Sygn. akt KIO 47/26

WYROK

Warszawa, dnia 2 marca 2026 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Michał Pawłowski

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lutego 2026 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2026 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 4, 5, 7 i 8 odwołania.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego – wykonawcę Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim i:
   3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego na wynagrodzenie pełnomocnika i kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego – Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie na wynagrodzenie pełnomocnika.
   3.2. Zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

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

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 47/26

Uzasadnienie

Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, zwany dalej „Zamawiającym", działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP", prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„usługi regularnego przewozu osób wykonywane w ramach komunikacji miejskiej na liniach autobusowych nadzorowanych przez ZTM na całej sieci komunikacyjnej świadczone autobusami o długości ok. 12m".*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 grudnia 2025 r., pod numerem 2025/S 247-857375.

W dniu 2 stycznia 2026 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawcaPrzedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim Spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim, zwany dalej „Odwołującym" lub „wykonawcą PKS Grodzisk", wniósł odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia opublikowanych przez Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) zarzut nr 1:

a) art. 353^1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (dalej jako „K.C.") w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy PZP poprzez nieproporcjonalne ukształtowanie warunków umowy w zakresie postanowień dotyczących możliwości rozwiązania umowy lub odstąpienia bez wypowiedzenia w przypadku ziszczenia się naruszenia o skali i wadze naruszeń nieadekwatnych do skutków (dotyczy punktu I i II tego zarzutu),

b) art. 433 pkt 3 ustawy PZP w zakresie, w jakim wykonawca przyjmuje odpowiedzialność za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający (dotyczy punktu I tego zarzutu),

c) art. 16 w zw. z art. 8 ust 1 ustawy PZP w zw. z art. 353^1 K.C. poprzez przyjęcie rozwiązania w którym okolicznościami umożliwiającymi odstąpienie od umowy lub rozwiązanie umowy w trybie natychmiastowym są okoliczności obiektywne, niezależne od stron lub niezawinione przez wykonawcę (dotyczy punktu I tego zarzutu),

2) zarzut nr 2: art. 353¹ K.C. w zw. z art. 483 § 1 i art. 484 § 2 K.C. w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 16 pkt 2 i 3 ustawy PZP poprzez ukształtowanie w § 10 ust. 2 wzoru umowy mechanizmu kary umownej za odstąpienie od umowy lub jej rozwiązanie w trybie natychmiastowym w sposób rażąco nieproporcjonalny, nieekwiwalentny i sprzeczny z funkcją kary umownej, polegający na:

a) powiązaniu wysokości kary umownej z „niezrealizowaną wartością umowy" mimo, że rzeczywiste skutki rozwiązania umowy po stronie Zamawiającego mają charakter zasadniczo stały i niezależny od etapu realizacji umowy, co prowadzi do sztucznego i nieuzasadnionego eskalowania odpowiedzialności finansowej wykonawcy,

b) ustanowieniu minimalnej kary umownej w wysokości 10 000 000 zł 00 gr, która w połączeniu z procentowym mechanizmem jej obliczania prowadzi do sytuacji, w której najwyższe obciążenie finansowe grozi wykonawcy w początkowym okresie realizacji umowy, tj. w momencie poniesienia największych i w znacznej mierze nieodwracalnych nakładów inwestycyjnych,

c) braku powiązania wysokości kary umownej z rzeczywistą, możliwą do przewidzenia szkodą Zamawiającego, w szczególności z kosztami organizacyjnymi i prawnymi związanymi z koniecznością przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia oraz zapewnienia ciągłości świadczenia usług przewozowych,

d) nadaniu karze umownej charakteru represyjnego, a nie kompensacyjnego, poprzez ukształtowanie jej na poziomie, który nie służy zabezpieczeniu interesów Zamawiającego, lecz pełni funkcję sankcji odstraszającej, zdolnej do eliminowania wykonawców z rynku lub wymuszania zawyżania ceny ofertowej,

e) naruszeniu zasady proporcjonalności i równowagi kontraktowej stron, gdyż Zamawiający przerzuca na wykonawcę całe ryzyko ekonomiczne przedwczesnego zakończenia umowy, nie przewidując żadnego mechanizmu uwzględniającego stopień winy, zakres naruszenia ani moment rozwiązania umowy,

3) zarzut nr 3: art. 99 ust. 1 w zw. z art. 8 ust 1 ustawy PZP w zw. art. 353^1 w zw. z art. 395 § 1 K.C. oraz art. 16 pkt 2 ustawy PZP poprzez niejednoznaczne i nieprecyzyjne wskazanie terminu, w którym Zamawiający może złożyć oświadczenie o odstąpieniu od umowy,

4) zarzut nr 4:

a) art. 353^1 w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 § 1 K.C. w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy PZP poprzez ustanowienie poszczególnych kar umownych w poszczególnych podpunktach na rażąco wygórowanym poziomie (jeśli wynika to z treści uzasadnienia dla tych punktów),

b) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. art. 353^1 w zw. z art. 395 § 1 K.C. oraz art. 16 pkt 2 i 3 ustawy PZP poprzez niejednoznaczne i nieprecyzyjne opisanie / ustanowienie okoliczności skutkujących naliczeniem kary umownej, względnie brak opisania obiektywnie uzasadnionych okoliczności / przewinień o mniejszym znaczeniu skutkujących brakiem naliczania kar umownych,

c) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 353¹ K.C. oraz art. 16 pkt 2 i 3 ustawy PZP poprzez ukształtowanie w Załączniku nr 4 do umowy mechanizmu kwalifikowania naruszeń oraz naliczania kar umownych w sposób:

− nadmiernie uznaniowy, pozostawiający Zamawiającemu swobodę w jednostronnym i ostatecznym kwalifikowaniu zdarzeń jako naruszeń skutkujących nałożeniem kar umownych, bez wprowadzenia obiektywnych, weryfikowalnych kryteriów oceny oraz bez zapewnienia wykonawcy realnych instrumentów obrony,

− nieprzewidywalny na etapie sporządzania oferty, gdyż zakres i skala odpowiedzialności finansowej wykonawcy zależą od późniejszej interpretacji i oceny Zamawiającego, a nie od jednoznacznie opisanych w dokumentach zamówienia przesłanek, co uniemożliwia rzetelną kalkulację ryzyka kontraktowego,

− oderwany od winy wykonawcy, poprzez dopuszczenie nakładania kar umownych także w przypadkach zdarzeń o charakterze obiektywnym, technicznym, incydentalnym lub niezależnym od wykonawcy, a także w sytuacjach, w których Zamawiający dysponuje pełnymi danymi umożliwiającymi samodzielną weryfikację realizacji umowy,

− represyjny, a nie kompensacyjny, gdyż wysokość kar umownych oraz sposób ich naliczania nie pozostają w racjonalnym związku z rzeczywistą lub możliwą do przewidzenia szkodą Zamawiającego, lecz prowadzą do nadmiernego obciążenia wykonawcy odpowiedzialnością finansową o charakterze sankcyjnym,

− naruszający zasadę proporcjonalności, poprzez brak gradacji naruszeń ze względu na ich wagę, charakter,

częstotliwość oraz skutki, a także poprzez nieuwzględnienie okoliczności, w których drobne, nieumyślne lub szybko usuwalne uchybienia nie powinny skutkować naliczeniem kar umownych,

5) zarzut nr 5: art. 99 ust. 1 oraz art. 99 ust. 4 w zw. z art. 8 ust. 1 oraz art. 16 pkt 2 i 3 ustawy PZP oraz art. 353¹ K.C. poprzez ukształtowanie w Załączniku nr 4 do umowy zasad dokumentowania, kwalifikowania i rozliczania naruszeń w sposób:

a) dopuszczający stwierdzanie i rozliczanie naruszeń w odległym, nieograniczonym czasowo okresie od daty ich rzekomego zaistnienia, co pozbawia wykonawcę realnej możliwości skutecznej obrony, odtworzenia stanu faktycznego oraz zgromadzenia dowodów,

b) naruszający zasadę pewności obrotu prawnego, poprzez brak jednoznacznego określenia momentu „ostatecznego wyjaśnienia okoliczności" oraz brak zamknięcia okresu rozliczeniowego, po upływie którego Zamawiający traci prawo do kwalifikowania nowych naruszeń dotyczących tego samego zdarzenia,

c) przerzucający na wykonawcę ryzyko organizacyjne i dowodowe związane z funkcjonowaniem systemów raportowania, dokumentowania i rozliczeń, mimo że Zamawiający dysponuje niezależnymi i kompletnymi danymi umożliwiającymi bieżącą weryfikację realizacji usług,

d) utrudniający uczciwą konkurencję, gdyż zmusza wykonawców do uwzględniania w kalkulacji ofertowej nieograniczonego i niemożliwego do oszacowania ryzyka retrospektywnego naliczania kar umownych, co prowadzi do nieporównywalności ofert oraz nieefektywnego wydatkowania środków publicznych,

e) sprzeczny z zasadą proporcjonalności, poprzez zrównanie skutków drobnych uchybień formalnych z naruszeniami o istotnym znaczeniu dla realizacji umowy, bez wprowadzenia mechanizmu uprzedniego wezwania do wyjaśnień lub korekty rozliczeń,

6) zarzut nr 6:

a) art. 16 ustawy PZP w zakresie zasady proporcjonalności, albowiem całość ryzyka regulacyjnego i kosztowego zostaje przeniesiona na jedną stronę,

b) art. 439 ust.1 ustawy PZP w zakresie, w jakim mechanizm waloryzacji nie uwzględnia zmiany kosztów związanych z wejściem mechanizmu ETS2 wpływających na koszt realizacji umowy,

c) art. 353^1 K.C. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zakresie ukształtowania umowy powodującej możliwość braku ekwiwalentności świadczeń,

7) zarzut nr 7: art. 439 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 433 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP w zw. z art. 353^1 K.C. poprzez ukształtowanie postanowień umowy przewidujących waloryzację na poziomie maksymalnym 177 %, co z dużym prawdopodobieństwem nie będzie rekompensować zwiększonych kosztów realizacji zamówienia przez zakładany – 10 letni okres realizacji zamówienia, w szczególności z uwagi na wystąpienie okoliczności obiektywnych, co finalnie prowadzi do uzyskania ofert nieporównywalnych, ze względu na przyjęcie przez różnych wykonawców różnych poziomów ryzyka, jak również możliwość przedwczesnego zakończenia umowy, jak również ze względu na przerzucenie ryzyk związanych z wyższymi kosztami wyłącznie na wykonawcę,

8) zarzut nr 8: art. 439 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy PZP oraz art. 353¹ K.C. poprzez ukształtowanie w § 4 ust. 6 wzoru umowy mechanizmu pierwszej waloryzacji stawki za wozokilometr w sposób nieproporcjonalny i niewystarczający do realnej kompensacji wzrostu kosztów realizacji zamówienia, polegający na:

a) wprowadzeniu maksymalnego limitu wzrostu stawki po pierwszej waloryzacji na poziomie 20% względem stawki ofertowej, niezależnie od rzeczywistej skali wzrostu kosztów ponoszonych przez wykonawcę w okresie pomiędzy złożeniem oferty a rozpoczęciem świadczenia usług,

b) pozbawieniu pierwszej waloryzacji funkcji rzeczywistego instrumentu równoważącego stosunek zobowiązaniowy stron, poprzez uniemożliwienie pełnego uwzględnienia wzrostu kosztów pracy, paliwa, energii oraz finansowania i utrzymania taboru ponoszonych przed rozpoczęciem świadczenia usług,

c) przerzuceniu na wykonawcę zasadniczej części ryzyka inflacyjnego i kosztowego z okresu poprzedzającego rozpoczęcie realizacji umowy, bez zapewnienia mechanizmu jego realnej kompensacji w ramach pierwszej waloryzacji,

d) naruszeniu zasady ekwiwalentności świadczeń oraz proporcjonalności, gdyż przyjęty limit pierwszej waloryzacji prowadzi do konieczności uwzględniania w cenie ofertowej nadmiernej premii za ryzyko lub do eliminacji wykonawców niezdolnych do absorpcji tak ukształtowanego ryzyka,

9) zarzut nr 9: art. 353¹ K.C. w zw. z art. 8 ust. 1 oraz art. 16 pkt 3 ustawy PZP poprzez ukształtowanie Projektowanych Postanowień Umowy w sposób sprzeczny z zasadą proporcjonalności i równowagi kontraktowej stron, polegający na:

a) przerzuceniu na wykonawcę ryzyka wystąpienia zdarzeń o charakterze obiektywnym, nadzwyczajnym i niezależnym od stron, w tym zdarzeń kwalifikowanych jako siła wyższa, bez wprowadzenia adekwatnych mechanizmów wyłączających lub ograniczających odpowiedzialność wykonawcy,

b) powiązaniu wystąpienia takich zdarzeń z negatywnymi konsekwencjami kontraktowymi po stronie wykonawcy, w szczególności możliwością naliczania kar umownych lub rozwiązania umowy, niezależnie od braku winy oraz należytej staranności wykonawcy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany wymogów wzoru umowy wraz z Załącznikiem nr 4 w następujący sposób:

1) w zakresie zarzutu nr 1 odwołania – zmianę § 10 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy poprzez nadanie mu treści: *„Operator, w sposób zawiniony, nie wykona w siedmiu kolejnych dniach 50% planowanej pracy przewozowej pomimo uprzedniego pisemnego wezwania wykonawcy do usunięcia naruszeń i bezskutecznego upływu wyznaczonego w tym wezwaniu odpowiedniego terminu",* a także zmianę § 10 ust 1 pkt 6 wzoru umowy poprzez nadanie mu treści *„Operator w terminie 7 dni roboczych od rozpoczęcia obowiązywania nowej polisy lub od daty otrzymania żądania ZTM i pomimo dodatkowego wezwania Zamawiającego do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów, obejmującego minimum 7 dni, nie przedstawi w ZTM dowodu potwierdzającego posiadanie ważnych na dany rok polis ubezpieczeniowych o których mowa w § 5 pkt 4, pokrywających wszystkie ryzyka określone w umowie",*

2) w zakresie zarzutu nr 2 odwołania – zmianę § 10 ust. 2 wzoru umowy poprzez nadanie mu treści: *„Operator zobowiązany będzie do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej w wysokości 10 000 000,00 zł w przypadku odstąpienia od umowy z winy Operatora lub jej rozwiązania przez Zamawiającego w trybie natychmiastowego bez wypowiedzenia"*

3) w zakresie zarzutu nr 3 odwołania – zmianę § 10 ust. 5 wzoru umowy poprzez nadanie mu treści *„Zamawiający może skorzystać z uprawnienia do odstąpienia od Umowy w terminie 60 dni od dnia, w którym uzyskał realną możliwość stwierdzenia wystąpienia przesłanki odstąpienia określonej w umowie".*

4) w zakresie zarzutu nr 4 odwołania (wnioskowane zmiany w zakresie kar umownych):

a) w odniesieniu do nieprawidłowości o symbolu OSP:

– niezgodność powyżej 500 złotych: 100 x stawka wzkm za każdy stwierdzony przypadek,

– od 501 złotych do 5000 złotych: 500 x stawka wzkm za każdy stwierdzony przypadek,

– powyżej 5001 złotych: 1000 x stawka wzkm za każdy stwierdzony przypadek lub w przypadku stwierdzenia uchybienia Zamawiający wzywa Operatora do dokonania stosownej korekty bez nakładania kary finansowej, w takim przypadku Operator niezwłocznie skoryguje rozliczenie, w przypadku braku reakcji ze strony Operatora Zamawiający ma prawo naliczyć karę za uchybienie,

b) w odniesieniu do nieprawidłowości o symbolu OSP2 – w przypadku stwierdzenia uchybienia Zamawiający wzywa Operatora do dokonania stosownej korekty bez nakładania kary finansowej, w takim przypadku Operator niezwłocznie skoryguje rozliczenie, w przypadku braku reakcji ze strony Operatora Zamawiający ma prawo naliczyć karę za uchybienie,

c) w odniesieniu do nieprawidłowości o symbolu OBS – w przypadku ujawnienia w okresie miesiąca niewykazanej sprzedaży:

− do 5 sztuk biletów – kara w wysokości 5-krotności sumy cen wszystkich niewykazanych biletów,

− więcej niż 5 sztuk biletów – kara w wysokości 10-krotności sumy cen wszystkich niewykazanych biletów,

− wartość kary nie może przekroczyć wartości przychodu ze wszystkich sprzedanych biletów w okresie miesiąca niewykazanej sprzedaży, karanie nie będzie naliczane w przypadku skorygowania raportu przez Operatora bez wezwania Zamawiającego,

d) w odniesieniu do nieprawidłowości o symbolu OBR1 – w przypadku ujawnienia w okresie miesiąca niewykazanej sprzedaży:

− do 5 sztuk biletów – kara w wysokości 5-krotności sumy cen wszystkich niewykazanych biletów,

− więcej niż 5 sztuk biletów – kara w wysokości 10-krotności sumy cen wszystkich niewykazanych biletów, wartość kary nie może przekroczyć wartości przychodu ze wszystkich sprzedanych biletów w okresie miesiąca niewykazanej sprzedaży,

− kara nie będzie naliczana w przypadku skorygowania raportu przez Operatora bez wezwania Zamawiającego,

e) w odniesieniu do nieprawidłowości o symbolu OBC1 – wykrycie niezgłoszonej w przeciągu 120 minut awarii centralnego systemu sprzedaży biletów udostępnionego przez Operatora lub inny podmiot z nim współpracujący, kara naliczana raz na dobę,

f) w odniesieniu do nieprawidłowości o symbolu OBC4 – zawiniony przez Operatora lub inny podmiot z nim współpracujący brak dostępu Zamawiającego do centralnego systemu sprzedaży biletów powyżej 120 minut, kara naliczana jest od momentu zgłoszenia tego faktu Operatorowi,

g) w odniesieniu do nieprawidłowości o symbolu OZD – 600 zł za każdy stwierdzony przypadek – rozpoczętą godzinę naliczaną od momentu powiadomienia Operatora o wykryciu uchybienia, w przypadku braku powiadomienia kara ogranicza się do jednego przypadku,

h) w odniesieniu do nieprawidłowości o symbolu TST1 – niesprawność Komputera Pojazdowego, a w szczególności każdy przypadek braku bieżącego przesyłania danych on-line przez łączny okres poniżej 240 sekund nie jest uznawany jako niesprawność oraz pierwsze trzy przypadki niesprawności Komputera Pojazdowego, a w szczególności braku bieżącego przesyłania danych on-line, trwające łącznie od 240 do 600 sekund w ciągu jednej doby realizacji zadania przewozowego, nie są uznawane za niesprawność,

i) w odniesieniu do nieprawidłowości o symbolu TST2 – niesprawność Komputera Pojazdowego, a w szczególności każdy przypadek braku bieżącego przesyłania danych on-line przez łączny okres poniżej 240 sekund nie jest uznawany jako niesprawność oraz pierwsze trzy przypadki niesprawności Komputera Pojazdowego, a w szczególności braku bieżącego przesyłania danych on-line, trwające łącznie od 240 do 600 sekund w ciągu jednej doby realizacji zadania przewozowego, nie są uznawane za niesprawność,

j) w odniesieniu do nieprawidłowości o symbolu OKT – niedokonanie automatycznej transmisji danych pomiędzy autobusami a Centrum SPOzP w terminach określonych przez Zamawiającego, z wyłączeniem przypadków awarii systemu transmisji danych niezależnych od Operatora, pod warunkiem niezwłocznego zgłoszenia takiej awarii Zamawiającemu, w przypadku wystąpienia awarii systemu transmisji danych, Operator zobowiązuje się do przekazania brakujących danych w terminie do 5 dni roboczych od upływu terminu określonego przez Zamawiającego,

5) w zakresie zarzutu nr 5 odwołania – modyfikację następujących punktów:

– 4.3.1:

ZTM sporządza i przekazuje Operatorowi zbiorczy raport o stwierdzonych w danym miesiącu kalendarzowym nieprawidłowościach, o których mowa w pkt 4, w terminie do 10 dni roboczych po zakończeniu tego miesiąca. Raport może obejmować wyłącznie nieprawidłowości zaistniałe w bezpośrednio zakończonym miesiącu kalendarzowym i nie może odnosić się do okresów wcześniejszych.

– 4.3.2:

Operatorowi przysługuje prawo zgłoszenia pisemnych zastrzeżeń do raportu, o którym mowa w pkt 4.3.1, w terminie 10 dni roboczych od dnia jego otrzymania. Zastrzeżenia mogą dotyczyć zarówno zasadności stwierdzenia nieprawidłowości, jak i liczby przypadków, okresu ich występowania oraz sposobu naliczenia kar.

– 4.3.3:

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń Operatora ZTM przekazuje Operatorowi skorygowany zbiorczy raport, uwzględniający uznane zastrzeżenia albo zawierający uzasadnienie ich nieuwzględnienia. Skorygowany raport ma charakter ostateczny w zakresie danego miesiąca rozliczeniowego.

– 4.3.4:

ZTM jest uprawniony do ujęcia w raporcie wyłącznie takich nieprawidłowości, o których poinformował Operatora w terminie do 5 dni roboczych od dnia ich wykrycia, nieprawidłowości, o których Operator nie został poinformowany w tym terminie, nie mogą być uwzględnione w raporcie miesięcznym ani stanowić podstawy naliczenia kar umownych.

− 4.3.5:

Po upływie terminu na zgłoszenie zastrzeżeń, o którym mowa w pkt 4.3.2, oraz po przekazaniu skorygowanego raportu, o którym mowa w pkt 4.3.3, ZTM wystawia i przekazuje Operatorowi stosowną notę księgową. Nota księgowa może dotyczyć wyłącznie kar wynikających z raportu uznanego za ostateczny.

− 4.3.6:

Po wystawieniu noty księgowej, o której mowa w pkt 4.3.5, ZTM nie jest uprawniony do dokonywania dalszych korekt raportu ani do naliczania kar umownych dotyczących tego samego miesiąca rozliczeniowego, niezależnie od przeprowadzonych przez ZTM dodatkowych analiz posiadanych danych ew. danych do których posiada dostęp.

− 4.3.7:

W sytuacjach wyjątkowych, wymagających dodatkowych wyjaśnień ze strony Operatora, terminy wystawienia noty księgowej mogą ulec przesunięciu, jednak nie dłużej niż o 20 dni roboczych, przy czym przesunięcie to nie może prowadzić do rozszerzenia zakresu raportu na inne okresy rozliczeniowe.

6) w zakresie zarzutu nr 6 odwołania – wprowadzenia mechanizmu waloryzacji lub zmiany umowy w sposób określony szczegółowo w uzasadnieniu odwołania:

„1. Strony zgodnie oświadczają, że w okresie obowiązywania Umowy mogą zostać wprowadzone lub zmodyfikowane przepisy dotyczące systemu handlu uprawnieniami do emisji obejmującego paliwa stosowane w transporcie drogowym, w szczególności ETS2, którego planowane wejście w życie przewiduje się obecnie na 2028 r., chyba że ustawodawstwo unijne lub krajowe określi inny termin.

2. Niniejsza klauzula ma zastosowanie wyłącznie do zmian wynagrodzenia wynikających bezpośrednio z obciążenia kosztów paliw mechanizmem ETS lub jego odpowiednikiem, wprowadzonym na podstawie prawa Unii Europejskiej lub prawa krajowego.

3. Zmiana wynagrodzenia dokonywana na podstawie niniejszego paragrafu ma charakter kompensacyjny i służy przywróceniu równowagi ekonomicznej Umowy, w zakresie, w jakim została ona naruszona przez zmiany kosztów wynikających z ETS.

4. Zmiana wynagrodzenia:

a) nie może prowadzić do uzyskania dodatkowej korzyści ekonomicznej przez którąkolwiek ze stron,

b) nie może obejmować kosztów niezwiązanych z ETS,

c) musi być proporcjonalna do udokumentowanego wpływu ETS na koszty realizacji Umowy.

5. Wniosek o zmianę wynagrodzenia z tytułu ETS może zostać złożony nie częściej niż raz na 6 miesięcy.

6. Waloryzacja dokonywana jest jedynie w przypadku, gdy łączny wpływ ETS na koszty realizacji Umowy powoduje zmianę kosztów Wykonawcy o co najmniej 3% względem kosztów przyjętych na dzień zawarcia Umowy.

7. Jednorazowa zmiana wynagrodzenia, jak i łączna suma wszystkich podwyżek dokonanych na podstawie niniejszego paragrafu, nie mogą przekroczyć 100 % wynagrodzenia Wykonawcy w części obejmującej koszty paliwa wskazane w jego ofercie.

8. W przypadku wejścia w życie przepisów powodujących powstanie lub zwiększenie obciążeń ETS, Wykonawca może złożyć wniosek o zmianę wynagrodzenia.

9. Zamawiający zobowiązuje się rozpatrzyć wniosek z uwzględnieniem:

a) rzeczywistego wpływu ETS na koszty wykonania Umowy,

b) zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania,

c) zasady neutralności ekonomicznej.

10. Zamawiający może żądać przedstawienia przez Wykonawcę wszelkich informacji, dokumentów i dowodów niezbędnych do ustalenia wpływu ETS.

11. Strony przyjmują, że na dzień zawarcia Umowy brak jest powszechnie obowiązujących, jednolitych metod lub wskaźników umożliwiających precyzyjne wyliczenie wpływu ETS na ceny paliw.

12. W przypadku ustanowienia przez ustawodawcę krajowego lub unijnego:

a) oficjalnych wskaźników,

b) metod kalkulacji,

c) indeksów cenowych lub

d) innych instrumentów dotyczących kosztów ETS, Strony wdrożą je jako podstawę waloryzacji, o ile będą miały zastosowanie do niniejszej Umowy,

13. W przypadku pojawienia się możliwości stosowania jednoznacznych metod kalkulacji zmian kosztów ETS, Strony niezwłocznie podejmą działania zmierzające do zawarcia aneksu określającego szczegółowy sposób rozliczania tych zmian.

14. Wykonawca, występując z wnioskiem o waloryzację, zobowiązany jest udowodnić, że:

a) poniósł wzrost kosztów wynikający wyłącznie z ETS,

b) wzrost kosztów jest obiektywny, trwały i weryfikowalny,

c) koszty te pozostają w bezpośrednim związku z realizacją Umowy,

d) wzrost cen paliwa nie wynika z innych czynników (w szczególności zmian marż, cen rynkowych, podatków lub opłat niezwiązanych z ETS).

15. Jeżeli w okresie obowiązywania Umowy zostaną wprowadzone przepisy regulujące rekompensaty lub zasady rozliczania kosztów ETS w usługach transportu publicznego, Strony dostosują niniejszy paragraf do treści obowiązujących przepisów, z zachowaniem zasad neutralności ekonomicznej".

7) w zakresie zarzutu nr 7 odwołania – wykreślenia rozdziału VI pkt 4 SWZ oraz § 4 ust 12 Wzoru umowy, ewentualnie zmiany tego punktu i przepisu w następujący sposób: *„Maksymalna łączna wartość zmiany wynagrodzenia jaką dopuszcza Zamawiający w całym okresie obowiązywania Umowy w efekcie zastosowania waloryzacji, o której mowa w § 4 pkt 12 wzoru umowy następuje z uwzględnieniem 15% rocznego limitu waloryzacji wynosi łącznie ok. 200%. W przypadku zmiany terminu rozpoczęcia świadczenia usług maksymalna łączna wartość zmiany wynagrodzenia zostanie zaktualizowana i wpisana do umowy przed jej podpisaniem",*

8) w zakresie zarzutu nr 8 odwołania – dokonania zmiany § 4 ust. 6 Wzoru umowy poprzez podwyższenie maksymalnego limitu pierwszej waloryzacji stawki za wozokilometr z poziomu 20% do poziomu 30% w stosunku do stawki ofertowej Operatora, przy jednoczesnym pozostawieniu pozostałych zasad waloryzacji określonych w § 4 Wzoru umowy bez zmian,

9) w zakresie zarzutu nr 9 odwołania – wprowadzenia klauzuli siły wyższej w sposób szczegółowo określony w uzasadnieniu odwołania, tj.:

„1. Przez „siłę wyższą" Strony rozumieją zdarzenie zewnętrzne, nagłe, niemożliwe do przewidzenia przy zachowaniu należytej staranności oraz niemożliwe do zapobieżenia, pozostające poza kontrolą którejkolwiek ze Stron, uniemożliwiające całościowe lub częściowe wykonanie Umowy, w szczególności:

a) klęski żywiołowe, w tym powodzie, pożary, huragany, intensywne opady śniegu lub deszczu, ekstremalne temperatury, osunięcia ziemi;

b) katastrofy naturalne lub awarie infrastruktury krytycznej, w tym długotrwałe przerwy w dostawach energii elektrycznej, paliw lub łączności niezależne od wykonawcy;

c) działania władz publicznych lub decyzje administracyjne uniemożliwiające lub istotnie utrudniające wykonywanie usług, w tym zakazy ruchu, zamknięcia dróg, wprowadzenie stref wyłączonych z ruchu lub nakazów nadzwyczajnych;

d) stany nadzwyczajne, epidemie, pandemie, masowe zachorowania lub zdarzenia sanitarne wpływające na dostępność pracowników;

e) konflikty zbrojne, zamieszki, blokady dróg, strajki generalne lub inne zdarzenia o charakterze powszechnym i nadzwyczajnym.

2. Za siłę wyższą nie uznaje się zdarzeń, które mieszczą się w typowym ryzyku prowadzenia działalności przewozowej lub eksploatacji taboru, w szczególności drobnych awarii technicznych, opóźnień w dostawach paliw o charakterze incydentalnym, standardowych utrudnień drogowych, zmian cen rynkowych lub sezonowych niedoborów kadrowych.

3. Strona dotknięta siłą wyższą jest obowiązana niezwłocznie, nie później niż w terminie 3 dni roboczych, poinformować drugą Stronę o wystąpieniu zdarzenia, jego wpływie na realizację Umowy oraz przewidywanym czasie trwania skutków.

4. Zgłoszenie powinno być dokonane w formie pisemnej lub elektronicznej i zawierać opis okoliczności, dowody oraz przewidywane skutki dla realizacji usług.

5. Strona dotknięta siłą wyższą zobowiązana jest podjąć wszelkie racjonalne działania mające na celu ograniczenie skutków zdarzenia oraz jak najszybsze przywrócenie realizacji usług.

6. W okresie działania siły wyższej odpowiedzialność Stron z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy w zakresie objętym działaniem siły wyższej ulega zawieszeniu, w szczególności nie nalicza się kar umownych, o ile niewykonanie wynika bezpośrednio z działania siły wyższej.

7. W przypadku częściowego wpływu siły wyższej na realizację usług publicznego transportu zbiorowego, Strony uzgodnią tymczasowy sposób świadczenia usług w możliwym zakresie, uwzględniając bezpieczeństwo pasażerów.

8. Zamawiający jest uprawniony do uruchomienia rozwiązań zastępczych na czas trwania siły wyższej, w zakresie niezbędnym do zapewnienia ciągłości transportu publicznego, bez naruszania praw Wykonawcy wynikających z niniejszego paragrafu.

9. Jeżeli siła wyższa trwa nieprzerwanie dłużej niż 60 dni, Strony podejmą negocjacje w celu uzgodnienia dalszych warunków realizacji Umowy, w tym ewentualnej zmiany jej postanowień na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 Pzp.

10. Jeżeli siła wyższa trwa dłużej niż 120 dni, każda ze Stron ma prawo rozwiązać Umowę z zachowaniem 30-dniowego okresu wypowiedzenia, bez prawa dochodzenia odszkodowania z tytułu rozwiązania umowy, chyba że Strony uzgodnią inaczej.

11. Zamawiający może zażądać przedstawienia dokumentów potwierdzających zaistnienie zdarzenia siły wyższej, w szczególności: komunikatów służb państwowych, decyzji administracyjnych, notatek służbowych, raportów operacyjnych lub innych wiarygodnych danych.

12. Brak zgłoszenia siły wyższej w terminie, o którym mowa w ust. 3, może skutkować utratą prawa do powoływania się na siłę wyższą, chyba że opóźnienie wynika z okoliczności, które same w sobie stanowią siłę wyższą.

13. Postanowienia niniejszego paragrafu nie zwalniają Stron z obowiązku podejmowania wszelkich możliwych działań zmierzających do zapewnienia w maksymalnym możliwym zakresie ciągłości świadczenia usług publicznego transportu zbiorowego oraz ochrony bezpieczeństwa pasażerów".

Uzasadniając zarzuty odwołania skierowane do merytorycznego rozpoznania na rozprawę wykonawca PKS podał, że:

W uzasadnieniu zarzut nr 1 odwołania dotyczącego przesłanki odstąpienia od umowy polegającej na niewykonaniu planowanej pracy przewozowej lub nieprzedłożeniu dowodu opłacenia polisy Odwołujący wskazał, że w ramach postępowań o udzielenie zamówień publicznych w przedmiocie świadczenia usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego, jedną z kluczowych zasady współpracy między Zamawiającymi a wykonawcami powinna być zasada trwałości umowy polegająca na ograniczeniu możliwości przedwczesnego zakończenia umowy, w szczególności w oparciu o błahe, w stosunku do skutków przesłanki. Odwołujący wskazał, że wykonawca przystępujący do postępowania a później do składania ofert i ewentualnej realizacji zamówienia musi skalkulować swoją ofertę biorąc pod uwagę ponoszone koszty związane z zakupem autobusów oraz ich amortyzacją, zorganizowaniem bazy transportowej oraz zatrudnieniem kierowców oraz innych osób do obsługi kontraktu w z góry zdefiniowanej jednostce czasu, najczęściej obejmującej kilka lat. Zamawiającemu przysługuje z kolei prawo do kontroli jakości i sposobu wykonywania umowy, w tym do zakończenia umowy w przypadku niewykonywania lub nienależytego wykonywania umowy, mając na względzie przede wszystkim prawo osób korzystających z publicznego transportu zbiorowego do oczekiwania świadczenia tych usług w sposób prawidłowy, w standardzie wymaganym od podmiotu zawodowo zajmującego się prowadzeniem działalności w tym zakresie. Odwołujący dodał, że o ile pewnym działaniom, opisanym przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia, skutkujących możliwością odstąpienia od umowy, z punktu widzenia wykonawcy, można przeciwdziałać, a co więcej często można wyliczyć wartość ryzyka wystąpienia takiej przesłanki, o tyle nieprawidłowości które mogą się wydarzyć, w zwykłym toku realizacji zamówienia o tak szerokim i długim okresie świadczenia usług, mają charakter nieprzewidywalny, tj. jest prawdopodobne, że się zdarzą, ale nie jest wiadomym kiedy. Odwołujący wypunktował, że skutkiem odstąpienia od umowy po stronie wykonawcy jest: 1) posiadanie autobusów, których koszt mógł pozostać niezamortyzowany, przy czym z uwagi na ich dostosowanie do wymogów Zamawiającego oraz ewentualny brak innego kontraktu, istnieje trudność w ich przystosowaniu i użytkowaniu w inny sposób, zapewniający odpowiedni dochód, proces sprzedaży także ma utrudniony charakter, a dodatkowo trwa określony czas, w przedmiotowym postępowaniu dotyczy to 54 autobusów – 50 „w ruchu" i 4 rezerwowych, 2) posiadanie zaplecza technicznego zajezdni autobusowej, dostosowanej do wymogów Zamawiającego, której nie można „przenieść" (lub jest to znacznie utrudnione) do realizacji innego kontraktu, przy czym takie zaplecze to nie tylko sama nieruchomość, ale liczne wyposażenie wpływające na koszt jego zorganizowania, ale niekoniecznie zwiększające wartość przy dokonywaniu sprzedaży tej nieruchomości, 3) zatrudnienie kierowców, dyspozytorów, pracowników służby nadzoru ruchu stanowiących koszt funkcjonowania wykonawcy, którzy nie będą świadczyć pracy, a zatem nie zapewniają dochodów. Skutek ekonomiczny jest różny, w zależności od tego, kiedy dojdzie do odstąpienia od umowy.

W odniesieniu do niewykonania planowanej pracy przewozowej wykonawcy PKS podniósł, że postanowienie § 10 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy przewiduje uprawnienie Zamawiającego do odstąpienia od umowy w sposób oderwany zarówno od winy Zamawiającego, jak i od skali oraz charakteru ewentualnego naruszenia, a ponadto bez wprowadzenia obligatoryjnego etapu wezwania wykonawcy do usunięcia naruszeń. Tak skonstruowane uprawnienie narusza zasadę proporcjonalności, o której mowa w art. 16 pkt 3 ustawy PZP, oraz zasadę równowagi stron stosunku zobowiązaniowego. W szczególności Zamawiający zastrzegł dla siebie możliwość zastosowania najdalej idącego środka kontraktowego, jakim jest odstąpienie od umowy, bez uprzedniego wykorzystania instrumentów mniej dolegliwych, takich jak wezwanie do usunięcia naruszeń, wyznaczenie dodatkowego terminu czy zastosowanie kar umownych. Tymczasem odstąpienie od umowy – zwłaszcza wieloletniej – powinno mieć charakter środka ultima ratio, stosowanego wyłącznie w sytuacjach rażących i trwałych, a nie automatycznego mechanizmu sankcyjnego.

Kwestionowane postanowienie umowne pozostaje całkowicie niezależne od ewentualnej współpracy lub zaniechań Zamawiającego mimo, że realizacja umowy przewozowej o takiej skali i stopniu złożoności wymaga ścisłej koordynacji działań obu stron, w tym m. in. w zakresie harmonogramów, certyfikacji taboru, organizacji zaplecza technicznego czy dyspozycji rozkładowych. W efekcie zdaniem Odwołującego Zamawiający przyznał sobie uprawnienie do odstąpienia od umowy nawet w sytuacji, w której: 1) brak lub opóźnienie realizacji określonych czynności po stronie wykonawcy wynika z okoliczności pozostających poza jego wyłączną kontrolą, 2) Zamawiający sam przyczynił się do powstania stanu, który formalnie mógłby zostać zakwalifikowany jako podstawa odstąpienia. Takie ukształtowanie postanowień umownych prowadzi do nieuzasadnionego przerzucenia całego ryzyka kontraktowego na wykonawcę, co pozostaje sprzeczne zarówno z zasadami uczciwej konkurencji, jak i z utrwalonym orzecznictwem Izby. Kwestionowane postanowienie § 10 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy nie przewiduje żadnego wyłączenia odpowiedzialności wykonawcy w przypadku wystąpienia okoliczności o charakterze obiektywnym, niezależnym od stron, co prowadzi do nadmiernego i nieuzasadnionego rozszerzenia podstaw odstąpienia od umowy. W szczególności Zamawiający nie wyłączył z zakresu zastosowania tego postanowienia takich zdarzeń jak ekstremalne warunki pogodowe, awarie infrastruktury miejskiej (w tym infrastruktury drogowej, energetycznej lub teleinformatycznej), decyzje lub działania innych podmiotów publicznych, a także inne zdarzenia losowe, które – choć mogą skutkować czasowymi zakłóceniami realizacji usług – nie mogą być kwalifikowane jako nienależyte wykonywanie umowy przez wykonawcę. Brak takiego wyłączenia prowadzi do sytuacji, w której Zamawiający zachowuje uprawnienie do odstąpienia od umowy nawet w przypadkach, w których niemożność lub ograniczenie świadczenia usług nie wynika z zachowania wykonawcy, lecz z okoliczności, których nie był on w stanie przewidzieć ani im zapobiec przy zachowaniu należytej staranności. Taki mechanizm pozostaje w sprzeczności z elementarnymi zasadami odpowiedzialności kontraktowej oraz zasadą proporcjonalności. Odwołujący podkreślił, że przedmiotowa umowa ma charakter wieloletni, a jej realizacja została przewidziana na okres 10 lat. W tak długim horyzoncie czasowym nieuniknione są przejściowe problemy organizacyjne i operacyjne, które – choć formalnie mogą pozostawać w sferze odpowiedzialności wykonawcy – nie przekreślają możliwości dalszego, prawidłowego świadczenia usług. Do tego rodzaju zdarzeń należą w szczególności: czasowe braki kadrowe, w tym np. strajki kierowców lub inne akcje protestacyjne, przejściowe awarie taboru, wynikające z intensywnej eksploatacji pojazdów czy inne incydentalne zakłócenia o charakterze organizacyjnym lub technicznym. Zdarzenia te stanowią normalne ryzyko operacyjne, immanentnie związane z wykonywaniem usług przewozowych na dużą skalę i przez długi okres czasu. Ich wystąpienie nie może samoistnie uzasadniać zastosowania najsurowszego środka kontraktowego w postaci odstąpienia od umowy, zwłaszcza jeżeli mają charakter czasowy, możliwy do usunięcia oraz nie prowadzą do trwałego zaprzestania realizacji usług. Odwołujący zwrócił uwagę, że § 10 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy nie różnicuje sytuacji, w których występują trwałe i rażące naruszenia uniemożliwiające dalszą realizację umowy, od przejściowych trudności, które mogą zostać usunięte w toku bieżącej realizacji umowy przy zastosowaniu adekwatnych instrumentów nadzorczych lub sankcyjnych. Brak takiej gradacji prowadzi do nieuprawnionego zrównania zdarzeń o zupełnie różnej wadze i skutkach, co w konsekwencji narusza zasadę proporcjonalności oraz zasadę racjonalnego kształtowania postanowień umownych w zamówieniach publicznych. W ocenie Odwołującego szczególnie rażącym elementem § 10 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy jest również brak obowiązku uprzedniego wezwania wykonawcy do usunięcia naruszeń lub wyznaczenia dodatkowego terminu na ich usunięcie. Zamawiający pozbawił wykonawcę realnej możliwości reakcji i naprawy sytuacji, nawet jeżeli uchybienia mają charakter przejściowy, techniczny czy możliwy do usunięcia bez szkody dla interesu publicznego. Tym samym Zamawiający narusza zasadę proporcjonalności środków kontraktowych, gdyż sięga bezpośrednio po sankcję o charakterze definitywnym, bez uprzedniego zastosowania środków mniej dolegliwych, które w realiach tego zamówienia byłyby wystarczające dla zabezpieczenia interesu Zamawiającego.

Podsumowując uzasadnienie zarzutu dotyczącego tej przesłanki odstąpienia od umowy wykonawcy PKS podkreślił, że na etapie przygotowania do realizacji umowy wykonawca jest zobowiązany do poniesienia znaczących, często nieodwracalnych nakładów finansowych, w szczególności: 1) pozyskania lub dostosowania taboru autobusowego spełniającego szczegółowe wymogi SWZ, 2) organizacji i wyposażenia zaplecza technicznego, 3) zatrudnienia i przeszkolenia personelu (kierowcy, dyspozytorzy, służby techniczne), 4) zawarcia długoterminowych umów towarzyszących (leasing, serwis, ubezpieczenia). Odstąpienie od umowy na podstawie § 10 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy powoduje, że nakłady te nie tylko nie ulegną amortyzacji w przewidzianym okresie obowiązywania umowy, lecz w praktyce nigdy nie zostaną wykonawcy zwrócone, co prowadzi do rażącej dysproporcji ekonomicznej pomiędzy stronami. Zamawiający nie przewidział przy tym żadnego mechanizmu kompensacyjnego ani odszkodowawczego, który choćby częściowo równoważyłby skutki takiego odstąpienia.

W odniesieniu do przesłanki odstąpienia od umowy określonej w § 10 ust 1 pkt 6 wzoru umowy Odwołujący podał, że postanowienie § 10 ust. 1 pkt 6 wzoru umowy, w zakresie w jakim przewiduje sankcję o charakterze definitywnym wyłącznie z powodu nieprzedłożenia w terminie 7 dni od zawarcia polis dowodu ich zawarcia, narusza zasadę

proporcjonalności oraz zasadę racjonalnego kształtowania postanowień umownych w zamówieniach publicznych. Odwołujący podkreślił, że przedmiotem tego obowiązku nie jest samo zawarcie polis ubezpieczeniowych, lecz czynność o charakterze wyłącznie formalnym – przedłożenie dokumentu potwierdzającego fakt ich zawarcia. Brak przedłożenia dowodu w terminie nie oznacza braku ochrony ubezpieczeniowej, ani nie skutkuje powstaniem jakiejkolwiek szkody po stronie Zamawiającego, jeżeli polisy zostały skutecznie zawarte i obowiązują. W sytuacji, w której wykonawca posiada ważne polisy ubezpieczeniowe, a jedynie nie dopełnił w terminie obowiązku ich formalnego przedłożenia, Zamawiający nie ponosi realnej szkody ani nie zostaje pozbawiony ochrony swoich interesów. Obowiązek ten ma charakter porządkowy i dowodowy, a jego naruszenie nie wpływa na sposób ani bezpieczeństwo realizacji zamówienia. Tymczasem § 10 ust. 1 pkt 6 wzoru umowy przewiduje sankcję niewspółmierną do wagi naruszenia, ponieważ zrównuje przeoczenie formalne z istotnym naruszeniem umowy, umożliwiając zastosowanie środka o charakterze skrajnym, jakim jest odstąpienie od umowy. Odwołujący zwrócił uwagę, że uchybienie polegające na nieprzedłożeniu dowodu zawarcia polis w terminie 7 dni może wynikać ze zwykłego przeoczenia lub błędu organizacyjnego, przy jednoczesnym faktycznym spełnieniu obowiązku ubezpieczenia. Takie uchybienie: nie ma charakteru trwałego, jest w pełni odwracalne i może zostać usunięte niezwłocznie po zwróceniu na nie uwagi. Według Odwołującego brak jakiejkolwiek gradacji środków reakcji Zamawiającego prowadzi do sytuacji, w której przypadkowe naruszenie formalne skutkuje identycznymi konsekwencjami jak całkowity brak ubezpieczenia, co pozostaje w oczywistej sprzeczności z zasadą proporcjonalności. Kwestionowane postanowienie nie przewiduje obowiązku uprzedniego wezwania wykonawcy do przedłożenia brakujących dokumentów, co pozbawia wykonawcę realnej możliwości niezwłocznego usunięcia uchybienia o charakterze czysto formalnym. Według Odwołującego w realiach tego zamówienia jedyną racjonalną i proporcjonalną reakcją Zamawiającego na brak przedłożenia dowodu zawarcia polis w terminie powinno być: wezwanie do uzupełnienia dokumentów, oraz ewentualnie zastosowanie kary umownej o charakterze porządkowym, adekwatnej do wagi naruszenia. Zastosowanie sankcji w postaci odstąpienia od umowy bez uprzedniego wezwania narusza zasadę proporcjonalności i prowadzi do nadmiernego obciążenia wykonawcy ryzykiem kontraktowym.

W uzasadnieniu zarzutu nr 2 odwołania dotyczącego wartości kary umownej z § 10 ust 2 wzoru umowy za odstąpienie od umowy Odwołujący wskazał, że postanowienie § 10 ust. 2 wzoru umowy przewidujące karę umowną w wysokości 5% niezrealizowanej wartości umowy, przy jednoczesnym ustanowieniu minimalnej kwoty kary na poziomie 10 000 000 zł, narusza zasadę proporcjonalności oraz równowagi kontraktowej stron i prowadzi do nadmiernego, nieuzasadnionego ekonomicznie obciążenia Operatora, w szczególności w początkowym okresie realizacji umowy. Odwołujący zauważył przede wszystkim, że przedmiotowa umowa ma charakter długoterminowy, a jej realizacja wymaga poniesienia przez Operatora najwyższych i w znacznej części nieodwracalnych nakładów finansowych na samym początku obowiązywania umowy. Obejmują one w szczególności koszty pozyskania lub dostosowania taboru, organizacji zaplecza technicznego, infrastruktury IT, zatrudnienia i przeszkolenia personelu oraz zawarcia długoterminowych umów towarzyszących (leasing, serwis, ubezpieczenia). Nakłady te amortyzują się stopniowo w czasie, w miarę realizacji kolejnych etapów świadczenia usług przewozowych. Natomiast mechanizm kary umownej oparty na „niezrealizowanej wartości umowy" prowadzi do sytuacji, w której najwyższa kara finansowa grozi Operatorowi właśnie w początkowym okresie realizacji umowy, a więc w momencie, gdy poniósł on największe koszty inwestycyjne, które nie zdążyły się jeszcze zamortyzować. W praktyce oznacza to podwójne obciążenie ekonomiczne: z jednej strony utratę poniesionych nakładów, z drugiej – konieczność zapłaty kary obliczanej od maksymalnie wysokiej „pozostałej" wartości umowy. Taka konstrukcja prowadzi do rażącej dysproporcji pomiędzy interesem Zamawiającego, a ryzykiem przeniesionym na Operatora. Wykonawca PKS podkreślił, że kara umowna w wysokości 10 000 000 zł już sama w sobie stanowi sankcję o bardzo istotnym ciężarze ekonomicznym, zdolną do pełnienia funkcji prewencyjnej i dyscyplinującej. Dodatkowe powiązanie jej wysokości z procentem niezrealizowanej wartości umowy nie znajduje uzasadnienia ani w charakterze potencjalnej szkody Zamawiającego, ani w funkcji, jaką kara umowna powinna pełnić w długoterminowych umowach o świadczenie usług publicznych. Zdaniem Odwołującego nie zostało wykazane przez Zamawiającego, aby szkoda wynikająca z rozwiązania umowy na wczesnym etapie była proporcjonalnie wyższa niż szkoda powstała w późniejszym okresie jej realizacji. Jest wręcz przeciwnie – w realiach zamówień transportowych Zamawiający dysponuje instrumentami umożliwiającymi relatywnie szybkie zabezpieczenie ciągłości świadczenia usług (procedury awaryjne, operator zastępczy, wykorzystanie rezerw), a koszt organizacyjny takiego działania nie rośnie liniowo wraz z pozostałą do wykonania wartością umowy. Odwołujący dodał, że konstrukcja procentowej kary od niezrealizowanej wartości umowy w praktyce zniechęca do składania ofert, zmusza wykonawców do kalkulowania ceny z uwzględnieniem skrajnego ryzyka kontraktowego albo prowadzi do eliminacji podmiotów, które – mimo zdolności operacyjnej – nie są w stanie udźwignąć tak nieproporcjonalnej odpowiedzialności finansowej. Skutek ten pozostaje w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji oraz z celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący podkreślił również, że skutek rozwiązania lub odstąpienia od umowy dla Zamawiającego jest w każdym przypadku taki sam, niezależnie od momentu, w którym do tego dochodzi. W każdej sytuacji Zamawiający staje przed identycznym wyzwaniem

organizacyjnym i prawnym, polegającym na konieczności uruchomienia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zapewnienia ciągłości świadczenia usług przewozowych przez inny podmiot. Z perspektywy Zamawiającego nie ma znaczenia, czy do rozwiązania umowy dojdzie na początku jej obowiązywania, czy w późniejszym okresie – w obu przypadkach Zamawiający musi: 1) przygotować dokumentację nowego postępowania, 2) przeprowadzić procedurę wyboru wykonawcy, 3) zabezpieczyć okres przejściowy realizacji usług, 4) zawrzeć nową umowę obejmującą w istocie ten sam zakres usług. Koszty i obciążenia organizacyjne po stronie Zamawiającego nie rosną proporcjonalnie do „niezrealizowanej wartości umowy", lecz mają charakter względnie stały i powtarzalny. Tym samym brak jest racjonalnego uzasadnienia dla uzależniania wysokości kary umownej od liczby wozokilometrów pozostałych do wykonania do końca umowy. W realiach rynku usług transportu publicznego nowa umowa zawierana po rozwiązaniu poprzedniej obejmuje zazwyczaj okres porównywalny lub krótszy, a jej warunki finansowe kształtowane są na podstawie aktualnych realiów rynkowych. Oznacza to, że Zamawiający nie ponosi „utraconych korzyści" odpowiadających pełnej wartości niezrealizowanej części pierwotnej umowy, ale uzyskuje świadczenie zastępcze, którego koszt nie jest wprost powiązany z momentem rozwiązania umowy. W tym kontekście mechanizm procentowej kary umownej od niezrealizowanej wartości umowy nie odzwierciedla rzeczywistej szkody ani ryzyka Zamawiającego, a prowadzi do sztucznego i nieuzasadnionego eskalowania sankcji finansowej w zależności od etapu realizacji kontraktu. Kara ta nie kompensuje realnych kosztów Zamawiającego, lecz pełni funkcję czysto represyjną, pozostając w oderwaniu od rzeczywistych konsekwencji rozwiązania umowy. Z tego względu zastosowanie jednolitej, ryczałtowej kary umownej – niezależnej od momentu rozwiązania umowy – w sposób znacznie lepszy oddaje rzeczywisty charakter skutków po stronie Zamawiającego, zapewniając jednocześnie przewidywalność, proporcjonalność i równowagę kontraktową stron. Odwołujący uważa zatem, że postulowane ograniczenie kary umownej wyłącznie do stałej kwoty 10 000 000 zł stanowi rozwiązanie przewidywalne, proporcjonalne, adekwatne do potencjalnych skutków rozwiązania umowy, niewywołujące efektu nadmiernego i represyjnego obciążenia Operatora. Stała kara ryczałtowa eliminuje nieuzasadnione różnicowanie sytuacji Operatora w zależności od momentu rozwiązania umowy, a jednocześnie zapewnia Zamawiającemu realne zabezpieczenie jego interesów. Pozostawienie wyłącznie kwoty 10 000 000 zł jako kary umownej realizuje funkcję sankcyjną w sposób wystarczający, bez naruszania zasady proporcjonalności i równowagi kontraktowej.

Uzasadniając zarzut nr 3 odwołania dotyczący braku precyzyjnego określenia początku terminu na odstąpienie od umowy w § 10 ust. 5 wzoru umowy wykonawca PKS wskazał, że przepis ten ma na celu określenie ram czasowych, w jakich Zamawiający może skorzystać z prawa odstąpienia, jednak w obecnym brzmieniu przepis ten nie precyzuje momentu, od którego należy liczyć termin 60 dni. Brak tego doprecyzowania prowadzi do niepewności prawnej oraz ryzyka nadużyć po stronie Zamawiającego, który mógłby powoływać się na zdarzenia sprzed wielu miesięcy czy nawet lat. Odwołujący podniósł, że zgodnie z zasadami ogólnymi prawa cywilnego oraz utrwaloną linią orzeczniczą, bieg terminu na wykonanie prawa odstąpienia od umowy rozpoczyna się od momentu, w którym strona uzyskała realną, obiektywną możliwość stwierdzenia wystąpienia przesłanki odstąpienia, a nie od samego jej zaistnienia. W interesie obu stron, zarówno Zamawiającego, jak i Operatora, leży zapewnienie przejrzystości i stabilności stosunku umownego, dlatego zapis o możliwości odstąpienia od umowy powinien jednoznacznie określać, że termin 60 dni biegnie od momentu, w którym Zamawiający miał realną możliwość stwierdzenia przesłanki odstąpienia, a nie od nieokreślonego „momentu stwierdzenia", który może być dowolnie interpretowany. Odwołujący zwrócił uwagę, że ewentualne wskazanie, iż wyrażenie „stwierdzenie" dotyczy wyrażenia woli przez Zamawiającego, daje prawo do odstąpienia od umowy w każdym okresie trwania umowy.

W uzasadnieniu zarzutu nr 6 odwołania dotyczącego braku ujęcia wprowadzenia przepisów ETS2 jako przesłanki warunkującej zmianę umowy zgodnie z § 15 ust. 1 wzoru umowy wykonawca PKS wskazał, że żaden z punktów w tym paragrafie wzoru umowy nie odnosi się bezpośrednio do zmian wywołanych wejściem w życie przepisów dotyczących systemu ETS2. Na dzień dzisiejszy planowane jest jego wprowadzenie na rok 2027 lub 2028. Odwołujący podniósł, że powszechnie wiadomym jest, że transport drogowy zostanie objęty ETS2 a zatem koszty paliwa, oleju napędowego, energii elektrycznej, mogą wzrosnąć poprzez przeniesienie kosztu uprawnień emisji na dostawców, a dalej na operatorów lub w końcu na przewoźników. Dla umów przewozowych oznacza to, że w trakcie 10-letniej lub dłuższej umowy mogą wystąpić dodatkowe koszty związane z opłatą za emisje, których dziś nie da się w pełni przewidzieć. Koszty te mogą spowodować bezpośrednio lub pośrednio wzrost innych kosztów, nie tylko paliwa dlatego przewidziane w umowie mechanizmy waloryzacyjne, a w szczególności przy zaproponowanych pułapach mogą zupełnie nie odzwierciedlać rzeczywistych, dodatkowych kosztów ponoszonych przez operatorów w związku z wejściem w życie ETS2 oraz jego funkcjonowaniem. Tym samym zdaniem Odwołującego brak uregulowania tego ryzyka narusza art. 16 ustawy PZP w zakresie zasady proporcjonalności, ponieważ całość ryzyka regulacyjnego i kosztowego zostaje przeniesiona na jedną stronę oraz art. 439 ust.1 ustawy PZP w zakresie, w jakim mechanizm waloryzacji nie uwzględnia zmiany kosztów związanych z wejściem mechanizmu ETS2 wpływających na koszt realizacji umowy oraz art. 353^1 K.C.

w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zakresie braku ekwiwalentności świadczeń.

Uzasadniając zarzut nr 9 odwołania dotyczący braku wprowadzenia klauzuli siły wyższej do projektu umowy Odwołujący podniósł, że transport publiczny jest usługą świadczoną ciągle, 365 dni w roku, w bezpośrednim kontakcie z pasażerami oraz na infrastrukturze miejskiej. Występuje tu wyjątkowo szeroki katalog ryzyk: 1) klęski żywiołowe (ulewy, wichury, pożary, powodzie), 2) ekstremalne warunki pogodowe uniemożliwiające eksploatację taboru, 3) epidemie i zagrożenia sanitarne, 4) nagłe zamknięcia dróg i mostów decyzjami administracyjnymi, 5) przerwy w dostawach paliwa lub energii, 6) blokady dróg, protesty, zdarzenia masowe. Wszystkie te zdarzenia są obiektywnie niemożliwe do przewidzenia i pozostają poza kontrolą wykonawcy, przy czym bez klauzuli siły wyższej wykonawca byłby zobowiązany świadczyć usługę nawet wtedy, gdy obiektywnie nie da się jej wykonać. Siła wyższa jest standardem w umowach publicznych – jej brak tworzy sytuację wyjątkową i nieprawidłową. Odwołujący wskazał, że zdecydowana większość umów publicznych, wzorów umów publikowanych przez ministerstwa, UZP, umów branżowych (energetyka, transport, budownictwo, kolej), wzorców Komisji Europejskiej (FIDIC, NEC), zawiera klauzulę siły wyższej jako element absolutnie podstawowy. Jej brak stawia umowę w pozycji niewspółmiernie ryzykownej oraz niezgodnej ze standardami rynkowymi, co narusza art. 16 ustawy PZP (zasada proporcjonalności i uczciwej konkurencji). Wykonawca PKS podkreślił, że siła wyższa nie chroni tylko wykonawcy — chroni obie strony umowy. Klauzula ta wyłącza odpowiedzialność wykonawcy, gdy obiektywnie nie może świadczyć usług, ale jednocześnie chroni ona też Zamawiającego, ponieważ pozwala mu rozwiązać umowę przy długotrwałej sile wyższej, daje mu prawo do wdrożenia usług zastępczych, gwarantuje transparentne zasady zgłaszania i dokumentowania zdarzeń. Jest to zatem mechanizm obustronnego zabezpieczenia, a nie tylko ulga dla wykonawcy. W opinii Odwołującego brak klauzuli siły wyższej jest sprzeczny z zasadą ekwiwalentności świadczeń i dobrą wiarą kontraktową, ponieważ zgodnie z art. 353¹ K.C. i zasadami współżycia społecznego strony nie mogą kształtować umowy w sposób drastycznie obciążający jedną stronę ryzykiem niezależnych od niej zdarzeń. Brak klauzuli siły wyższej powoduje, że Operator ponosi ryzyko absolutne, natomiast Zamawiający ponosi zerowe ryzyko zdarzeń niezależnych od obu stron. Taki podział ryzyka jest w ocenie Odwołującego całkowicie niedopuszczalny. Brak klauzuli siły wyższej może powodować nieważność lub niewykonalność części umowy, ponieważ jeśli umowa wymaga od wykonawcy świadczenia niezależnie od jakichkolwiek okoliczności, to może to naruszać art. 483-484 K.C. o odpowiedzialności za niewykonanie świadczenia, naruszać zasady prawa cywilnego dotyczące możliwości świadczenia, a nawet prowadzić do powstania świadczenia niemożliwego (art. 387 K.C.). Odwołujący podkreślił, że zdarzenia z ostatnich lat pokazują, że siła wyższa jest realnym ryzykiem, a nie konstrukcją abstrakcyjną, np. epidemia COVID-19, która sparaliżowała transport publiczny, masowe powodzie (np. w 2017 i 2023 r.), wichury zrywające linie energetyczne, blokady granic i dróg w 2024–2025, strajki, protesty, akty wandalizmu, czy przerwy w dostawach paliwa i energii z przyczyn geopolitycznych. To wszystko wprost wpływało na możliwość wykonywania usług transportowych. Jednocześnie nie można racjonalnie zawierać 10-letniej umowy, udając, że takie zdarzenia mogą nie zaistnieć. Odwołujący dodał, że brak klauzuli siły wyższej zwiększa liczbę sporów i ryzyko procesowe. Jeżeli umowa nie przewiduje zasad działania w sytuacjach nadzwyczajnych to wykonawca może być niezasadnie karany, a Zamawiający może ponosić odpowiedzialność za narzucenie niewykonalnych obowiązków, obie strony są więc narażone na kosztowne procesy i roszczenia odszkodowawcze. Odwołujący uważa, że klauzula siły wyższej eliminuje spory na etapie samego zdarzenia, bo z góry określa: 1) co jest siłą wyższą, 2) jak należy zgłosić zdarzenie, 3) jakie są skutki dla wykonywania umowy, 4) kiedy obowiązki stron są zawieszone, 5) kiedy można rozwiązać umowę.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron wyrażone w pismach oraz złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania, ponieważ nie została spełniona żadna wynikająca z art. 528 ustawy PZP negatywna przesłanka, która by uniemożliwiała merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Izba stwierdziła ponadto, że wypełnione zostały opisane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła też stanowiska prezentowane na rozprawie przez strony, jak również uwzględniła stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego w jego odpowiedzi na odwołanie z dnia 18 lutego 2026 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy odwoławczej. Izba uznała wiarygodność oraz moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zgodnie z rozdziałem VI ust. 1 SWZ przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług przewozu regularnego wykonywanego w ramach lokalnego transportu zbiorowego (komunikacji miejskiej w Warszawie) na liniach nadzorowanych przez Zarząd Transportu Miejskiego, na całym obszarze układu komunikacyjnego, tj. na terenie m.st. Warszawy i gmin podwarszawskich, z którymi m.st. Warszawa podpisało stosowne porozumienia. W ust. 2 rozdziału SWZ Zamawiający rozwinął, że przedmiotem zamówienia są usługi przewozowe świadczone przez okres 10 lat (120 miesięcy) w ilości rocznej 4 200 000 (cztery miliony dwieście tysięcy) z tolerancją do -10% (minus dziesięciu procent) wozokilometrów przy wykorzystaniu w ruchu 50 autobusów o długości ok. 12 metrów (klasa MAXI) oraz zapewnienie min. 4 pojazdów rezerwowych. W przypadku rozpoczęcia i/lub zakończenia świadczenia usług w trakcie roku ilość ta zostanie zmniejszona proporcjonalnie do liczby miesięcy i dni pozostałych do końca roku kalendarzowego. W myśl rozdziału VI ust. 3 SWZ począwszy od pierwszego dnia świadczenia usług wykonawca wprowadzi 54 autobusy – w tym 50 autobusów do ruchu i min. 4 autobusy rezerwowe. Wykonawca, do ostatniego dnia obowiązywania umowy, będzie świadczył usługi 50 autobusami w ruchu i min. 4 autobusami rezerwowymi. Strony mogą ustalić inny harmonogram wprowadzania / wycofywania autobusów, zarówno w zakresie terminów, jak i liczby autobusów wprowadzanych / wycofywanych. Zmiany harmonogramu muszą uwzględniać zachowanie wszystkich terminów wynikających z zapisów Załącznika nr 2 do umowy.

We wzorze umowy stanowiącym Załącznik nr 6 do SWZ Zamawiający przewidział m. in. następujące postanowienia:

1) w zakresie odstąpienia od umowy:

§ 10 ust. 1: ZTM uprawniony jest do odstąpienia od umowy lub jej rozwiązania w trybie natychmiastowym i bez jej wypowiedzenia, jeżeli:

5) Operator nie wykona w trzech kolejnych dniach 50% planowanej pracy przewozowej,

6) Operator nie przedstawi ZTM dowodu potwierdzającego posiadanie ważnych w okresie trwania umowy polis ubezpieczeniowych, o których mowa w § 5 pkt 4, pokrywających wszystkie ryzyka określone w umowie, w terminie 7 dni od ich zawarcia lub w terminie 7 dni od daty otrzymania żądania ZTM do ich okazania,

2) w zakresie kary umownej:

§ 10 ust. 2: W przypadku odstąpienia od umowy przez ZTM z winy Operatora lub rozwiązania Umowy przez ZTM w trybie natychmiastowym bez wypowiedzenia, Operator zobowiązany będzie do zapłaty na rzecz ZTM kary umownej w wysokości 5% niezrealizowanej wartości umowy (liczonej jako iloczyn stawki z oferty Operatora i liczby wozokilometrów pozostałych do wykonania do końca obowiązywania umowy), z zastrzeżeniem, że kara umowna z tego tytułu nie może być niższa niż 10.000.000 zł (słownie: dziesięć milionów złotych). Obowiązek zapłaty kary umownej o której mowa w zdaniu poprzedzającym spoczywa na Operatorze niezależnie od obowiązku zapłaty kar umownych naliczonych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy określonych w Załączniku nr 4 do Umowy.

3) w zakresie terminu na skorzystanie z uprawnienia do odstąpienia od umowy:

§ 10 ust. 5: Zamawiający może skorzystać z uprawnienia do odstąpienia od umowy w terminie 60 dni od stwierdzenia przesłanki odstąpienia określonej w umowie.

4) w zakresie przesłanek warunkujących zmianę umowy:

§ 15 ust. 1: Zamawiający dopuszcza możliwość dokonania następujących zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Operatora, pod następującymi warunkami i we wskazanym zakresie:

1) w przypadku wystąpienia zmian warunków ruchu drogowego lub innych okoliczności mających wpływ na zachowanie ciągłości usług przewozowych lub osiągnięcia norm ich jakości, o których mowa w Załączniku nr 4, Zamawiający dopuszcza możliwość zmian postanowień zawartej umowy w zakresie zasad organizacji przewozów i zasad

dokonywania oceny jakości funkcjonowania linii komunikacji zbiorowej obsługiwanych przez Operatora oraz korygowania wynagrodzenia lub naliczania kar umownych, w związku z tą oceną,

2) w przypadku potrzeby dokonania zmian w zakresie harmonogramu wprowadzania lub wycofywania autobusów do/z ruchu Zamawiający dopuszcza możliwość modyfikacji tego harmonogramu i wynikającej z niego wielkości pracy przewozowej na dany rok,

3) jeżeli w trakcie realizacji umowy na wniosek Zamawiającego zajdzie konieczność dokonania zmian w wyposażeniu autobusów (np. w SSB i SPOzP), niezbędnych dla realizacji zamówienia, Zamawiający dopuszcza możliwość zmian postanowień zawartej umowy dotyczących wyposażenia autobusów i zapłaty za usługi wykonane tymi autobusami,

4) w przypadku powstania nadzwyczajnej zmiany warunków rynkowych, których nie można było przewidzieć przy zawieraniu umowy Zamawiający, dopuszcza możliwość zmian zasad waloryzowania stawki bazowej za wozokilometr, określonych w § 4 umowy,

5) w przypadku, gdy w trakcie obowiązywania niniejszej umowy, dojdzie do zmiany stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2024 r., poz. 1773 ze zm.), zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. z 2024 r., poz. 427, ze zm.), jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Operatora, zgodnie z zasadami określonymi w ust. 3 poniżej,

6) w innych przypadkach, niewymienionych powyżej, jeżeli Zamawiający i Operator zgodnie uznają, że zmiana taka nie będzie zmianą istotną w rozumieniu art. 454 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320, ze zm.), w zakresie wzajemnych zobowiązań Operatora i Zamawiającego,

7) w przypadkach i na zasadach określonych w § 4 umowy, w zakresie możliwości dokonania waloryzacji stawki bazowej za jeden wozokilometr,

8) w przypadku potrzeby dostosowania umowy do wymagań Ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych z dnia 11 stycznia 2018 r. (Dz.U. z 2024 r., poz. 1289, ze zm.) Zamawiający dopuszcza możliwość zmian postanowień zawartej umowy w zakresie wymagań technicznych dot. autobusów określonych w SWZ, Załącznikach do SWZ oraz w Załączniku nr 2 do umowy z uwzględnieniem zmiany należnego Operatorowi wynagrodzenia za wykonanie usług przewozowych,

9) w przypadku wystąpienia okoliczności, które umożliwiają zastosowanie korzystniejszych dla Zamawiającego rozwiązań technologicznych lub technicznych w stosunku do istniejących w chwili zawarcia umowy, w zakresie dotyczącym wyposażenia technicznego autobusów. Zmiana może być wprowadzona w przypadku wyrażenia zgody przez strony umowy i nie będzie wiązać się ze zwiększeniem wynagrodzenia przysługującego Operatorowi.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Pismem z dnia 23 lutego 2026 r. Odwołujący cofnął odwołanie w zakresie zarzutów nr 4, 5, 7 i 8 odwołania. W związku z tym w tym zakresie Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy PZP, o czym orzeczono w pkt 1 sentencji wyroku. W zakresie rozpoznania pozostałych zarzutów odwołania oznaczonych jako zarzuty nr 1, 2, 3, 6 i 9 została przeprowadzona rozprawa. W wyniku merytorycznego rozpoznania sprawy odwoławczej Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że podtrzymane przez Odwołującego zarzuty nie zasługują jednak na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w złożonym środku ochrony prawnej naruszenie następujących przepisów prawa:

− art. 8 ust. 1 ustawy PZP, zgodnie z którym do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej,

− art. 16 ustawy PZP, w świetle którego Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, 2) przejrzysty, 3) proporcjonalny,

− art. 99 ust. 1 ustawy PZP, który stwierdza, że 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,

− art. 433 pkt 3 ustawy PZP, który stanowi, że projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający,

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

− art. 353^1 K.C., zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego,

− art. 395 § 1 K.C., zgodnie z którym można zastrzec, że jednej lub obu stronom przysługiwać będzie w ciągu oznaczonego terminu prawo odstąpienia od umowy, prawo to wykonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie,

− art. 483 § 1 K.C., który stanowi, że można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna),

− art. 484 § 2 K.C., który stanowi, że jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

Izba nie stwierdziła podstaw do uwzględnienia odwołania.

W zakresie zarzutu nr 1 odwołania, w którym to Odwołujący zakwestionował treść przesłanki odstąpienia od umowy uregulowanej w § 10 ust 1 pkt 5 wzoru umowy, zgodnie z którą *„ZTM uprawniony jest do odstąpienia od Umowy lub jej rozwiązania w trybie natychmiastowym i bez jej wypowiedzenia, jeżeli Operator nie wykona w trzech kolejnych dniach 50% planowanej pracy przewozowej”,* Izba stwierdza, że wbrew twierdzeniom Odwołującego odstąpienie od umowy na tej podstawie dotyczy okoliczności zawinionych przez wykonawcę, ponieważ w zakresie nieuregulowanym wzorem umowy zastosowanie znajdują przepisy części ogólnej prawa zobowiązań z K.C. Ponadto w ocenie Izby nie można tracić z pola widzenia tego, że nadrzędnym celem świadczonej usługi jest konieczność zapewnienia trwałego świadczenia usług transportu publicznego dla społeczności lokalnej w Warszawie i powiatach sąsiadujących ze stolicą. Istotna jest zatem ciągłość i pewność transportu, dlatego niewykonanie w ciągu 3 dni ponad 50% przewozów będzie świadczyło o wyjątkowo poważnej sytuacji w przedsiębiorstwie przewoźnika i jego złej kondycji, co z kolei uzasadnia umożliwienie Zamawiającemu zakończenie w sposób szybki sprawy stosunku zobowiązaniowego z nierzetelnym wykonawcą.

Ponadto Odwołujący zakwestionował treść § 10 ust 1 pkt 6 wzoru umowy, zgodnie z którym *„ZTM uprawniony jest do odstąpienia od umowy lub jej rozwiązania w trybie natychmiastowym i bez jej wypowiedzenia, jeżeli Operator nie przedstawi ZTM dowodu potwierdzającego posiadanie ważnych w okresie trwania umowy polis ubezpieczeniowych o których mowa w § 5 pkt 4, pokrywających wszystkie ryzyka określone w umowie, w terminie 7 dni od ich zawarcia lub w terminie 7 dni od daty otrzymania żądania ZTM do ich okazania”.* W ocenie Izby tak prosta czynność jak przedstawienie polisy ubezpieczeniowej na żądanie instytucji zamawiającej w terminie 7 dni nie powinna stanowić wyzwania dla żadnego przedsiębiorcy. Nie można tracić z pola widzenia, że jednym z zadań Zamawiającego jest konieczność zapewnienia bezpieczeństwa pasażerom, do czego jest on zobowiązany na podstawie przepisów ustawy o publicznym transporcie zbiorowym.

W zarzucie nr 2 odwołania wykonawca PKS zakwestionował treść § 10 ust. 2 wzoru umowy, zgodnie z którym*„W przypadku odstąpienia od umowy przez ZTM z winy Operatora lub rozwiązania umowy przez ZTM w trybie natychmiastowym bez wypowiedzenia, Operator zobowiązany będzie do zapłaty na rzecz ZTM kary umownej w wysokości 5% niezrealizowanej wartości umowy (liczonej jako iloczyn stawki z oferty Operatora i liczby wozokilometrów pozostałych do wykonania do końca obowiązywania umowy), z zastrzeżeniem, że kara umowna z tego tytułu nie może być niższa niż 10.000.000 zł (słownie: dziesięć milionów złotych) (…)”.* W ocenie Izby biorąc pod uwagę szacunkową wartość tego zamówienia (1 050 000 000 zł) kara umowna w wysokości 5% niezrealizowanej umowy, nie mniejsza jednak niż 10 000 000 zł w przypadku odstąpienia od umowy w trybie § 10 ust. 2 wzoru umowy nie jawi się jako nadmiernie wygórowana, niezależnie od etapu realizacji umowy, na którym mogłaby ona zostać nałożona. Nie można też a priori zakładać okoliczności faktycznych, w jakich kara umowna może zostać wymierzona, oraz jej wysokości, więc nie można z góry przyjmować iż jest rażąco wygórowana. Ponadto Izba stwierdza, że zgodnie z zasadami ogólnymi prawa zobowiązań z K.C. nałożenie kary umownej na wykonawcę wymaga wykazania winy po stronie wykonawcy, co wyklucza ich zastosowanie w sytuacji, gdy okoliczności mogące hipotetycznie stanowić podstawę nałożenia kary są niezależne od wykonawcy i niezawinione przez niego.

W odniesieniu do zarzutu nr 3 odwołania, w którym wykonawca PKS zakwestionował treść § 10 ust. 5 wzoru umowy, w

świetle którego *„Zamawiający może skorzystać z uprawnienia do odstąpienia od umowy w terminie 60 dni od stwierdzenia przesłanki odstąpienia określonej w umowie”* Izba podkreśla swobodę Zamawiającego w ustalaniu warunków umowy zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. W ocenie Izby sposób zredagowania § 10 ust. 5 wzoru umowy nie odbiega od sposobu sformułowania przez prawodawcę wielu przepisów w prawie zobowiązań czy prawie spadkowym w K.C.

W zarzucie nr 6 odwołania wykonawca PKS domagał się wprowadzenia mechanizmu waloryzacji lub zmiany umowy w § 15 ust. 1 wzoru umowy w sposób określony szczegółowo w uzasadnieniu odwołania w związku z planowanym wprowadzeniem systemu ETS2 w przyszłym lub kolejnym roku. Zdaniem Izby w świetle regulacji art. 436 i 439 ustawy PZP Zamawiający nie ma obowiązku wprowadzenia do klauzuli waloryzacyjnej we wzorze umowy postanowienia dotyczącego każdego ewentualnego zwiększenia kosztów zamówienia po stronie wykonawców, w tym w związku z wprowadzeniem systemu ETS2. Akcentowane przez wykonawcę PKS ryzyko powinno być więc wycenione samodzielnie przez wykonawców i zostać uwzględnione w ramach kalkulacji oferty. Słusznie przy tym zauważa Zamawiający, że dostosowywanie pojazdów do aktualnych wymogów, jak i ponoszenie opłat z nimi związanych, takich jak chociażby podatek od środków transportu czy też opłaty administracyjne lub ekologiczne, stanowią standardowe ryzyko prowadzenia działalności gospodarczej związane z obowiązkiem ponoszenia kosztów utrzymania narzędzi, za pomocą których przedsiębiorcy świadczą usługi będące przedmiotem zamówienia.

Z kolei w zarzucie nr 9 odwołania wykonawca PKS dopatrywał się naruszenia przepisów K.C. w związku z brakiem odrębnego uregulowania we wzorze umowy klauzuli siły wyższej i w związku z tym oczekiwał wprowadzenie do projektu umowy tej klauzuli w sposób szczegółowo opisany w uzasadnieniu odwołania. W ocenie Izby dostosowanie treści dokumentów zamówienia do oczekiwań Odwołującego prowadziłoby do nadmiernie kazuistycznego ukształtowania postanowień umownych. Przepisy ustawy PZP nie nakładają na instytucje zamawiające obowiązku aż tak kazuistycznego regulowania wszystkich potencjalnych stanów faktycznych mogących wystąpić w trakcie realizacji zamówienia publicznego. Izba zauważa, że regulacje prawne dotyczące siły wyższej wynikają wprost z przepisów K.C., natomiast samo zagadnienie siły wyższej jest szeroko omówione w orzecznictwie sądowym i literaturze prawniczej. Odwołujący jako profesjonalista w swojej branży niewątpliwie zatem wie, w jakiej rzeczywistości prawnej funkcjonuje.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, tj. na podstawie art. 557, art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437). Z uwagi na oddalenie odwołania Izba obciążyła Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, wobec czego jest on zobowiązany zwrócić Zamawiającemu koszty postępowania odwoławczego związane z wydatkiem na ustanowienie pełnomocnika w wysokości 3 600 zł 00 gr.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:……