawiający nie wykazał, że w przedmiotowej sytuacji uzasadnione jest zastosowanie wyjątku od powyższej zasady tj. że określenie terminu za pomocą konkretnej daty jest uzasadnione obiektywną przyczyną. W ocenie Izby wyjaśnienie tej przyczyny i jej udokumentowanie ciążyło na Zamawiającym, przy czym winna to być przyczyna o charakterze obiektywnym a zatem istniejąca niezależnie od Zamawiającego. Powyższe prowadzi do wniosku, że po pierwsze nie można powoływać się na przyczyny zależne od Zamawiającego, czyli okoliczności subiektywne. Po drugie, jak wynika wyraźnie z przepisu obiektywne przyczyny zastosowania konkretnej daty muszą być uzasadnione. Powyższe standardy dla przesłanek z art. 436 pkt. 1 Pzp Izba oparła m. in. na orzecznictwie (m. in. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 listopada 2021 r., sygn. XXIII Zs 118/21) wydanym na tle oceny obiektywnych przyczyn określonych w § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) zgodnie z którym składając zamawiającemu oświadczenie, o którym mowa powyżej, wykonawca powinien wskazać zamawiającemu, że nie był w stanie pozyskać stosownych dokumentów, a zatem, że podjął środki w celu ich pozyskania, ale środki te okazały się nieskuteczne, a także określić przyczynę nie uzyskania takich dokumentów, przy czym przyczyna ta powinna mieć obiektywny charakter. W ocenie Izby w świetle brzmienia obu przepisów nie istnieją przesłanki, aby odmiennie określać standardy dla oceny zaistnienia obiektywnych przyczyn w obu przypadkach i w konsekwencji standardy te mają zastosowanie również w odniesieniu do czynności Zamawiającego podjętych w oparciu o art. 436 pkt 1 Pzp.

W ocenie Izby Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie sprostął określonym wyżej standardom. W pierwszej kolejności należy wskazać, że Zamawiający nie wskazał jakichkolwiek przyczyn obiektywnych, zewnętrznych i niezależnych od tego podmiotu, które miałyby stanowić przyczynę określenia terminu wykonania świadczenia datą dzienną. Przeciwnie – wszelkie okoliczności tj. warunki realizacji zamówienia, jego skala, określenie wymagań dot. zakresu, skali i rodzaju usług przewidzianych w ramach czynności przygotowawczych, jak również data zakończenia obowiązujących umów czy moment wszczęcia postępowania były w całości znane zamawiającemu i w jego wyłącznej decyzji pozostawał tak moment rozpoczęcia przygotowań do postępowania, jak i moment jego uruchomienia. Podstawowym i jedynym argumentem Zamawiającego na poparcie tego wyłączenia był fakt, że w dacie 31.07.2024 r. kończą się obecnie obowiązujące umowy na świadczenie usług przewozu, które są usługą o charakterze ciągłym i stanowią jedno z podstawowych zadań publicznych realizowanych przez Zamawiającego. W pierwszej kolejności należy wskazać na przywołane wcześniej okoliczności tj. skalę i zakres działań w ramach czynności przygotowawczych, a także fakt że data ta nie wynika z jakichkolwiek zewnętrznych względem Zamawiającego uwarunkowań. Mając na uwadze powyższe należy zauważyć ponadto, że realizacja zadań w zakresie świadczenia usług publicznego transportu pasażerskiego nie zwalnia Zamawiającego z przestrzegania innych norm i regulacji prawnych. Jak jednoznacznie wskazuje art. 5 ust. 3 Rozporządzenia nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70 (Dz.U. L 315 z 3.12.2007, s. 1) właściwe organy, które zlecają świadczenie usług osobie trzeciej niebędącej podmiotem wewnętrznym, udzielają zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych w drodze przetargu, z wyjątkiem przypadków określonych w ust. 4, 5 i 6. Procedura przetargowa jest otwarta dla każdego podmiotu, sprawiedliwa i zgodna z zasadami przejrzystości i niedyskryminacji. Z kolei w Komunikacie Komisji Europejskiej z dnia 29 marca 2014 r. w sprawie wytycznych interpretacyjnych w odniesieniu do rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego (Dz. Urz. UE 2014 C 92/1) w odniesieniu do ww. przepisu Komisja wskazała, że w celu zapewnienia potencjalnym oferentom sprawiedliwych i równych szans należy przewidzieć odpowiedni i racjonalny okres czasu między wszczęciem procedury przetargowej i terminem składania ofert, a także między wszczęciem procedury przetargowej i terminem, w którym rozpocząć się ma świadczenie usług transportowych. W ocenie składu orzekającego w warunkach przedmiotowego zamówienia Zamawiający zobowiązany był – w celu zapewnienia wszystkim wykonawcom zainteresowanym udziałem sprawiedliwych i równych szans oraz prawidłowej kalkulacji ceny ofertowej, a także z uwagi na niewykazanie obiektywnych przyczyn wskazania daty dziennej, oznaczenie terminu wykonania części usługi obejmującej prace przygotowawcze określonego w miesiącach. Tym samym zarzuty wskazane w pkt II.1. oraz pkt II.4.g) odwołania zasługiwały na uwzględnienie.

2. Zarzut dotyczący zaniechanie wymogu zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę kierowców autobusów (w wymiarze odpowiadającym co najmniej wymiarowi pracy tych osób przy realizacji umowy).

Izba uznała, że odwołanie w ww. części należało uwzględnić i nakazała modyfikację postanowień dokumentów zamówienia poprzez wprowadzenie wymogu zatrudnienia na umowie o pracę kierowców autobusów. Stosownie do art. 95 ust 1 Pzp, Zamawiający określa w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz.U. z 2022 r. poz. 1510). Ten ostatni przepis stanowi zaś, że przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca - do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem.

W pkt 3.3 SWZ Zamawiający wskazał, że wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę, przez cały okres realizacji zamówienia, wszystkich osób wykonujących następujące czynności: dyspozytora, inspektora ruchu, kierownika zajezdni, kierowcy autobusu. Obowiązek ten nie dotyczy sytuacji, gdy czynności te będą wykonywane samodzielnie i osobiście przez osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą w postaci tzw. samozatrudnienia.

Izba podzieliła argumentację przedstawioną przez Odwołującego, że mając na uwadze charakter i sposób realizacji usług przez kierowców wypełnia ona zasadnicze cechy stosunku pracy. W szczególności stanowią one czynności wykonywane w określonych godzinach i miejscu, w warunkach podporządkowania się określonym normom porządkowym (określonym m.in. w załączniku 3.06 do umowy na świadczenie autobusowych usług przewozowych w Komunikacji Miejskiej w Krakowie – Prawa i obowiązki prowadzącego pojazd) oraz realizowane są osobiście oraz pod kierownictwem, zgodnie z poleceniami i wytycznymi wykonawcy. Ponadto ryzyko gospodarcze oraz odpowiedzialność wobec Zamawiającego za rezultat i wykonywanie czynności ponosi Wykonawca, którego Zamawiający może obciążać sankcjami wynikającymi z treści PPU oraz załącznika nr 8 do PPU.

Izba nie kwestionuje w ślad za wskazywanym Zamawiającego orzecnictwem Sądu Najwyższego czy Naczelnego Sądu Administracyjnego formalnej możliwości zatrudniania kierowców na podstawie umów cywilnoprawnych. Przedmiotem oceny w przedmiotowym postępowaniu była ocena czy w świetle wymagań i warunków postawionych przez Zamawiającego czynności realizowane przez kierowców, które będą wykonywane w ramach zamówienia, będą miały charakter stosunku pracy. W ocenie Izby z uwagi na wskazane powyżej wymagania Zamawiającego odnośnie sposobu realizacji usługi (wykonywanej na według określonego rozkładu jazdy na określonych miejscowo trasach pod kierownictwem i nadzorem, przejawiającym się podleganiem obowiązkom regulaminowym oraz zobowiązaniem do wykonywania poleceń dyspozytora oraz służb nadzoru ruchu Wykonawcy, Zamawiającego lub innego Operatora, a także nieponoszeniem ryzyka gospodarczego związanego z prowadzoną działalnością gospodarczą), wprowadzenie wymogu związanego z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących w zakresie realizacji zamówienia czynności obejmujące prowadzenie pojazdów zostało uznane za zasadne, zaś zarzut podlegał uwzględnieniu.

W pozostałym zakresie odwołanie zostało oddalone.

Pierwszy z oddalonych zarzutów dotyczył wyznaczenia zbyt krótkiego terminu składania ofert, uniemożliwiającego w ocenie Odwołującego prawidłowe przygotowanie i oszacowanie oferty, nieuwzględniającego skali złożoności i skomplikowania przedmiotu zamówienia, ani faktu nieprzekazania wykonawcom wszystkich kluczowych informacji, co w konsekwencji oznacza brak respektowania zasady proporcjonalności, przejrzystości i uczciwej konkurencji. Odwołujący zwrócił uwagę na złożoność i specyfikę przedmiotu zamówienia oraz czas niezbędny do ich przygotowania i złożenia, przypadające w okresie pomiędzy ogłoszeniem postępowania a terminem składania ofert przypadają Święta Wielkanocne, jak i tzw. „długi weekend majowy”, znaczną wartość zamówienia, konieczność uzyskania ofert od dostawców, konieczność opracowania składanego wraz z ofertą opisu koncepcji zasilania pojazdów oraz brak wskazania konkretnie na jakich liniach będą operowały autobusy. W ocenie składu orzekającego argumentacja Odwołującego w tym przypadku, okazała się niewystarczająca. Przedstawione okoliczności związane ze złożonością postępowania oraz konieczne do wykonania czynności w ramach przygotowania oferty (tj. zgromadzenie ofert od partnerów handlowych) nie odbiegają od standardowo występujących w postępowaniach o udzielenie zamówienia. Odnosząc się do przywoływanej przez Odwołującego znacznej wartości zamówienia należy wskazać, że prawodawca tak unijny, jak i krajowy określił dla postępowań o przekraczających progi unijne minimalny termin składania ofert. Wyznaczony termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu był dłuższy od minimalnych terminów określonych w art. 138 ust. 1 Pzp, a ponadto został on przedłużony o kolejne 15 dni, osiągając łącznie 60 dni tj. okres zbliżony do

wskazywanego przez Odwołującego okresu wymaganego na dokonanie niezbędnych czynności przygotowawczych. W kwestii czasu niezbędnego na opracowanie wskazanego w pkt 5.1.8 opisu koncepcji zasilania pojazdów Izba miała na względzie w pierwszej kolejności, że w świetle zapisów tego punktu Zamawiający wymagał zawarcia w ww. dokumencie wymaganych elementów w minimalnym stopniu. Potwierdzone zostało to ponadto przez Zamawiającego w toku rozprawy, kiedy to Zamawiający wskazał, że wymaga w tym zakresie dokumentu o ogólnym charakterze przedstawiającego zakładany sposób realizacji zaplecza technicznego, nie wymaga natomiast przedstawienia w takiej koncepcji ani konkretnych dat, adresów, przedstawienia dokumentów czy warunków uzgodnionych z operatorami sieci, jak również wskazywania konkretnych urzędzeń, które miałyby się znaleźć w ramach takiego zaplecza technicznego. Powyższe w powiązaniu z zawartym w SWZ zastrzeżeniu, że przedmiotowy dokument będzie podlegał ewentualnemu uzupełnieniu zgodnie z pkt 5.6 SWZ sprawia, że przedmiotowy argument Odwołującego w kontekście wyznaczenia terminu składania ofert z naruszeniem przepisów i zasad zamówień publicznych nie znalazł potwierdzenia. Wbrew twierdzeniom Odwołującemu Zamawiający w załączniku nr 1 do OPZ zestawienie linii autobusowych objętych zamówieniem, praca przewozowa i liczba pojazdów wymaganych w zamówieniu wskazał na jakich liniach będą operowały autobusy wraz ze wskazaniem linii obsługiwanych taborem niskoemisyjnym lub zeroemisyjnym. W związku z powyższym, również w tym zakresie argumentacja odwołującego okazała się niezasadna, a zarzut podlegał oddaleniu.

Przechodząc do kolejnych grup zarzutów należało wskazać, że Izba bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, a przepisy Pzp nie zobowiązują zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, wobec wniesionego odwołania. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia, co skład orzekający jest zobowiązany uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie. Rolą art. 552 ust. 1 Pzp, podobnie jak przy interpretacji art. 316 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego (gdzie sąd wydaje wyrok, biorąc za podstawę stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy), jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wobec tego, skoro Izba wydając orzeczenie zobowiązana jest uwzględnić stan rzeczy ustalony w toku postępowania, zatem zobowiązana jest również uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesionym odwołaniu, do czasu zamknięcia rozprawy.

W ocenie Izby uwzględnieniu nie podlegały zarzuty dot. zaniechania sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia („OPZ”) oraz warunków zamówienia dotyczących realizacji Umowy w sposób przejrzysty, jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W pierwszej kolejności Izba nie uznała za zasadny zarzut określenia bardzo szerokich i nieprecyzyjnych przesłanek umożliwiających stronom wypowiedzenie Umowy w przypadku „istotnego i uporczywego” naruszenia zasad Umowy lub niewypełniania określonych w niej obowiązków (§11 ust. 3 Umowy). W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że Zamawiający dokonał zmiany § 11 ust. 3 PPU poprzez wykreślenie słowa „uporczywy”. Ponadto Odwołujący skupiając się na jednym z zapisów umownych całkowicie pominął pozostałą treść §11 PPU. Te zaś wskazują w ust 1, że w przypadku, gdy jedna ze stron narusza w sposób istotny zasady niniejszej umowy, każda ze stron ma prawo zażądać od drugiej strony pisemnych wyjaśnień dotyczących przyczyn takiego naruszenia. Z kolei §11 ust. 2 określa, że gdy pisemne wyjaśnienia złożone przez jedną ze stron nie zostaną zaakceptowane przez drugą stronę, strony wyznaczają wzajemne konsultacje, których celem będzie określenie działań zmierzających do usunięcia przyczyn naruszenia warunków umowy. Strony sporządzą protokół z konsultacji, który będzie określał działania, które zostaną podjęte przez każdą ze stron w celu wyeliminowania przyczyn naruszenia zasad umowy. Tym samym należy stwierdzić, że uprzednio wobec zastosowania kwestionowanego przez Odwołującego §11 ust. 3, PPU przewiduje trzy etapy obejmujące żądanie pisemnych wyjaśnień odnośnie przyczyn wskazywanego naruszenia, w dalszej zaś kolejności wzajemne konsultacje w celu określenia działań zmierzających do usunięcia przyczyn naruszenia warunków umowy. Wobec tak wielostopniowego procesu związanego z wyjaśnieniem przyczyn ewentualnych naruszeń, dających wykonawcy możliwość poznania tych naruszeń, wyjaśnienia ich przyczyn, a także podjęcia działań naprawczych, nie sposób uznać, że przedmiotowe zapisy skutkują czy to naruszeniem art. 99 czy art. 433 pkt 3 Pzp. Wobec powyższego zarzut ten podlegał oddaleniu.

Oddaleniu w ocenie składu orzekającego podlegały również zarzuty dotyczące braku informacji kluczowych dla należytego przygotowania oferty określone w pkt II. 3 lit. e) i f) odwołania. Odwołujący wskazał w nich, że brak informacji o liniach, które będą obsługiwane w ramach Umowy lub przynajmniej ich zbiorczych parametrów eksploatacyjnych oraz brak informacji na temat liczby zatrzymań na przystankach, wynikających z rozkładu jazdy dla każdego przystanku, uniemożliwia wykonawcom należyte przygotowanie oferty. Zarzuty te nie znalazły potwierdzenia w toku postępowania odwoławczego. W pierwszej kolejności należy wskazać, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający w załączniku nr 1 do OPZ – Zestawienie linii autobusowych objętych zamówieniem, praca przewozowa i liczba pojazdów wymaganych w zamówieniu przekazał wykonawcom informacje o liniach obsługiwanych w ramach umowy oraz ich zbiorcze parametry eksploatacyjne. Izba uznała w tym zakresie za wiarygodne stanowisko Zamawiającego przedstawione w toku postępowania, że z uwagi na specyfikę świadczenia brak jest możliwości pewnego i stałego

ustalenia informacji w tym zakresie szczegółowości oczekiwanym przez Odwołującego, zaś szczegółowe parametry eksploatacyjne mogą ulegać zmianie, w szczególności w wyniku czy to realizowania inwestycji czy to oddania do użytkowania, gdyż takie zdarzenia mają wpływ na te parametry. Okoliczności te częściowo zostały przyznane przez Odwołującego, który wskazał na pogładowy charakter informacji których wskazania oczekiwał od zamawiającego. Izba miała ponadto na względzie zawarte w § 6 ust. 3-7 PPU zapisy określające zasady i mechanizmy wprowadzania zmian parametrów eksploatacyjnych zamówienia, tak stałych jak i czasowych wynikających m.in. ze zmian w organizacji ruchu w wyniku prowadzonych remontów, świąt, imprez sportowych, kulturalnych itp. Ponadto Zamawiający podał w dokumentacji postępowania informację w zakresie miesięcznych kosztów zatrzymań na przystankach dla przewoźników. Wobec powyższego w ocenie Izby zakres i sposób sporządzenia OPZ nie naruszał wskazywanych w odwołaniu przepisów, a tym samym zarzuty w tym zakresie podlegały oddaleniu.

W ocenie Izby oddaleniu podlegały również zarzuty określone w pkt II.4. lit. a), c), e), f) i h) odwołania. Ta grupa zarzutów odnosiła się do treści PPU, które w ocenie Odwołującego naruszały art. 431, art. 433 pkt 1 i 3 oraz art. 436 pkt 2-3 Pzp. Art. 431 Pzp nakłada na zamawiającego i wykonawcę wybranego w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązek współdziałania przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w celu należytej realizacji zamówienia. Zgodnie ze wskazanym w odwołaniu art. 433 Pzp projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia (art. 433 pkt 1 Pzp) oraz odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający (art. 433 pkt 3 Pzp). Z kolei zgodnie z przywołanym przez Odwołującego art. 436 Pzp umowa zawiera postanowienia określające warunki zapłaty wynagrodzenia (art. 436 pkt 2 Pzp) oraz łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony (art. 436 pkt 3 Pzp).

Wobec tak określonej przez Odwołującego treści przepisów, które stanowiły podstawę prawną zarzutu nie sposób uznać za zasadny pierwszego z powyższej grupy zarzutów (II.4.a).

W zakresie faktycznym tego zarzutu Odwołujący wskazywał, że sporządzone przez Zamawiającego PPU nie zawierają żadnych postanowień regulujących zasady rozpoczęcia świadczenia usług (tj. stopniowego, fazowego rozpoczynania przewozów za pomocą kolejnych pojazdów). Jak zaś wynika z treści ww. przepisów żaden z nich nie reguluje kwestii wskazywanej w warstwie faktycznej zarzucanego naruszenia, która sprowadza się do kwestionowania sporządzonego opisu przedmiotu zamówienia i oczekiwanego przez Zamawiającego sposobu realizacji zamówienia. Nie sposób zatem uznać, że wskazywany przez Odwołującego brak narusza którykolwiek z wskazanych odwołaniu przepisów, gdyż przepisy te regulują zupełnie odmienne aspekty umów w sprawie zamówienia publicznego (tj. kwestie związane z odpowiedzialnością wykonawcy, karami umownymi oraz warunkami zapłaty wynagrodzenia).

Oddaleniu podlegał również zarzut II.4.c dot. określenia daleko idącego prawa do bardzo istotnego pomniejszenia wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zaistnienia okoliczności określonych w załączniku nr 8 do Umowy, pkt II. W pierwszej kolejności należy wskazać, że Odwołujący w przedstawionej argumentacji w żaden sposób nie odniósł się do przywoływanych podstaw prawnych zarzutu, w szczególności nie wskazał że kwestionowane zapisy PPU przewidują odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie, bądź za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Argumentacja Odwołującego wskazywała jedynie, że w jego ocenie dotkliwie sankcjonowane są „stosunkowo nieszkodliwe naruszenia umowy”, zaś wysokość zmniejszenia wynagrodzenia powinna się odnosić do wynagrodzenia za określony kurs, na którym nastąpiło zdarzenie, gdyż obiektywna szkoda poniesiona przez Zamawiającego będzie mniejsza w przypadku naruszenia na krótszym kursie. W ocenie składu powyższa argumentacja nie może zasługiwać na uznanie, gdyż nie wskazuje na naruszenie jakiegokolwiek z przepisów, lecz odnosi się do ustalonych przez Zamawiającego standardów jakościowych wykonania przedmiotu zamówienia, które to standardy nie naruszają żadnego z przepisów, jak również nie skutkują żądaniem świadczenia niemożliwego. Odnosząc się z kolei do argumentu wskazującego na konieczność doprecyzowania w celu usunięcia nieproporcjonalności sankcji do wielkości potencjalnej szkody, że kara będzie naliczana za maksymalnie jedno zdarzenie danego typu na danym kursie, Izba pragnie wskazać że kwestia ta została uregulowana w pkt II.5 załącznika nr 7 do umowy pn. Zasady kontroli jakości usług przewozowych świadczonych przez Wykonawcę. Zgodnie z tym zapisem stwierdzone uchybienia danego typu mogą skutkować naliczeniem kary umownej tylko raz w ciągu dnia za dany pojazd. Wobec powyższego przedmiotowy zarzut podlegał oddaleniu.

Podobnie za niezasadny należy uznać zarzut opisany w pkt II.4.lit e) odwołania wskazujący na zaniechanie wprowadzenia przez Zamawiającego limitu łącznego kar umownych naliczanych w danym miesiącu realizacji zamówienia. Jak wskazał w treści odwołania sam Odwołujący art. 436 pkt 3 Pzp nakazuje Zamawiającemu wskazanie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony, co Zamawiający uczynił w zapisie § 10 ust. 8 PPU. Zgodnie z tym postanowieniem łączna maksymalna wysokość kar umownych (w tym pomniejszeń wynagrodzenia, o których mowa w ust. 1), których może dochodzić Zamawiający w trakcie trwania umowy nie może przekroczyć 20% wartości brutto całego zamówienia. Przepis art. 436 pkt 3 Pzp nie nakłada w tym zakresie na

Zamawiającego żadnych dodatkowych obowiązków, w szczególności ustalania dodatkowych limitów szczegółowych. Odwołujący nie wykazał także, że wprowadzony w PPU limit narusza zasady ustanowione w prawie zamówień publicznych czy regulacjach kodeksu cywilnego, w szczególności że skrajnie faworyzuje Zamawiającego i wypacza równowagę stron kontraktu. Ustalony limit w wysokości 20 % nie odbiega od standardowych wartości stosowanych w postanowieniach umownych, zaś jego wysoka nominalna wartość wynika z wartości przedmiotu zamówienia i jest wobec tej wartości proporcjonalna. Zapisy umowy precyzują również podnoszoną przez Odwołującego kwestię charakteru pomniejszych wynagrodzenia, które zgodnie z § 10 ust. 1 PPU stanowią karę umowną z tytułu nienależytego wykonania przedmiotu Umowy. W ocenie Izby ww. zapisy w tym zakresie nie zawierają niejasności, są ukształtowane w sposób przejrzysty, zaś wykonawcy mają pełną świadomość co do sposobu, w jaki powinni kalkulować wynikające stąd ryzyko w cenie oferty. Ponadto z uwagi na przewidzianą w załączniku nr 7 pkt I ppkt 4-6 procedurę umożliwiającą wykonawcy złożenie wyjaśnień w zakresie wskazywanego przez Odwołującego parametru punktualności i niezawodności, Izba nie uznała jako zasadnego podnoszonego przez Odwołującego argumentu naruszenia równowagi stron kontraktu. Mając powyższe na względzie Izba oddaliła odwołanie w zakresie zarzutu II.4. lit. e).

Uwzględnieniu nie podlegał również zarzut wskazany w pkt II.4. lit. f) odwołania, tj. nałożenia na Wykonawcę znaczącego ryzyka związanego z brakiem płatności przez Zamawiającego, w którym to wypadku Wykonawcy przysługuje jedynie uprawnienie do odstąpienia od Umowy, bez możliwości domagania się zapłaty kary umownej. Zgodnie z treścią § 11 ust. 6 lit. c) PPU w przypadku odstąpienia od umowy przez Wykonawcę z powodu braku zapłaty wynagrodzenia i po przeprowadzeniu procedury opisanej w ust. 5 [wezwanie do zapłaty z wyznaczeniem terminu 14 dni – przyp. Izby], Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną w wysokości 5% ceny netto zamówienia określonej przez Wykonawcę w złożonej ofercie (Cena netto całości zamówienia (10 lat) [zł] określona w Formularzu szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej stanowiącym załącznik nr 3 do Specyfikacji Warunków Zamówienia) za niezrealizowaną część zamówienia. Wykonawca ma prawo do skorzystania z prawa do odstąpienia w ciągu 60 dni od kolejnego dnia po upływie terminu wskazanego Zamawiającemu do zapłaty zgodnie z ust. 5. Postanowienia umowne zawierają zatem regulacje, których brak kwestionował Odwołujący. Tym samym przedmiotowy zarzut jako niezasadny podlegał oddaleniu.

W świetle brzmienia PPU za niezasadny należało także uznać zarzut opisany w pkt II.4. lit. h) odwołania obejmujący określenia wysokiej kary umownej – 5 % wartości netto całego zamówienia – obejmującej także okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, płatnej w bardzo ogólnie określonych w § 11 ust. 6 i 8 PPU okolicznościach. Należy wskazać, że kwestionowana w przedmiotowym zarzucie kara umowna występuje w PPU w jednym przypadku tj. określonej w § 11 ust. 6 lit. a) PPU sytuacji nieprzystąpienia przez Wykonawcę do świadczenia usług w terminie określonym w § 2 oraz zaprzestania w całości przewozów (nieobsługiwanie linii), za których obsługę Wykonawca ponosi odpowiedzialność. Drugi zaś z przypadków tj. wskazany § 11 ust. 6 lit. b) PPU przypadek braku części taboru o parametrach określonych w załączniku nr 3 do umowy w momencie rozpoczęcia świadczenia usług określa karę jako odpowiadającą proporcjonalnie skali tych braków. Dodatkowo w ust. 7 i 8 określone zostały okoliczności oraz okres (18 miesięcy od daty rozpoczęcia świadczenia usługi) które wyłączają zastosowanie ww. kary umownej. Wobec powyższego postawiony zarzut naruszenia przepisów ustawy nie potwierdził się.

Izba nie stwierdziła również naruszenia art. 439 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> kc, art. 8 ust. 1 PZP art. 16 pkt 1-3 PZP, art. 17 ust. 1 PZP, poprzez ukształtowanie projektowanych postanowień Umowy w zakresie waloryzacji wynagrodzenia w sposób niejasny, niezrozumiały i nieprawidłowy, poprzez bezzasadne i niespójne ograniczenie możliwości waloryzacji wynagrodzenia wyłącznie do niewykonanej części umowy (§ 8 ust. 12 PPU) (zarzut II.5. lit. c odwołania). Zgodnie z art. 439 ust. 1 ustawy Pzp, umowa, której przedmiotem są roboty budowlane 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.

Z kolei zgodnie z art. 439 ust. 2 Pzp 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.

Ponadto zgodnie z art. 439 ust. 3 Pzp 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.

Stosownie do 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 współzycia społecznego.

W ocenie Izby Zamawiający, określając w zasady waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, nie naruszył przywołanych wyżej przepisów. Odnosząc się do zarzutów odwołania w pierwszej kolejności podkreślić należy, że odwołania dotyczące projektowanych postanowień umowy, tak jak dotyczące każdej innej czynności lub zaniechania zamawiającego, służą ochronie wykonawców przed działaniami niezgodnymi z przepisami prawa (art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Pzp), a Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji, gdy stwierdzi niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy (art. 554 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Nie korzystają zatem z ochrony prawnej dążenia wykonawców ukierunkowane jedynie na ukształtowanie korzystniejszej dla siebie treści przyszłej umowy, jeżeli treść nadana przez Zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów.

Podniesiony przez Odwołującego zarzut nie zmierza – zdaniem Izby – do wyeliminowania działań Zamawiającego naruszających przepisy prawa, ale jedynie do nadania postanowieniom umowy dotyczącym waloryzacji wynagrodzenia treści korzystniejszej dla wykonawcy.

Odwołujący nie wskazał bowiem w uzasadnieniu do przedmiotowego zarzutu na jakąkolwiek niezgodność kwestionowanego zapisu PPU z przepisami ustawy. Argumentacja Odwołującego w tym zakresie ograniczała się do wskazania wątpliwości odnośnie ewentualnych opóźnień w przebiegu procedury waloryzacyjnej związanych z ewentualnym niepodjęciem działań przez Zamawiającego, a także potencjalnego wpływu zapisów PPU na ewentualną procedurę dochodzenia przez Odwołującego waloryzacji sądowej lub jego roszczenia waloryzacyjne wynikające z innych zapisów umownych. Jak wskazano powyżej rozstrzygnięcie wątpliwości we wskazanym przez Odwołującego zakresie nie leży w zakresie orzekania Izby, lecz ich ocena pod kątem ich zgodności wymogami ustawowymi.

W ocenie Izby zaskarżone postanowienia umowy nie naruszają przepisów art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Zaznaczenia wymaga przy tym, że ww. przepis wyznacza minimalny zakres postanowień waloryzacji wynagrodzenia, nie określa natomiast konkretnych zasad tej waloryzacji, które pozostawione zostały do decyzji zamawiającego. Zamawiający zaś w przedmiotowym postępowaniu w § 8 ust. 6-19 PPU (numeracja po zmianach SWZ dokonanych przez Zamawiającego dnia 14.04.2023 r.) oraz załączniku nr 10 do Umowy pn. Zasady waloryzacji stawek jednostkowych za wozokilometr zamieścił szczegółowe, precyzyjne, podzielone na poszczególne etapy realizacji umowy postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, a postanowienia te zawierają wszystkie elementy wymagane art. 439 ust. 2 ustawy. Wobec powyższego zarzut opisany w pkt II.5. lit. c) odwołania podlegał oddaleniu.

Oddaleniu podlegał również zarzut naruszenia art. 99 ust. 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z uprzywilejowaniem wykonawcy realizującego obecnie kontrakt dla Zamawiającego, umożliwiając w § 11 ust. 8 PPU posłużenie się przez pierwsze 18 miesięcy realizacji Umowy taborem używanym o gorszych jakościowo parametrach aniżeli wymagane w dalszych miesiącach realizacji Umowy oraz zaniechanie wprowadzenia postanowień regulujących zasady rozpoczęcia świadczenia usług (tj. stopniowego, fazowego rozpoczynania świadczenia usług kolejnymi pojazdami). Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 99 ust. 4 Pzp, którego naruszenie podnosił Odwołujący 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. W ocenie Izby należy zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że kwestionowany zapis umowy § 11 ust. 8 PPU wprowadza analogiczne warunki korzystania z przewidzianego w nim okresu przejściowego dla wszystkich potencjalnych wykonawców. Należy przy tym podkreślić, że przedmiotowy zapis PPU jest zapisem warunkowym, który będzie miał zastosowanie jedynie w przypadku wystąpienia przedłużających się terminów dostaw autobusów lub niezawinionych przez Wykonawcę problemów wynikających z przedłużenia się procedury uruchomienia infrastruktury niezbędnej do ładowania i tankowania pojazdów nisko i zeroemisyjnych. Podstawowym zaś wymogiem Zamawiającego, również w przypadku wykonawcy realizującego przewozy autobusowe obecnie dla Zamawiającego, są parametry określone w załączniku nr 3.03 do umowy pn. Wymagania techniczne dla nowego taboru, który w pkt 5.1 wskazuje, że wszystkie pojazdy wykorzystywane w ramach świadczenia usługi muszą być fabrycznie nowe, tj. nie używane uprzednio. Ponadto podkreślenia wymaga fakt, że wymagania techniczne dla taboru przejściowego, o którym mowa w § 11 ust. 8 PPU, zostały określone w odrębnym załączniku nr 3.04 do umowy, i zakres tych wymagań jest zasadniczo ograniczony w

stosunku do taboru docelowego, jak również w części (m. in. identyfikacji wizualnej) stanowi jedynie zalecenia. Ponadto jak zostało wskazane w § 11 ust. 8 PPU warunkiem jego zastosowania, jest wyłącznie zaistnienie wskazanych w nim obiektywnych i niezależnych od wybranego wykonawcy okoliczności, popartych właściwymi dokumentami potwierdzającymi powyższe okoliczności. Niezasadne jest zatem założenie a priori, że przedmiotowe okoliczności wystąpią i będą miały zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu. Mając powyższe na względzie w ocenie Izby kwestionowane zapisy nie naruszają wskazanego przez Odwołującego Arriva przepisu i w konsekwencji zarzut podlegał oddaleniu.

W ocenie Izby oddaleniu podlegał również zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP, poprzez zaniechanie podziału zamówienia na części pomimo braku obiektywnych podstaw do niedokonania podziału zamówienia na części oraz ograniczenia w ten sposób konkurencji w postępowaniu, opisany w pkt II.9 odwołania. W pierwszej kolejności na leży wskazać, że zgodnie z literalnym brzmieniem art. 91 ust. 1 Pzp Zamawiający może udzielić zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia, lub dopuścić możliwość składania ofert częściowych w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia, określając zakres i przedmiot części oraz wskazując, czy ofertę można składać w odniesieniu do jednej, kilku lub wszystkich części zamówienia. Z kolei zgodnie art. 91 ust. 2 Pzp Zamawiający wskazuje w dokumentach zamówienia powody niedokonania podziału zamówienia na części. Wbrew zatem interpretacji Odwołującego przepisy te nie formułują generalnej zasady umożliwiania składania ofert częściowych, chyba że niedokonanie podziału zamówienia na części jest uzasadnione obiektywnymi przyczynami. Przeciwnie - dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych jest wyłącznie uprawnieniem zamawiającego, nie obowiązkiem – nawet jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny. Zamawiający ma obowiązek rozważenia celowości podziału zamówień na części, jednocześnie zachowując swobodę autonomicznego podejmowania decyzji o ewentualnym podziale i powodach tego podziału. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dokonał oceny celowości podziału zamówienia i przedstawił w pkt 3.2 SWZ powody dla których takiego podziału nie dokonał. W świetle powyższego ocenie Izby, Odwołujący Arriva nie wykazał zasadności podniesionych zarzutów, ograniczając się do wskazania na skalę i skomplikowanie zamówienia oraz subiektywnej oceny, że podział byłby racjonalny i skutkowałby zwiększeniem konkurencyjności oraz oszczędnościami po stronie Zamawiającego. Nie zostały przedstawione natomiast jakiegokolwiek argumenty, które podważałyby uzasadnienie braku podziału przedstawione przez Zamawiającego czy też wykazujące naruszenie działaniami Zamawiającego przywoływanych przepisów i zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec powyższego Izba oddaliła przedmiotowy zarzut.

#### **Ad. B Odwołanie wniesione przez PKS (sygn. akt KIO 946/23):**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosnie zarzutu wskazanego w pkt. 1 odwołania dot. naruszenia art. 16 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz w sposób nieproporcjonalny tj. dokonanie niezgodnej z przepisami agregacji zamówienia i zaniechania podziału zamówienia minimum na 3 części, Izba w całości podtrzymuje argumentację wyrażoną wcześniej w odniesieniu do zarzutu II.9 odwołania w sprawie KIO 935/23. Izba ponownie podkreśla, że dyspozycja art. 91 ust. 1 Pzp, wskazuje, iż intencją ustawodawcy, co do zasady jest wskazanie, iż zamówienia udziela się całościowo, a tylko w wyjątkowych sytuacjach, związanych ze specyfiką danego zamówienia, ustawodawca dał uprawnienie zamawiającemu do podzielenia zamówienia na części. Odwołujący nie wykazał, że działania Zamawiającego naruszały zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyrażone w art. 16 Pzp, który stanowił podstawę prawną zarzutu. W odniesieniu do przywoływanej przez Odwołującego PKS kwestii zwiększenia udziału sektora małych i średnich przedsiębiorstw, Izba pragnie wskazać, że pomimo jej niewątpliwiej istotności nie stanowi ona zasady absolutnej czy też nadrzędnej wobec pozostałych regulacji ustawowych. Jak wielokrotnie wypowiedała się Izba (m. in w wyroku z dnia 5 kwietnia 2022 r. sygn. akt KIO 685/22) oraz Sądy Okręgowe, nie jest ograniczeniem konkurencji sytuacja, w której jeden z występujących na rynku podmiotów nie może sprostać zamówieniu opisanemu przez zamawiającego. Każdy opis przedmiotu zamówienia niesie za sobą pewne ograniczenie konkurencji. Zamawiający ma bowiem prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający jego obiektywne i uzasadnione potrzeby wynikające z ustawowo nałożonych na zamawiającego obowiązków. Tym samym nie każdy wykonawca działający na rynku w danej branży może ubiegać się o każde zamówienie, a tylko taki, którego potencjał i zasoby, z uwzględnieniem obowiązujących przepisów, pozwalają na prawidłowe wykonanie danego zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu po przeprowadzeniu wstępnych konsultacji rynkowych, których celem było uzyskanie informacji, mających posłużyć Zamawiającemu do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, sporządzenia specyfikacji warunków zamówienia lub określenia istotnych postanowień umowy, a także skonfrontowanie potrzeb Zamawiającego z możliwościami ich realizacji na rynku, przygotował postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w którym w oparciu o posiadane informacje oraz swoje potrzeby uznał za zasadny brak podziału przedmiotowego postępowania. W dalszej kolejności zgodnie z art. 91 ust. 2 Pzp przedstawił w pkt 3.2 SWZ, uzupełnionym w dniu 14.04.2023 r. powody dla których takiego nie dokonał podziału na części. Przyczyny te nie zostały w

świecie przywołanej w odwołaniu argumentacji skutecznie zakwestionowane przez Odwołującego PKS. Argumentem takim nie może być bowiem sam fakt skali postępowania, tj. wskazanie, że dotychczas nie zdarzyło się żadne podobne zamówienie o tak dużym zakresie, gdyż samo w sobie nie stanowi to argumentu potwierdzającego naruszenie przez Zamawiającego art. 16 Pzp wskazywanego jako podstawa zarzutu. W świetle powyższego zarzut nr 1 odwołania w ocenie Izby nie zasługiwał na uwzględnienie.

W konsekwencji oddaleniu podlegały również zarzuty wskazane w pkt 2, 3, 4 oraz 5 odwołania, dla których podstawą był zarzut nieprawidłowego w ocenie Odwołującego PKS brak podziału zamówienia na części. Wobec oddalenia tego zarzutu wymienione w poprzednim zdaniu zarzuty jako oczywiście bezzasadne zostały oddalone.

Oddaleniu podlegał również zarzut nr 6 wskazujący na naruszenie art. 91 ust 2 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe i niewyczerpujące opisanie przez Zamawiającego przyczyn braku podziału na części. Zgodnie z brzmieniem art. 91 ust 2 Pzp Zamawiający wskazuje w dokumentach zamówienia powody niedokonania podziału zamówienia na części. Odwołujący wskazując na naruszenie przedmiotowego przepisu wskazał, że opisane przez Zamawiającego powody są opisane ogólnikowo i lakonicznie, a nadto przedłożone przyczyny uznać należy za błędne lub co najmniej nieudowodnione.

W pierwszej kolejności Izba pragnie wskazać, że przedmiotowy przepis nakłada na Zamawiającego wyłączenie wskazania w dokumentacji postępowania powodów niedokonania podziału zamówienia na części, nie zaś przedstawiania dowodów na ich poparcie. W dalszej kolejności Izba wskazuje, że wydając orzeczenie zobowiązana jest uwzględnić stan rzeczy ustalony w toku postępowania, zatem zobowiązana jest również uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesionym odwołaniu, do czasu zamknięcia rozprawy. Izba orzekając miała zatem na względzie treść pkt 3.2 SWZ wskazującą na powody braku podziału zamówienia na części, uwzględniającą zmiany dokonane w dniu 14.04.2023 r., a tym samym postawione zarzuty nie znalazły potwierdzenia, zaś zarzut podlegał oddaleniu.

W odniesieniu do zarzutu nr 7 odwołania nie znalazł on potwierdzenia. Zgodnie z brzmieniem art. 462 ust. 1 Pzp wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Jednocześnie zgodnie z art. 121 Pzp Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących:

- 1) zamówień na roboty budowlane lub usługi lub
- 2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.

Zgodnie z treścią pkt 3.4 SWZ Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań wchodzących w zakres zamówienia tj. świadczenia usług przewozowych, z wyjątkiem sytuacji nadzwyczajnych, o czym mowa w § 5 ust. 3 PPU. Zapis ten nie był kwestionowany przez Odwołującego PKS, wobec czego należy uznać, że jest on wiążący dla uczestników postępowania. Za bezzasadny należy zatem ocenić zarzut podnoszony wobec zapisu § 5 ust. 3 PPU. Stanowi on bowiem realizację niekwestionowanych przez Odwołującego zapisów SWZ. Na marginesie wobec powyższego należy zauważyć, że kwestionowany zapis wprowadza de facto wyjątek od ustanowionego obowiązku osobistego wykonania kluczowych zadań w ramach zamówienia oraz zasady stosowania tegoż wyjątku. Wobec brzmienia treści SWZ zarzut podlegał oddaleniu.

#### **Ad. C Odwołanie wniesione przez Mobilis (sygn. akt KIO 954/23):**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie częściowo zasługiwało na uwzględnienie.

Izba uznała, że odwołanie należało uwzględnić w części obejmującej zarzut wskazany w pkt 7 odwołania i nakazała modyfikację postanowień dokumentów zamówienia poprzez oznaczenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług, z uwzględnieniem koniecznego okresu mobilizacji, tj. jako następującego 1 sierpnia 2024 r. lub 11 miesięcy od podpisania Umowy, zależnie od tego, które nastąpi później. Izba dla przedmiotowego zarzutu wskazuje na argumentację przywołaną uprzednio w zakresie zarzutów II.1 i II.4. lit. g) odwołania w sprawie o sygn. KIO 935/23. W ocenie Izby mając na względzie wskazywaną przez Odwołującego skalę, złożoność oraz koszty procesu przygotowania się do świadczenia usług (obejmującego m.in. zagwarantowanie sobie co najmniej 151 fabrycznie nowych autobusów o określonych przez Zamawiającego parametrach oraz zajezdni autobusowej, której parametry techniczne oraz wyposażenie wymagają przeprowadzenia złożonego procesu inwestycyjnego, a także zorganizowanie niezbędnego personelu), jak również mając na względzie sankcje jakie PPU wiąże z brakiem lub nienależytym wykonaniem tego zakresu przedmiotu zamówienia, należy etap przygotowania uznać za część usługi stanowiącej przedmiot niniejszego postępowania. W konsekwencji do tej części zastosowanie miały w realiach przedmiotowego postępowania zapisy art. 436 pkt 1 Pzp w szczególności w uzasadnienia obiektywnych przyczyn zastosowania konkretnej daty, czego Zamawiający nie uczynił czym naruszył przedmiotową regulację. W związku z powyższym przedmiotowy zarzut podlegał uwzględnieniu.

W pozostałym zakresie podlegającym merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę odwołanie zostało oddalone.

W pierwszej kolejności odnosząc się zbiorczo do grupy zarzutów (pkt 2,3,4,5 i 6) dot. naruszeń przez poszczególne zapisy PPU odnoszące się do kwestii waloryzacji wynagrodzenia art. 439 ust. 1-4 Pzp Izba tytułem uwag wstępnych pragnie wskazać, że Izba bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, a przepisy Pzp nie zobowiązują zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, wobec wniesionego odwołania. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia, co skład orzekający jest zobowiązany uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie. Rolą art. 552 ust. 1 Pzp, podobnie jak przy interpretacji art. 316 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego (gdzie sąd wydaje wyrok, biorąc za podstawę stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy), jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wobec tego, skoro Izba wydając orzeczenie zobowiązana jest uwzględnić stan rzeczy ustalony w toku postępowania, zatem zobowiązana jest również uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesionym odwołaniu, do czasu zamknięcia rozprawy, w szczególności zmiany treści PPU dokonane przez Zamawiającego do tego momentu.

Odnosząc się do zarzutów odwołania w pierwszej kolejności podkreślić należy, że odwołania dotyczące projektowanych postanowień umowy, tak jak dotyczące każdej innej czynności lub zaniechania zamawiającego, służą ochronie wykonawców przed działaniami niezgodnymi z przepisami prawa (art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Pzp), a Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji, gdy stwierdzi niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy (art. 554 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Nie korzystają zatem z ochrony prawnej dążenia wykonawców ukierunkowane jedynie na ukształtowanie korzystniejszej dla siebie treści przyszłej umowy, jeżeli treść nadana przez Zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów. Norma zawarta w art. 439 Pzp nie zobowiązuje w szczególności Zamawiającego do nadania postanowieniom umowy takiej treści, aby uprawnienie do żądania zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy powstawało w każdym przypadku, gdy nastąpi zmiana ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, ani aby w każdym przypadku następowała zmiana taka wysokości ww. wynagrodzenia, aby zmiana cen tych materiałów lub kosztów nie wpływała na opłacalność wykonywania umowy przez wykonawcę (wysokość zysku, który osiągnie wykonawca). Rolą waloryzacji umownej wskazanej w art. 439 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych jest bowiem urealnienie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów, nie zaś całkowite wyeliminowanie ryzyka kontraktowego.

Mając na uwadze powyższe rozważania, jak również przenosząc je na grunt przedmiotowego postępowania w ocenie Izby Zamawiającej, określając w zasady waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, nie naruszył przywołanych w treści zarzutów przepisów. Podstawą pierwszego ze sformułowanych tym zakresie zarzutów była podnoszona przez Odwołującego Mobilis okoliczność, iż Zamawiający nieproporcjonalnie przerzuca ryzyka, jakie mogą wystąpić w okresie od maja 2023 roku do 1 sierpnia 2024 roku (planowana data wejścia w życie umowy) na wykonawców. Wynika to w ocenie Odwołującego z faktu, że dopiero od 1 stycznia 2025 roku, wykonawcy będą uprawnieni do zwaloryzowanej stawki wynagrodzenia, która będzie wiążąca dla wynagrodzenia jeszcze nie wypłaconego, co rzekomo skutkuje tym, że wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu od sierpnia do grudnia 2024 roku mogą świadczyć pracę przewozową w oparciu o stawkę właściwą dla początku II kwartału roku 2023. Okolicznościom tym przeczy treść § 8 ust. 9 PPU, zgodnie z którym pierwsza waloryzacja może zostać przeprowadzona w okresie do końca lipca 2024 r. z mocą obowiązywania od 1 sierpnia 2024 roku. Dla pierwszej waloryzacji wskaźniki waloryzacji będą dotyczyły okresu od kolejnego miesiąca po miesiącu, w którym upłynął termin składania ofert do 30 czerwca 2024 r., zaś zgodnie z § 8 ust. 15 PPU stawki określone w wyniku waloryzacji, o której mowa w ust. 9 będą obowiązywały począwszy do dnia 1 sierpnia 2024 r. Niezależnie od powyższego PPU w § 8 ust. 12 przewidują, że niezależnie od odmiennych postanowień umowy, jeżeli w ciągu roku którykolwiek ze wskaźników zmiany poszczególnych składowych stawek za wozokilometr wzrośnie lub zmaleje o więcej niż 20% lub sumarycznie wszystkie wskaźniki wzrosną lub zmaleją o 15% Wykonawca lub Zamawiający może wystąpić z wnioskiem o dodatkową waloryzację stawek jednostkowych. Stawka zostanie zwaloryzowana zmianą wskaźników poszczególnych składowych stawek za okres od ostatniej waloryzacji (od ostatnich przyjętych do waloryzacji danych) do miesiąca, w którym wpłynął wniosek. Nie można się zatem zgodzić z Odwołującym, że Zamawiający narusza lub obchodzi postanowienia art. 439 Pzp, w sytuacji w której sformułowane zapisy PPU wprowadzają pierwszą waloryzację wynagrodzenia dokonywaną (z mocą obowiązującą) już od daty rozpoczęcia usług stanowiących przedmiot umowy, co również w ocenie Odwołującego pozwala na zachowanie względnej równowagi stron kontraktu. Z tego względu zarzut podlega oddaleniu.

Oddaleniu podlegał również zarzut nr 3, wskazujący iż Zamawiający w projektowanych postanowieniach umownych dopuszczając waloryzację wynagrodzenia poprzez jego obniżenie nie określił limitu waloryzacji wynagrodzenia na minus. Zgodnie bowiem z w § 8 ust. 12 PPU w przypadku, gdy w wyniku waloryzacji stawki wynagrodzenia winny ulec zmniejszeniu, wynagrodzenie Wykonawcy będzie waloryzowane według wskaźnika ujemnego maksymalnie do poziomu – 5 % w stosunku do stawki wskazanej w ofercie, a Wykonawca obowiązany jest do zawarcia

aneksu określającego zmianę wynagrodzenia w wyniku waloryzacji w terminie 14 dni od dnia pisemnego wezwania przez Zamawiającego. Tym samym zarzut ten podlegał oddaleniu jako bezzasadny w świetle jednoznacznego brzmienia PPU.

Odnosząc się z kolei do zarzutów nr 4 oraz 5 odwołania należy wskazać, że podniesione przez Odwołującego Mobilis zarzuty nie zmierzają – zdaniem Izby – do wyeliminowania działań Zamawiającego naruszających przepisy prawa, ale jedynie do nadania postanowieniom umowy dotyczącym waloryzacji wynagrodzenia treści korzystniejszej dla wykonawcy. Odwołujący nie wskazał bowiem na jakiegokolwiek naruszenie przepisu art. 439 ust. 2 pkt 4 oraz ust. 4 Pzp, które stanowią podstawę prawną zarzutu. Z kolei drugi z przywołanych w treści zarzutu przepisów tj. art. 433 pkt 3 Pzp nie obejmuje swoim zakresem kwestii waloryzacji, lecz zakazuje wprowadzania do projektu umowy odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Tym samym zarzuty należy uznać za bezzasadne.

Ponadto Izba w kontekście zarzutu nr 4 pragnie podkreślić, że art. 439 w swojej treści nie nakazuje wprowadzania odmiennych postanowień umownych dla poszczególnych elementów czy części przedmiotu zamówienia. Pomimo tego Zamawiający w załączniku nr 10 do umowy pn. Zasady waloryzacji stawek jednostkowych za wozokilometr rozdzielił algorytm waloryzacji dla autobusów o napędzie spalinowym i gazowym od algorytmu waloryzacji dla autobusów o napędzie elektrycznym oraz wprowadził dla nich wskaźniki waloryzacyjne, spełniające wymogi art. 439 ust. 2 Pzp. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to zamawiający określa zasady, na których chce zawrzeć umowę zgodnie z jego potrzebami (publicznymi) i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, które zabezpieczą jego interes, a także interes publiczny. Nie jest zatem uzasadnione powoływanie się przez wykonawcę na zasady swobody kontraktowej tylko i wyłącznie w celu doprowadzenia umowy do brzmienia korzystnego dla wykonawcy i minimalizację ryzyka kontraktowego. Nie stanowi bowiem naruszenia przepisu art. 353(1) KC sam fakt wprowadzenia do umowy postanowień, które nie są w ocenie wykonawcy korzystne, co miałyby naruszać rzekomą równowagę stron. Taki zaś charakter ma stawiane w zarzucie żądanie dostosowania wskaźników waloryzacyjnych i sposobu ich obliczania do treści wskazanej w załączniku nr 2 do odwołania.

Jako bezzasadny podlegał oddaleniu również zarzut nr 5. Zamawiający zgodnie z dyspozycją art. 439 ust. 2 pkt 4 Pzp określił w § 8 ust. 15 PPU, iż wynagrodzenie będzie waloryzowane maksymalnie do wysokości 400% stawek wynagrodzenia określonych w ust. 5, co oznacza, że suma wszystkich zmian wynagrodzenia wprowadzonych wskutek zastosowania waloryzacji na podstawie niniejszej umowy nie może przekroczyć tego progu. Tym samym zgodnie z dyspozycją przedmiotowego przepisu określił maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia. W kontekście przywoływanych przez Odwołującego Mobilis wyliczeń należy ponownie wskazać, że rolą waloryzacji umownej wskazanej w art. 439 Pzp jest urealnienie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów, nie zaś całkowite wyeliminowanie ryzyka kontraktowego, do czego de facto dąży żądanie zawarte w treści zarzutu.

Jako oczywiście bezzasadny oddaleniu podlegał również zarzut nr 6 odwołania. W zarzucie tym Odwołujący kwestionował bowiem zapisy § 8 ust. 13 PPU, który zakładał, że uchybienie przez Wykonawcę obowiązkowi złożenia wniosku, o którym mowa w ust. 8 [wniosek waloryzacyjny – przyp. Izby] oznacza, że Wykonawca zrzeka się roszczenia o waloryzację wynagrodzenia. Zapis ten w dniu 14.04.2023 r. został usunięty w wyniku zmian w dokumentacji postępowania dokonanych przez Zamawiającego. Mając zatem na uwadze fakt, że Izba wydając orzeczenie zobowiązana jest uwzględnić stan rzeczy ustalony w toku postępowania, zatem zobowiązana jest również uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesionym odwołaniu, do czasu zamknięcia rozprawy, w szczególności zmiany treści PPU dokonane przez Zamawiającego do tego momentu, przedmiotowy zarzut podlegał oddaleniu.

Z uwagi na powyższe (tj. zmiany wprowadzone w dokumentacji postępowania, a także zasadę orzekania uwzględniającego stan rzeczy ustalony w toku postępowania) oddaleniu podlegał także zarzut wskazany w pkt 13 odwołania. W treści zmian z dnia 14.04.2023 r. Zamawiający doprecyzował treść kwestionowanego zapisu § 11 ust. 6 PPU, wskazując w dodanej lit. a), że kwestionowana w przedmiotowym zarzucie kara umowna występuje jedynie w sytuacji nieprzystąpienia przez Wykonawcę do świadczenia usług w terminie określonym w § 2 oraz zaprzestania w całości przewozów (nieobsługiwanie linii), za których obsługę Wykonawca ponosi odpowiedzialność. Tym samym niezasadne jest zawarte w uzasadnieniu zarzutu twierdzenie, że kara ta będzie miała zastosowanie, w przypadku, gdy na konkretnej linii autobusowej, wykonawca nie zrealizuje jednego przejazdu. Z tego względu zarzut należało oddalić.

Zgodnie z art. 575 Pzp Strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

W sprawie o sygn. KIO 935/23 rozpoznaniu podlegało piętnaście zarzutów. Odwołanie okazało się zasadne w zakresie zarzutów II.1, II.4.g oraz II.7. W związku z tym kosztami postępowania obciążono Odwołującego Arriva w części 4/5 oraz zamawiającego w części 1/5.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego (15 000 zł) oraz kwotę 3 600 zł tytułem wartości kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego Arriva; łącznie 18 600 zł. Zamawiający odpowiadał za koszty postępowania odwoławczego do wysokości 3 720 zł (18 600 zł x 1/5), wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz Odwołującego Arriva kwotę 3 720 zł.

W sprawie o sygn. KIO 954/23 rozpoznaniu podlegało siedem zarzutów. Odwołanie okazało się zasadne w zakresie zarzutu nr 7. W związku z tym kosztami postępowania obciążono Odwołującego Mobilis w części 6/7 oraz zamawiającego w części 1/7.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego (15 000 zł) oraz kwotę 3 600 zł tytułem wartości kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego Mobilis; łącznie 18 600 zł. Zamawiający odpowiadał za koszty postępowania odwoławczego do wysokości 2 657 zł (18 600 zł x 1/7), wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz Odwołującego Mobilis kwotę 2 657 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

O kosztach postępowania w sprawie o sygn. KIO 945/23 orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego PKS.

Przewodniczący:.....

.....

.....