

Warszawa, dnia 13 czerwca 2022 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

Odwołujący: Arriva Bus Transport Polska Sp. z
o.o. z siedzibą w Toruniu ul.
Dąbrowskiego 8/24 87-100 Toruń
reprezentowana przez:
radcę prawnego Rafała
Jędrzejewskiego
radcę prawnego
Michała Szczodrego
Kancelaria Radców Prawnych Otawski,
Dziura, Jędrzejewski i partnerzy
aleja Niepodległości 221/2,
02-087 Warszawa
e-mail:michal.szczodry@kancelariaadj.pl
tel. 511-469-887

Zamawiający: Gmina Malbork, ul. Ceglana 7, 82-200
Malbork, sekretarz@gmina.malbork.pl

Nazwa postępowania: „Świadczenie usług transportowych dla dzieci
dojeżdżających do placówek oświatowych Gminy Malbork 2”

Opublikowano w BZP nr 2022/BZP 00197095/01 z dnia 2022-06-07

Znak sprawy: PP-2227/DD2/2022

ODWOŁANIE

1. Na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych zwanej dalej „**Ustawą PZP**”, w imieniu wykonawcy, Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu przy ul. Dąbrowskiego 8/24 87-100 Toruń zwanego dalej „**Odwołującym**”, na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa

(pełnomocnictwo w załączeniu), wnoszę odwołanie wobec postanowień Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej również „**OPZ**”) zawartych w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „**SWZ**”) oraz Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr A.3 do SWZ (dalej „**Wzór Umowy**”) ustanowionych przez Zamawiającego - Gmina Malbork (dalej zwanego jako „**Zamawiający**”) w postępowaniu. pn. „Świadczenie usług transportowych dla dzieci dojeżdżających do placówek oświatowych Gminy Malbork 2” (dalej zwanego jako „**Postępowanie**”).

2. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2022/BZP 00197095/01 z dnia 2022-06-07.

Numer Zamówienia ustalony przez Zamawiającego: PP-2227/DD2/2022.

Zamawiający zamieścił Dokumenty Zamówienia na stronie internetowej pod adresem: <https://ugmalbork.mojbip.pl/1082.html>.

Postępowanie jest prowadzone przy użyciu Platformy – Miniportal <https://miniportal.uzp.gov.pl/Postepowania/edcd4973-0c78-41ee-98d1-d7c52b8d4991>

3. Odwołanie wnoszę od następujących niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego, podjętych oraz zaniechanych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego tj.

- 1) Ustanowienie niezgodnych z ustawą PZP zapisów Wzoru Umowy umożliwiających ograniczenie zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron;
- 2) Nieprecyzyjne ukształtowanie OPZ i dopuszczenie do wprowadzenia przez Zamawiającego zmian w zakresie wykonywania usługi w sposób dowolny bez żadnych ograniczeń;
- 3) Nieprecyzyjne ukształtowanie postanowień Wzoru Umowy poprzez brak wskazania w jaki sposób, przez kogo i w jakim terminie Zamawiający będzie składał zapotrzebowanie, na podstawie którego zostaną wydrukowane bilety dla dzieci uprawnionych do korzystania z przewozów szkolnych;
- 4) Nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego poprzez ukształtowanie postanowień Wzoru Umowy dotyczącego wynagrodzenia minimalnego na rażąco niskim poziomie oraz w sposób niezrozumiały i nieprecyzyjny.
- 5) Brak wskazania wymaganych przepisami prawa wszystkich elementów umowy w tj. łącznej maksymalnej wysokości kar umownych których mogą dochodzić strony pomimo tego, że jest to element obowiązkowy.

4.Odwołujący stawia następujące zarzuty wobec treści Wzoru Umowy i postanowień SWZ:

- 1) zarzut naruszenia art.433 pkt 4 ustawy PZP, art. 99 ust.1 ustawy PZP, art. 16 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 5 oraz art. 353[1] 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ustawy PZP poprzez ustanowienie niezgodnych z ustawą PZP zapisów Wzoru Umowy umożliwiających ograniczenie zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron poprzez wskazanie w § 1 ust. 3 Umowy (str. 4) oraz Rozdziale II Rozdziale ust. 2 lit. „B” SWZ (str. 5), że *„w przypadku zwiększenia ilości dowożonych uczniów Przewoźnik musi zapewnić ich dowóz na warunkach podanych w ofercie. Z tytułu zmniejszenia ilości dowożonych uczniów Usługobiorca nie przewiduje ponoszenia dodatkowych opłat z tego tytułu.”*, bez wprowadzenia żadnych ograniczeń w zakresie zmiany liczby przewożonych uczniów co stanowi nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego;
- 2) zarzut naruszenia art. 99 ust.1 ustawy PZP oraz art. 5 oraz art. 353[1] 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ustawy PZP poprzez ustanowienie niezgodnych z ustawą PZP zapisów Wzoru Umowy w § 1 ust. 3 Umowy (str. 4) oraz Rozdziale II Rozdziale ust. 2 lit. „B” SWZ (str. 5) *„że Usługobiorca zastrzega prawo zmiany liczby przewożonych uczniów na poszczególnych liniach w zależności od potrzeb zgłaszanych przez szkoły (podana liczba dzieci jest orientacyjna), zmiany przebiegu linii komunikacyjnych i rozkładu jazdy oraz wyznaczenia nowych przystanków”* bez wprowadzenia żadnych ograniczeń w tym zakresie co oznacza, że OPZ jest opisany w sposób nieprecyzyjny a kwestionowane zapisy stanowią nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego;
- 3) zarzut naruszenia art. 99 ust.1 ustawy PZP poprzez brak w Opisie Przedmiotu Zamówienia wskazania w jaki sposób, przez kogo i w jakim terminie Zamawiający będzie składał zapotrzebowanie, na podstawie którego zostaną wydrukowane bilety dla dzieci uprawnionych do korzystania z przewozów szkolnych co oznacza, że OPZ został ukształtowany w sposób nieprecyzyjny;
- 4) zarzut naruszenia art. 5 oraz art. 353[1] 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ustawy PZP oraz art. 99 ust. 1 ustawy PZP poprzez nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego poprzez ukształtowanie postanowień Wzoru Umowy dotyczącego wynagrodzenia minimalnego na rażąco niskim poziomie poprzez

ustalenie, że w § 13 ust. 13 pkt 4 lit. c poprzez określenie, że „Zmniejszenie wynagrodzenia w przypadkach, gdy Przewoźnik nie będzie wykonywał przewozu w dniach lub okresach i na liniach wskazanych przez Usługobiorcę, w których przewóz jest bezcelowy z uwagi na ograniczenie związane z wystąpieniem stanu epidemii i wynikające z tego całkowite zamknięcie szkół (dyrektorzy nie zgłaszają żadnej listy dzieci do przewozu), nastąpi przez ustalenie minimalnej wartości świadczenia stanowiącej równowartość liczby zamówionych biletów miesięcznych w ilości 15 sztuk x kwota brutto jednego biletu na cały pełny miesiąc (licząc od pierwszego do upływu ostatniego dnia danego miesiąca).” co jest niezrozumiałe i nieprecyzyjne i powoduje, że naruszona została także zasada ekwiwalentności świadczeń stron wynikających z umowy wzajemnej wyrażona w art. 487 § 2 k.c. i stanowi nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego

- 5) zarzut naruszenia art. 436 pkt 3 oraz pkt 4 ustawy PZP poprzez brak wskazania łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony pomimo ustawowego obowiązku.

5. Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, zmianę SWZ w sposób następujący:

- 1) poprzez zmianę § 1 ust. 3 Umowy (str. 4) oraz Rozdziale II Rozdziale ust. 2 lit. „B” SWZ (str. 5) i dodanie, że „zmiana ilości dowożonych uczniów nie może przekroczyć +/-10 % oraz że w przypadku zmniejszenia ilości dowożonych uczniów ponad 10% Usługobiorca zobowiązuje się do uiszczenia rekompensaty w wysokości odpowiadającej wynagrodzeniu Przewoźnika które by otrzymywał gdyby nie doszło do ww. zmiany”
- 2) poprzez zmianę § 1 ust. 3 Umowy (str. 4) oraz Rozdziale II Rozdziale ust. 2 lit. „B” SWZ (str. 5) i dodanie, że „prawo zmiany liczby przewożonych uczniów na poszczególnych liniach w zależności od potrzeb zgłaszanych przez szkoły (podana liczba dzieci jest orientacyjna), zmiany przebiegu linii komunikacyjnych i rozkładu jazdy oraz wyznaczenia nowych przystanków nie może przekroczyć 10 % wielkości zamówienia, zmiany przekraczające ww. wartość wymagają zgody Przewoźnika wyrażonej na piśmie”.
- 3) poprzez zmianę § 1 ust. 3 Wzoru Umowy i dodanie, że „Liczba uczniów dowożonych do szkół na dany miesiąc określana będzie na podstawie zapotrzebowania składanego

Wykonawcy przez placówki oświatowe w terminie do ostatniego dnia miesiąca poprzedzającego”.

- 4) poprzez zmianę § 13 ust. 13 pkt 4 lit. c Wzoru Umowy poprzez określenie, że *„Zmniejszenie wynagrodzenia w przypadkach, gdy Przewoźnik nie będzie wykonywał przewozu w dniach lub okresach i na liniach wskazanych przez Usługobiorcę, w których przewóz jest bezcelowy z uwagi na ograniczenie związane z wystąpieniem stanu epidemii i wynikające z tego całkowite zamknięcie szkół (dyrektorzy nie zgłaszają żadnej listy dzieci do przewozu), nastąpi przez ustalenie minimalnej miesięcznej wartości świadczenia stanowiącej równowartość 50% miesięcznego wynagrodzenia całkowitego netto wskazanego w § 4 ust. 1 Wzoru Umowy.”*
- 5) poprzez dodanie ust. 7 do § 6 i określenie, że *„Łączna suma naliczonych kar umownych, nałożonych przez cały okres realizowania Umowy nie przekroczy miesięcznego wynagrodzenia całkowitego netto wskazanego w § 4 ust. 1 Wzoru Umowy.”*

6. Odwołujący wskazuje, że niewątpliwie jest Wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. Jednak w sytuacji, gdy Wzór Umowy i postanowienia SWZ zostały sformułowane w sposób sprzeczny z ustawą, w szczególności gdy Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, nieprecyzyjny i w sposób nadużywający jego pozycji dominującej. Odwołujący nie ma możliwości złożenia oferty. Kwestionowane w odwołaniu postanowienie pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach. Powyższe niezbicie dowodzi istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy PZP, to prawidłowo sformułowałby treść Wzoru Umowy i postanowienia SWZ, w szczególności co do opisu przedmiotu zamówienia, faktycznie umożliwiając Odwołującemu złożenie oferty. Tym samym oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Poprzez wskazane powyżej czynności Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia. Zamawiający doprowadził bowiem do sytuacji, w której Odwołujący nie jest w stanie złożyć prawidłowej oferty, spełniającej wszystkie wymagania SWZ. W rezultacie Odwołujący nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia i

osiągnąć zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (*lucrum cessans*).

7. Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone w postępowaniu o udzielenie zamówienia klasycznego prowadzone jest w trybie podstawowym bez negocjacji, o wartości nieprzekraczającej progi unijne. Dokumenty Zamówienia zostały opublikowane 7 czerwca 2022 r.

8. Kopia niniejszego odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

UZASADNIENIE

Ad zarzut nr 1

9. Postanowieniem niedozwolonym w świetle art. 433 pkt 4 ustawy PZP jest wprowadzenie do umowy postanowień związanych z możliwością ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczeń stron.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył ww. przepis poprzez wskazanie w § 1 ust. 3 Umowy (str. 4) oraz Rozdziale II Rozdziale ust. 2 lit. „B” SWZ (str. 5), że *„w przypadku zwiększenia ilości dowożonych uczniów Przewoźnik musi zapewnić ich dowóz na warunkach podanych w ofercie. Z tytułu zmniejszenia ilości dowożonych uczniów Usługobiorca nie przewiduje ponoszenia dodatkowych opłat z tego tytułu.”*

Wprowadzając ww. postanowienie, Zamawiający doprowadza do sytuacji w której nie jest znany wolumen zamówienia.

Należy podkreślić, że jeszcze przed wejściem w życie nowej ustawy PZP w orzecznictwie ukształtowała się zasada, zakazująca redagowania postanowień umowy o zamówienie publiczne w taki sposób, że zakres czy wolumen zamówienia zależy w całości od zdarzeń przyszłych i niepewnych (tak. min. wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 r., o sygn. akt KIO 2177/14 i wyroku z dnia 13 września 2005 sygn. akt V Ca 1110/04.

Odwołujący zwraca uwagę, że każdy potencjalny wykonawca, kalkuluje cenę oferty na podstawie tras przewozu, częstotliwości kursowania oraz postawionych wymagań zdolności technicznej i zawodowej (liczba i rodzaj autobusów, liczba kierowców). Cena biletu określana

jest później poprzez podzielenie ceny oferty przez prognozowaną liczbę biletów miesięcznych zadeklarowaną przez Zamawiającego. Spadek liczby biletów w stosunku do prognozy oznacza dla Wykonawcy niższe przychody.

W ocenie Odwołującego uzależnienie wynagrodzenia Wykonawcy od liczby uczniów objętych dowozeniem przy równoczesnym zastrzeżeniu, że Zamawiający może dowolnie ograniczyć liczbę dowożonych dzieci i nie należy się Wykonawcy z tego tytułu żadna rekompensata stanowi naruszenie art. 433 pkt 4 ustawy PZP.

Zatem postanowienia zawarte w § 1 ust. 3 Umowy (str. 4) oraz Rozdziale II Rozdziale ust. 2 lit. „B” SWZ (str. 5), są niezgodne z ustawą PZP.

Za niedozwoloną praktykę należy uznać projektowane postanowienie umowy, które przewiduje możliwość samodzielnego, jednostronnego decydowania przez zamawiającego o ograniczeniu zakresu świadczenia w trakcie realizacji zamówienia, jeśli w umowie nie jest wskazana minimalna gwarantowana wielkość lub wartość świadczenia stron.

Uprawnionym jest zatem twierdzenie, że aktualna treść zapisów Wzoru Umowy SWZ nakłada na potencjalnego wykonawcę zbyt duże ryzyko. Każdy zainteresowany wykonaniem przedmiotowego zamówienia przedsiębiorca nie jest w stanie oszacować swoich przychodów z ewentualnego wykonywania przedmiotowej usługi. Nie może bowiem przewidzieć jaki będzie rzeczywisty zakres wykonania usługi. Wobec tego nie ma możliwości złożenia rentownej, rynkowej oferty cenowej. Postępowanie Zamawiającego uniemożliwia sporządzenie i należytą wycenę oferty.

Zatem, uprawnienie Zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania SWZ (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego (*vide*: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2177/14).

Wykonawca na etapie składania oferty musi mieć pewność co do zakresu wykonywania usługi. Przynajmniej jego orientacyjnego zakresu. Niedopuszczalna jest pełna dowolność w zmianie zakresu wykonania zamówienia publicznego.

Szczególnie krytycznie Odwołujący ocenia zapis o tym, że liczba uczniów korzystających z usługi/zamawianych biletów może być dowolnie zmieniana przy jednoczesnym zastrzeżeniu, że wykonawca bez względu na charakter i wielkość tej zmiany musi zapewnić ich dowóz i odwóz na warunkach określonych w ofercie.

Wskazane wyżej zapisy utrudniają kalkulacje oferty. Wprowadzają niepotrzebne niewiadome. Zamawiający wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi opisał przedmiot zamówienia w sposób niejednoznaczny, i nie wyczerpujący, co jest sprzeczne z przepisami ustawy PZP.

Zamawiający ma obowiązek uwzględnić i podać wszystkie informacje, mające wpływ na sporządzenie oferty i skalkulowanie ceny. Jeżeli nawet istnieje pewne ryzyko co do zakresu usługi w całym okresie jej realizacji, to nie może ono być w całości przerzucane na wykonawcę, który powinien mieć pewność w odniesieniu do stałych elementów, pozwalających na przyjęcie założeń kalkulacyjnych ekonomiczności kontraktu za zaoferowaną cenę.

Wskazane wyżej postanowienia Wzorca umowy dopuszczające właściwie dowolną zmianę zakresu wykonywanej usługi sprzeciwia się zasadzie pewności obrotu. Warto w tym miejscu posłużyć się wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie w wyroku z dnia 13 września 2005 sygn. akt V Ca 1110/04, zgodnie z którym wykonawca: *„Musi mieć zatem pewność, że zrealizuje w przyszłości (...) zamówienie w pewnym minimalnym zakresie. Dlatego też sąd uznał, że zapisy projektu umowy winny być zmodyfikowane w taki sposób, aby dostawca, stosując zasadę pewności obrotu i możliwości zaplanowania sprzedaży na określonym poziomie, miał pewność, że zawarta umowa pozwoli mu sprzedać co najmniej określoną część zamówionej ilości towaru”*.

Jeśli Zamawiający przewiduje możliwość jednostronnego ograniczenia zakresu zamówienia winien określić minimalną wartość lub wielkość świadczenia stron umowy. W ten sposób zamawiający zapewnia realizację zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 16 pkt 1 ustawy PZP. Ponadto, takie działanie stanowi wypełnienie obowiązku wynikającego z art. 99 ust. 1 ustawy PZP i umożliwia wykonawcom prawidłowe sporządzenie ofert.

Wprowadzenie postanowień w kształcie proponowanym przez Wykonawcę, korzystnie wpłynie na wykonanie zamówienia przez każdego potencjalnego

wykonawcę. Brak tych zapisów stanowi kolejne ryzyko którym niepotrzebnie jest obciążony każdy potencjalny wykonawca.

Ad zarzut nr 2

10. Dalej Odwołujący podnosi, że podstawowym dokumentem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest SWZ oraz ogłoszenie o zamówieniu i Wzoru Umowy. To na podstawie zapisów tych dokumentów, wykonawcy przygotowują składane następnie oferty. Ww. dokumenty są wiążące dla wykonawców, dlatego powinny być wyczerpujące, precyzyjne i czytelne, a postanowienia tych dokumentów nie mogą stwarzać wykonawcom problemu z ich rozumieniem, czy też uzyskaniem niezbędnych informacji do złożenia oferty jak w przedmiotowym przypadku.

Dalej należy zwrócić uwagę na to, że Zamawiający zastrzegając sobie prawo zmiany liczby przewożonych uczniów na poszczególnych liniach w zależności od potrzeb zgłaszanych przez szkoły (podana liczba dzieci jest orientacyjna), zmiany przebiegu linii komunikacyjnych i rozkładu jazdy oraz wyznaczenia nowych przystanków doprowadził do sytuacji w której w potencjalny wykonawca

Powyższe zastrzeżenie jest niezgodne z art. 99 ust. 1 ustawy PZP.

Na potwierdzenie powyższego wskazuję na orzeczenie Izby z dnia 1 kwietnia 2019 r., o sygn. akt KIO 479/19, w myśl którego *„Sporządzenie pełnego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia jest obowiązkiem zamawiającego i ma wpływ na złożenie oferty. **Opis przedmiotu zamówienia powinien być sporządzony w taki sposób, aby wykonawcy byli w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji bądź nadmiernych ryzyk związanych z lukami w ww. opisie, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia i skalkulować ofertę.**”*

Zamawiający w szczególności ma obowiązek ukształtować stosunek prawny w granicach określonych treścią art. 353[1] oraz art. 5 KC, co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Właściwość (naturę) stosunku należy rozumieć jako nakaz respektowania podstawowych cech stosunku kontraktowego, które stanowią o jego istocie. Sąd Najwyższy w Uchwale o sygn. akt IV SA 349/91 podjętej w składzie 7 sędziów z dnia 22 maja 1991 roku podkreślił, iż *„Natura umowy gospodarczej i generowanego przez nią stosunku sprowadza się generalnie do tego, że wyraża ona i pozwala realizować interes każdej ze stron, ponieważ*

zaś interesy te bywają przeciwstawne, istotę umowy stanowi uzgodnienie woli stron, wyrażające ich interesy. Zgoda obydwu stron jest oczywistym wymogiem tak przy zawarciu umowy, jak i przy zmianach jej treści, stąd też nawet przy najdalej idących ułatwieniach w realizacji inicjatywy zmian pozostawiona jest drugiej stronie możliwość odmowy zgody na zmiany. **W tym stanie rzeczy za sprzeczne z naturą umowy gospodarczej należy uznać pozostawienie w ręku jednej tylko strony możliwości dowolnej zmiany jej warunków**”

Dalej, Odwołujący pragnie zauważyć, że SWZ jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wyznacza obowiązki wykonawców, jakie na nich ciążyą w związku z chęcią uczestniczenia w postępowaniu, warunki jakim muszą wykonawcy sprostać, wskazuje dokumenty, jakie należy złożyć by w nim uczestniczyć. Z tego względu postanowienia SWZ powinny być precyzyjne i jasne w swej treści, zaś jej zapisy należy czytać w sposób dosłowny. Na zamawiającym ciąży obowiązek opracowania treści SWZ w ten sposób aby był on pozbawiony pola do domysłów i dedukcji przez wykonawców, bez potrzeby prowadzenia procesu wnioskowania co należy uczynić w jej wykonaniu, aby ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie sprostął ww. obowiązkowi.

Na potwierdzenie powyższej argumentacji, Odwołujący wskazuje, że w myśl Uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lipca 2012 r. o sygn.. akt KIO/KD 62/12 „zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) - przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny, a więc za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, jak również wyczerpujący, tzn. taki, z którego dokładnie wynika zakres zamówienia i warunki jego realizacji. Opis przedmiotu zamówienia musi także uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, gdyż podstawowe znaczenie mają informacje potrzebne do skalkulowania jej ceny.”

Tym samym Zamawiający nakłada na potencjalnego wykonawcę zbyt duże ryzyko, utrudnia prawidłowe skalkulowanie oferty i dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym w sposób prawidłowy wykonać przedmiot zamówienia. **Zgodnie z kwestionowanymi przepisami przedmiot zamówienia może być modyfikowany w sposób dowolny przez Zamawiającego.**

Uprawnionym jest twierdzenie, że aktualna treść zapisów OPZ uzależnia w całości zakres wykonywanej usługi od zdarzeń przyszłych i niepewnych. Jest to niedopuszczalne.

Zamawiający przerzuca na potencjalnego wykonawcę całość ryzyka związanego z realizacją Zamówienia. O niedopuszczalności takich zapisów wypowiedziała się Izba min. w wyroku o sygn. akt KIO 2358/18 z dnia 30 listopada 2018 r. w myśl którego *„Przerzucenie na wykonawców w przeważającej części lub w całości ryzyka związanego z realizacją zamówień publicznych grozi wydatkowaniem funduszy europejskich oraz przesunięciem na kolejne lata realizacji ważkich inwestycji infrastrukturalnych, których odroczenie przyniesie kolejne straty nie tylko dla gospodarki, lecz również straty w wymiarze społecznym i wizerunkowym dla Polski. Taki mechanizm jest także niezgodny z racjonalizacją i oszczędnością wydatków publicznych, gdyż wynika z faktu zgody zamawiającego na zapłatę wykonawcy ryczałtem bliżej niesprecyzowanych wartości potencjalnych ryzyk kontraktowych ujętych w cenie ofertowej.”*

Uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania warunków umowy które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego. W celu wzmocnienia powyższej argumentacji, Odwołujący zwraca uwagę na wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 r., o sygn. akt KIO 2177/14 w myśl którego *„Wskazać także należy, że umowy o zamówienie publiczne zawierane na czas określony zostały przez ustawodawcę skonstruowane, jako źródło zobowiązań o charakterze trwałym, które, jeżeli tylko są wykonywane należycie, to powinny istnieć aż do upływu terminu, na jaki zawarta została umowa. Jest to podyktowane tym, że wykonawcy będą mogli racjonalnie skalkulować cenę, wysokość opłat oraz inne parametry finansowe, a także przewidzieć ryzyko związane z kontraktem (w tym ryzyko, czy poniesione przez nich nakłady zostaną zrekompensowane przychodami uzyskanymi w określonym okresie obowiązywania umowy), jedynie wówczas, gdy będą mogli przewidzieć czas, przez jaki strony umowy pozostaną nią związane”*

W tym miejscu warto wskazać na wyrok KIO z dnia 8 listopada 2018 r., zapadły pod sygn. akt KIO 2196/18 w myśl którego ***„Nałożenie na wykonawców obowiązku uwzględnienia w ofercie zdarzeń nadzwyczajnych i nieprzewidywalnych stanowi o niejednoznacznym i niewyczerpującym opisie przedmiotu zamówienia, dokonany wbrew dyspozycji art. 29 ust. 1 p.z.p. Przepis ten zobowiązuje zamawiającego do uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia, a więc i w warunkach kontraktu określających przedmiot i sposób wykonania***

zamówienia, wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.”

Mając na uwadze powyższe, wprowadzenie do SWIZ żądanej przez Odwołującego zmiany jest konieczne do kalkulacji rentownej ceny ofertowej i udziału w przedmiotowym postępowaniu wykonawców zdolnych do realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego.

Rozwiązania proponowane przez Wykonawcę polegające na wprowadzeniu ograniczeń w zmianie warunków wykonywania umowy do 10 % wielkości zamówienia ma ustanowić ramy w których potencjalny wykonawca będzie mógł się poruszać. Propozycja Odwołującego wprowadza margines dopuszczalnych zmian bez konieczności zmiany umowy ma służyć zachowaniu zasady pewności obrotu. Wprowadzenie jednego z zaprezentowanych rozwiązań umożliwi każdemu potencjalnemu wykonawcy oszacowanie przychodów jakie osiągnie z wykonania przedmiotowej usługi tym samym umożliwi mu to skonstruowanie oferty.

Ad zarzut nr 3

11. Zamawiający nie zawarł w Opisie Przedmiotu Zamówienia w jaki sposób, przez kogo i w jakim terminie Zamawiający będzie składał zapotrzebowanie, na podstawie którego zostaną wydrukowane bilety dla dzieci uprawnionych do korzystania z przewozów szkolnych co oznacza, że OPZ został ukształtowany w sposób nieprecyzyjny

Argumentacja przedstawiona do uzasadnienia zarzutu o numerze 1 jest aktualna również w odniesieniu do zarzutu o numerze 2.

W myśl art. 353[1] Kodeksu cywilnego 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. Granica swobody umowy określona została zatem m.in. przez zasady współżycia społecznego, z którymi wiąże się problematyka tzw. słuszności kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku.

Na Zamawiającym ciąży obowiązek uwzględnienia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na wykonanie zamówienia.

Zamawiający naruszył art. 99 ust.1 ustawy PZP poprzez brak w Opisie Przedmiotu Zamówienia wskazania w jaki sposób, przez kogo i w jakim terminie Zamawiający będzie składał zapotrzebowanie, na podstawie którego zostaną wydrukowane bilety dla dzieci uprawnionych do korzystania z przewozów szkolnych co oznacza, że OPZ został ukształtowany w sposób nieprecyzyjny.

Przepis art. 99 ust. 1 ustawy PZP wprowadza pozytywne przesłanki prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Opis jednoznaczny to opis precyzyjnie określony, niebudzący wątpliwości. Opis wyczerpujący to opis przedstawiający przedmiot zamówienia w sposób wszechstronny i szczegółowy. Zważywszy, że adresatem opisu przedmiotu zamówienia są wykonawcy, a zatem profesjonaliści działający w danej branży, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w języku fachowym, tj. za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń dla wykonawców działających w branży, która dotyczy przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie podołał powyższemu obowiązkowi.

Ad zarzut nr 4

12. Zamawiający jest gospodarzem postępowania. Jednakże, Zamawiający w swoich uprawnieniach i uznaniowości jest ograniczony przepisami prawa.

Treść art. 353[1] k.c. zarysowuje trzy ograniczenia tej wolności, są nimi: natura stosunku, ustawa i zasady współżycia społecznego. Stąd w sytuacji chęci wprowadzenia określonego zapisu należy ocenić, czy nie stoi on w sprzeczności z ww. ograniczeniami. Powyższe dotyczy również umów sprawie zamówienia publicznego.

W świetle wyroku KIO z dnia 18 czerwca 2021 r., o sygn. akt KIO 1544/21 wskazała, że uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SIWZ (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego. Zamawiający w szczególności ma obowiązek ukształtować stosunek prawny w granicach określonych treścią art. 353[1] oraz art. 5 k.c., co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Właściwość (naturę)

stosunku należy rozumieć, jako nakaz respektowania podstawowych cech stosunku kontraktowego, które stanowią o jego istocie (vide: wyrok KIO z 6.11.2014 r., KIO 2177/14)

W ocenie Odwołującego, ustalenie minimalnego wynagrodzenia na tak niskim poziomie jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego jak i przepisami. Umowy w sprawie zamówienia publicznego są umowami wzajemnymi. Charakterystyczną ich cechą jest to, że każda ze stron zobowiązana jest do świadczenia na rzecz drugiej, uznawanego za odpowiednik tego, co sama otrzymuje (art. 487 § 2 k.c.). W przypadku umów wzajemnych mamy, zatem do czynienia z ekwiwalentnością (równowagą) świadczeń. Naruszenie tej równowagi uznane za rażące, może prowadzić do zastosowania np. określonych przepisów o wzyssku (art. 388 k.c.). Pozbawienie całkowitego wynagrodzenia wykonawcy może być analizowane pod tym kątem. Szczególnie może to dotyczyć sytuacji, kiedy wykonawca wykonał całe zamówienie, lecz nie zrobił tego w terminie.

Kwestionowane przez Odwołującego zapisy mogą być sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Zasady współżycia społecznego nakazują tak uregulować treść stosunku prawnego, które nie będzie sprzeciwiało się przyjętym w społeczeństwie kryteriom uczciwego i lojalnego postępowania. Zasady te sprzeciwiają się takiego maksymalizowania wymagań, aby zabezpieczyć interes gospodarczy tylko jednej ze stron z pokrzywdzeniem drugiej. Obiektywnie niekorzystna dla jednej strony treść umowy może być uznana za sprzeczną z zasadami współżycia społecznego w sytuacji, gdy do takiego ukształtowania stosunków umownych, który jest dla niej w sposób widoczny krzywdzący, doszło przy świadomym wykorzystaniu przez drugą stronę swojej silniejszej pozycji. A takie ryzyko występuje, kiedy za treść umowy zasadniczo odpowiada zamawiający.

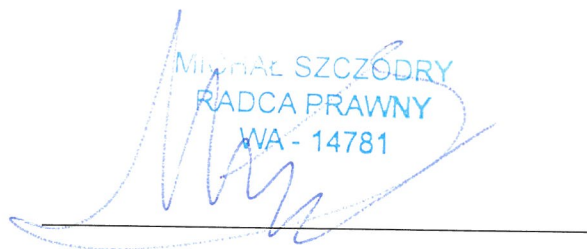
W ocenie Odwołującego zapisy Wzoru Umowy o wynagrodzeniu minimalnym zasada ekwiwalentności świadczeń stron wynikających z umowy wzajemnej wyrażona w art. 487 § 2 k.c.

Warto dodać, że w przypadku gdy doszło do naruszenia obiektywnej ekwiwalentności świadczeń, możliwe jest zastosowanie przepisów o wzyssku. Można również oceniać treść czynności prawnej w kontekście zasad współżycia społecznego Ciszewski Jerzy (red.), Nazaruk Piotr (red.), Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany do art. 487 Kodeksu Cywilnego. LEX.

Ad zarzut nr 5

13. Zgodnie z art. 436 pkt 3 ustawy PZP umowa powinna określać też łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony. Wzór Umowy sporządzony przez Zamawiającego nie zawiera tego typu postanowień.

Propozycja Odwołującego ma na celu uzupełnienie tego braku.



Załączniki:

1. Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej
2. Dowód uiszczenia wpisu
3. KRS Odwołującego
4. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu

Warszawa, 10 czerwca 2022 r.

PEŁNOMOCNICTWO

Działając w imieniu i na rzecz Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu, ul. Dąbrowskiego 8/24, 87-100 Toruń, REGON 01 327 11 57, NIP 527 21 85 559, wpisanej do KRS: 0000021693 (dalej zwanej jako „Spółka”),

udzielam pełnomocnictwa :

1. radcy prawnemu Rafałowi Jędrzejewskiemu wpisanemu na listę radców prawnych prowadzoną przy Okręgowej Izbie Radców Prawnych w Warszawie pod numerem WA-6909 radca prawny z Kancelaria Radców Prawnych Otawski Dziura Jędrzejewski i Partnerzy, al. Niepodległości 221 lok. 2, 00-608 Warszawa

oraz

2. radcy prawnemu Michałowi Szczodremu wpisanemu na listę radców prawnych prowadzoną przy Okręgowej Izbie Radców Prawnych w Warszawie pod numerem WA-14781, radca prawny z Kancelaria Radców Prawnych Otawski Dziura Jędrzejewski i Partnerzy, al. Niepodległości 221 lok. 2, 00-608 Warszawa

każdemu z osobna,

do wniesienia w imieniu Spółki odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług transportowych dla dzieci dojeżdżających do placówek oświatowych Gminy Malbork 2”, w którym Zamawiającym jest Gmina Malbork.

Niniejsze pełnomocnictwo upoważnia do udzielenia substytucji.

**Marcin
Arkadiusz
Połewicz**

Elektronicznie
podpisany przez
Marcin Arkadiusz
Połewicz
Data: 2022.06.10
14:27:26 +02'00'

Signature Not Verified
Dokument podpisany przez
Damian Grabowski
Data: 2022.06.10 14:34:29 CEST

