

PARTNERZY | OF COUNSEL

PROF. ZW. DR HAB. STANISŁAW SOŁTYSIŃSKI
DR ANDRZEJ W. KAWECKI*
DR HAB. ANDRZEJ SZŁĘZAK
PIOTR ANDRZEJAŁ
ŁUKASZ BERAŁ
JAROSŁAW BIEROŃSKI
KRZYSZTOF CICHOCKI
AGNIESZKA FEDOR
ROBERT GAWAŁKIEWICZ
SZYMON GOGULSKI
DR WOJCIECH IWAŃSKI
KRZYSZTOF KANTON
TOMASZ KAŃSKI
PROF. DR HAB. MAREK KOLAŚIŃSKI
TOMASZ KONOPKA
SŁAWOMIR ŁUCZAK
DR KATARZYNA MICHAŁOWSKA
JUSTYNA MŁODZIANOWSKA

* Admitted also in New York

BIURA

WARSZAWA
ul. Jasna 26 | 00-054 Warszawa
tel. +48 22 608 70 00 | fax +48 22 608 70 70
office@skslegal.pl

POZNAŃ
ul. Mickiewicza 35 | 60-837 Poznań
tel. +48 61 856 04 20 | fax +48 61 856 05 67
office.poznan@skslegal.pl

KATOWICE
ul. Wojewódzka 10 | 40-026 Katowice
tel. +48 32 731 59 86 | fax +48 32 731 59 90
office.katowice@skslegal.pl

WROCLAW
pl. Solny 16 | 50-062 Wrocław
tel. +48 71 346 77 00 | fax +48 71 346 77 09
office.wroclaw@skslegal.pl

www.skslegal.pl

PARTNERZY | OF COUNSEL

ANDRZEJ MOTYKA
JACEK MYSZKO
DR MARCIN OLECHOWSKI
DR RUDOLF OSTRIHANSKY
KATARZYNA PACZUSKA-TOKARSKA
ROCH PAŁUBICKI
KRZYSZTOF PAWLISZ
KATARZYNA RANDZIO-SAJKOWSKA
JANUSZ SIEKAŃSKI
JACEK SIŃSKI
DR HAB. EWA SKRZYDŁO-TEFELSKA
DARIUSZ SKUZA
MIKOŁAJ SOWIŃSKI
ANNA SZCZODRA
AGATA SZELIGA
SŁAWOMIR USS
RADOŚŁAW WASZKIEWICZ
RAFAŁ WASZKIEWICZ
ZBYSZKO WIZNER

Warszawa, 27 grudnia 2021 roku

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

Zamawiający:
Zakład Usług Komunalnych w Tczewie
ul. Czatkowska 2e
83-110 Tczew
zuktczew@zuktczew.pl

Odwołujący:
Mobilis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
ul. Posag 7 Panien 8
02-495 Warszawa

reprezentowany przez pełnomocników:
r. pr. Agatę Szeligę
adw. Żanetę Urbaniak
z kancelarii Sołtysiński Kawecki & Szlęzak
– Kancelaria Radców Prawnych i Adwokatów sp. j.
z siedzibą w Warszawie

Adres do doręczeń dla Odwołującego się:
ul. Jasna 26, 00-054 Warszawa
tel. 0 22 608 70 06
faks 0 22 608 70 70
e-mail: zaneta.urbaniak@skslegal.pl

ODWOŁANIE W POSTĘPOWANIU O ZAMÓWIENIE PUBLICZNE

Przedmiot zamówienia: „Świadczenie usług przewozowych transportu zbiorowego dla potrzeb komunikacji miejskiej w Tczewie w latach 2023 - 2033” („Zamówienie”)

Nr postępowania: ZUK.271.3.16.2021

Ogłoszenie o zamówieniu: ogłoszenie o zamówieniu numer 2021/S 243-640963

Działając na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych („Pzp”) w imieniu Mobilis spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Posąg 7 Panien 8, przedsiębiorcy działającego na rynku usług przewozowych planującego wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usług przewozowych transportu zbiorowego dla potrzeb komunikacji miejskiej w Tczewie w latach 2023 - 2033” („Postępowanie”), na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa (załącznik numer 3), niniejszym wnoszę odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności polegającej na ukształtowaniu postanowień specyfikacji warunków zamówienia, opisu przedmiotu zamówienia i projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający przepisy Pzp dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, umów o zamówienie publiczne, w szczególności waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy.

I. Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego **zarzucam:**

- 1) naruszenie przepisów art. 99 ust. 1 Pzp w zw. 240 ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejasny, niejednoznaczny, tj. brak jednoznacznych informacji dotyczącej pojazdów jakimi mają być świadczone usługi w poszczególnych segmentach (liczby pojazdów danego typu w segmentach A, B), co uniemożliwia wykonawcom prawidłowe oszacowanie ceny oferty;
- 2) naruszenie przepisów art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, tj. nieopisanie pojazdów typu ePN - Zamawiający w załączniku numer 2 do OPZ - Parametry Techniczno - Użytkowe pojazdów przeznaczonych do świadczenia usług („załącznik numer 2 do OPZ”) określił wyłącznie wymagania dla pojazdów typu eSN i eKN, nie określił jednak szczegółowych parametrów dla pojazdów typu ePN, a co za tym idzie wykonawcy nie mają pełnej wiedzy dotyczącej parametrów technicznych pojazdów tego typu, w konsekwencji niemożliwe jest złożenie porównywalnych ofert;
- 3) naruszenie przepisów art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z § 3 pkt 5 i 6) załącznika numer 2 do OPZ poprzez opisanie przedmiotu Zamówienia przy użyciu pozornych i ograniczających kryteriów, których Zamawiający nie jest w stanie zweryfikować ani na etapie oceny ofert, ani też na etapie realizacji Zamówienia;

- 4) naruszenie przepisów art. 99 ust. 1 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. z art. 240 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający prawidłowe oszacowanie ceny oferty, tj. niepodanie liczby biletów z których sprzedaży przychód musi zostać uwzględniony w cenie oferty wykonawców, co uniemożliwia prawidłowe oszacowanie ceny oferty w sposób uwzględniający wszystkie warunki zamówienia;
- 5) naruszenie przepisów art. 134 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez takie ukształtowanie postanowień SWZ, że niemożliwe jest prawidłowe oszacowanie ceny oferty, ze względu na niewskazanie szczegółowych informacji dotyczących liczby wozokilometrów dla poszczególnych typów pojazdów;
- 6) naruszenie przepisów art. 240 Pzp poprzez ukształtowanie kryteriów oceny ofert w sposób niejednoznaczny, niezrozumiały, w szczególności poprzez nieopisanie, w jaki sposób zostanie dokonana ocena ofert w zakresie kryterium unifikacja autobusów w grupie B, mając na uwadze fakt, że w tym segmencie Zamówienia usługi mogą być świadczone różnymi typami autobusów, tj. autobusami typu SN i PN;
- 7) naruszenie przepisów art. 433 pkt 2) Pzp poprzez nałożenie na wykonawców obowiązku obliczenia ceny oferty z uwzględnieniem okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, tj. ewentualne utracenie dochodów z tytułu wprowadzenia nowych ulg w opłatach;
- 8) naruszenie przepisów art. 431 i art. 439 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny („KC”) poprzez zawarcie umowy w okresie wynikającym z Pzp z datą wejścia w życie 1 września 2023 roku oraz określeniem, że pierwsza waloryzacja wynagrodzenia nie może zostać przeprowadzona przed dniem rozpoczęcia świadczenia usług, a co za tym idzie będzie mogła być przeprowadzona ze skutkiem na 1 stycznia 2024 roku, co stanowi obejście przepisów Pzp dotyczących obowiązkowych umownych klauzul waloryzacyjnych wynagrodzenia wykonawcy zawartych w art. 439 ust. 1 i 3 Pzp, a co za tym idzie, prowadzi do niedopuszczalnego zachwiania równowagi kontraktowej stron umowy poprzez przerzucenie ryzyk związanych z wahaniami cen na rynku usług autobusowych w przedmiotowym okresie oraz ryzykiem ustalenia podstawy waloryzacji na wykonawcę;
- 9) naruszenie przepisów art. 433 pkt 3 Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 Pzp w zakresie odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, tj. określenie daty wejścia w życie umowy po upływie roku i ośmiu miesięcy od dnia złożenia oferty, zaś pierwszej waloryzacji wynagrodzenia po upływie około 2 lat od dnia złożenia oferty, co skutkuje przerzuceniem wszystkich ryzyk z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia na wykonawcę, co przeczy zasadzie efektywności;
- 10) naruszenie przepisu art. 439 Pzp poprzez wprowadzenie do postanowień § 10 projektowanych postanowień umowy dodatkowych warunków od których uzależnione jest przeprowadzenie waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy.

II. Wskazując na powyższe zarzuty **wnoszę o uwzględnienie niniejszego odwołania i:**

- 1) nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”), załącznika numer 2 - Parametry Techniczno- Użytkowe pojazdów przeznaczonych do świadczenia usług oraz pkt 3.1. SWZ poprzez jednoznaczne wskazanie dokładnej liczby pojazdów danego typu w grupach A i B Zamówienia przy pomocy, których wykonawca ma świadczyć usługi

włączając wskazanie minimalnej liczby autobusów elektrycznych danego typu w każdej z tych dwóch grup, tj. wskazanie liczby pojazdów:

- a) w grupie A – typu SN, PN, KN, eKN, eSN, ePN;
 - b) w grupie B - typu SN, PN, eSN, ePN;
- 2) nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SWZ, załącznika numer 2 do OPZ poprzez opisanie parametrów technicznych pojazdów typu ePN, na wzór postanowień § 3 załącznika numer 2 do OPZ;
 - 3) nakazanie Zamawiającemu usunięcia postanowień § 3 pkt 1, 5 i 6 OPZ;
 - 4) nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia OPZ w zakresie liczby i wartości sprzedanych biletów w latach 2014-2021 uprawniających do korzystania z miejskiej komunikacji autobusowej na terenie Tczewa, w podziale na: (i) bilety papierowe jednorazowe z rozbiem na wpływy z biletów normalnych i ulgowych, (ii) bilety czasowe 40-minutowe z rozbiem na wpływy z biletów normalnych i ulgowych, (iii) przejazdy na podstawie Karty Mieszkańca Tczewa z rozbiem na wpływy z przejazdów normalnych i ulgowych, które to dane/wartości należy wziąć pod uwagę podczas określania ceny oferty;
 - 5) nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia OPZ, projektowanych postanowień umowy oraz formularza oferty i nadanie im brzmienia:

a) nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia zmiany pkt 3.1.1. SWZ i nadanie mu brzmienia:

Szacunkowa liczba wozokilometrów objętych niniejszym zamówieniem wynosi: 14 652 500. Liczba wozokilometrów rozłożona zostanie równomiernie pomiędzy kolejne lata zamówienia, wynikająca z podziału przez 10 lat świadczenia usługi. Przewidywana roczna liczba wozokilometrów wynosi:

- w 2023 roku (4 miesiące) – około 498 520, w tym:
 - grupa A: [x] wozokilometrów (w tym liczba wozokilometrów do zrealizowania przez pojazdy elektryczne – [x] wozokilometrów), w tym pojazdy typu KN – [x] wozokilometrów, SN - [x] wozokilometrów, PN - [x] wozokilometrów
 - grupa B: [x] wozokilometrów (w tym liczba wozokilometrów do zrealizowania przez pojazdy elektryczne – [x] wozokilometrów), w tym pojazdy typu SN - [x] wozokilometrów, PN - [x] wozokilometrów,
 - grupa C: [x] wozokilometrów,
- w latach 2024 – 2032 – około 1 465 250 na rok, w tym:
 - grupa A: [x] wozokilometrów (w tym liczba wozokilometrów do zrealizowania przez pojazdy elektryczne – [x] wozokilometrów), w tym pojazdy typu KN – [x] wozokilometrów, SN - [x] wozokilometrów, PN - [x] wozokilometrów
 - grupa B: [x] wozokilometrów (w tym liczba wozokilometrów do zrealizowania przez pojazdy elektryczne – [x] wozokilometrów), w tym pojazdy typu SN - [x] wozokilometrów, PN - [x] wozokilometrów,
 - grupa C: [x] wozokilometrów,

w 2033 roku (8 miesięcy) – około 966 730, w tym:

- grupa A: [x] wozokilometrów (w tym liczba wozokilometrów do zrealizowania przez pojazdy elektryczne – [x] wozokilometrów), w tym pojazdy typu KN – [x] wozokilometrów, SN - [x] wozokilometrów, PN - [x] wozokilometrów
- grupa B: [x] wozokilometrów (w tym liczba wozokilometrów do zrealizowania przez pojazdy elektryczne – [x] wozokilometrów), w tym pojazdy typu SN - [x] wozokilometrów, PN - [x] wozokilometrów,
- grupa C: [x] wozokilometrów,

Szacunkowa liczba wozokilometrów z podziałem na grupy autobusów w okresie realizacji zamówienia:

- grupa A: 3 516 600 (w tym liczba wozokilometrów do zrealizowania przez pojazdy elektryczne – [x] wozokilometrów), w tym pojazdy typu KN – [x] wozokilometrów, SN - [x] wozokilometrów, PN - [x] wozokilometrów
- grupa B: 10 549 800 (w tym liczba wozokilometrów do zrealizowania przez pojazdy elektryczne – [x] wozokilometrów), w tym pojazdy typu SN - [x] wozokilometrów, PN - [x] wozokilometrów,
- grupa C: 586 100,
- razem: 14 652 500.

**pola oznaczone [x] powinien uzupełnić Zamawiający w zakresie pracy przewozowej planowanej dla poszczególnych typów pojazdów.*

b) nakazanie Zamawiającemu dodania w pkt 3.1.2. nowego akapitu 2 SWZ i nadanie mu brzmienia:

Ewentualne zmniejszenie lub zwiększenie liczby wozokilometrów określone w akapicie powyżej nastąpi proporcjonalnie do pracy przewozowej (liczby wozokilometrów) pojazdów o napędzie elektrycznym i pojazdów o napędzie konwencjonalnym (spalinowym) określonej w pkt 3.1.1. dla danego roku przypadającego w okresie realizacji zamówienia.

c) nakazanie Zamawiającemu zmiany § 8 ust. 2 projektowanych postanowień umowy i nadanie mu brzmienia:

Łączna wartość wynagrodzenia należnego Wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu umowy stanowi kwotę zł (słownie: złotych 00/100), przy czym:

cena jednostkowa wozokilometra dla pojazdu typu KN wyniesie:

cena netto:zł + podatek VAT ...%,

cena brutto (z podatkiem VAT): zł,

cena jednostkowa wozokilometra dla pojazdu typu eKN wyniesie:

cena netto:zł + podatek VAT ...%,

cena brutto (z podatkiem VAT): zł,

cena jednostkowa wozokilometra dla pojazdu typu SN wyniesie:

cena netto:zł + podatek VAT ...%,

cena brutto (z podatkiem VAT): zł,

cena jednostkowa wozokilometra dla pojazdu typu eSN wyniesie:

cena netto:zł + podatek VAT ...%,

cena brutto (z podatkiem VAT): zł,

cena jednostkowa wozokilometra dla pojazdu typu PN wyniesie:

cena netto:zł + podatek VAT ...%,

cena brutto (z podatkiem VAT): zł,

cena jednostkowa wozokilometra dla pojazdu typu ePN wyniesie:

cena netto:zł + podatek VAT ...%,

cena brutto (z podatkiem VAT): zł,

zgodnie z Formularzem oferty złożonym na etapie postępowania.

d) nakazanie Zamawiającemu zmiany § 9 ust. 1 projektowanych postanowień umowy i nadanie mu brzmienia:

Za wykonanie usług Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie będące iloczynem wozokilometrów zrealizowanych danym typem pojazdów oraz ceny wozokilometra (netto). Do kwoty tej zostanie doliczony podatek VAT w obowiązującej wysokości. Cena jednego wozokilometra wynosi odpowiednio:

- 1) dla pojazdu typu – KN – [x]
- 2) dla pojazdu typu – eKN – [x]
- 3) dla pojazdu typu – SN – [x]
- 4) dla pojazdu typu – eSN – [x]
- 5) dla pojazdu typu – PN – [x]

6) dla pojazdu typu – ePN – [x].

e) nakazanie Zamawiającemu zmiany formularza oferty pkt 1 i nadanie mu brzmienia:

Po szczegółowym zapoznaniu się ze Specyfikacją Warunków Zamówienia, dokumentami postępowania, oferuję wykonanie przedmiotu umowy pn. **Świadczenie usług przewozowych transportu zbiorowego dla potrzeb komunikacji miejskiej w Tczewie w latach 2023 - 2033**, wymienionego w w/w dokumentach i na zawartych w nich zasadach, określając koszt wykonania łącznie z podatkiem VAT (cena)* złotych (słownie:..... ..złotych), przy czym:

- 1) cena łącznie z podatkiem VAT za jeden wozokilometr wynosi zł;
- 2) cena bez podatku VAT za jeden wozokilometr wynosi odpowiednio dla:
 - a) dla pojazdu typu – KN – [x]
 - b) dla pojazdu typu – eKN – [x]
 - c) dla pojazdu typu – SN – [x]
 - d) dla pojazdu typu – eSN – [x]
 - e) dla pojazdu typu – PN – [x]
 - f) dla pojazdu typu – ePN – [x].

6) nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień 14.2. 3 SWZ i nadanie mu brzmienia:

„kryterium **„unifikacja autobusów w grupie B i C” (U)**, będzie rozpatrywane na podstawie oświadczenia złożonego przez Wykonawcę w **pkt 3 Formularza oferty**, dotyczącego zaoferowania do obsługi linii autobusów jednej marki, z jednolitą kompletacją w zakresie wyposażenia, udogodnień dla pasażerów, spójnego oznakowania i kolorystyki wnętrza dla autobusów typu SN, eSN, PN, ePN.

Jeżeli Wykonawca będzie świadczył usługę autobusami spełniającymi wymagania opisane OPZ co do wyposażenia, z tytułu niniejszego kryterium otrzyma o punktów.

Natomiast, jeżeli Wykonawca zaproponuje świadczenie usługi autobusami, spełniającymi wymagania OPZ oraz zobowiąże się do ich unifikacji co do marki i wyposażenia dla typu SN, eSN, PN, ePN, z tytułu niniejszego kryterium otrzyma 20 punktów.

Punkty zostaną przyznane, zgodnie z poniższym schematem:

1)	świadczenie usługi autobusami spełniającymi wymagania opisane w OPZ co do wyposażenia	o pkt
2)	świadczenie usługi autobusami, spełniającymi wymagania OPZ oraz ich unifikacji co do marki i wyposażenia dla typu SN, eSN, PN, ePN	20 pkt

Zamawiający dopuszcza zastosowanie w grupie B autobusów typu SN, eSN, PN oraz ePN, przy czym ocena w kryterium unifikacja będzie dokonywana osobno dla każdego z typów autobusu (tj. osobno dla autobusów typu SN i eSN oraz osobno dla autobusów typu PN i ePN).

Przez określenie **unifikacja** w odniesieniu do taboru rozumie się jednakowość następujących cech poszczególnych pojazdów:

- liczba i układ drzwi wejściowych,
- szerokość drzwi,
- rampa (pochylnia) dla wózków,
- aranżacja miejsca na wózki,
- układ siedzisk, poręczy i uchwytów w przestrzeni pasażerskiej,
- rozmieszczenie miejsc dla pasażerów stojących i siedzących,
- rozmieszczenie miejsc dla pasażerów z niepełnosprawnościami,
- rozmieszczenie i kolor zewnętrznych wyświetlaczy informacji pasażerskiej,
- kolorystyka i wzór obić foteli pasażerskich oraz poręczy, poszyc wewnątrznych i podsufitki,
- rodzaj i rozmieszczenie otwieranych części okien oraz sposób ich otwierania,
- umiejscowienie wewnętrznych elementów informacji pasażerskiej oraz elementów oznakowania wnętrza,
- umiejscowienie urządzeń sygnalizacyjnych dla pasażerów.

UWAGA:

- Jeżeli Wykonawca, w pkt 3 Formularza oferty, nie wskaże/nie zaznaczy kwestii dotyczącej unifikacji autobusów, którymi będzie świadczył usługę, Zamawiający uzna, iż Wykonawca będzie realizował zamówienie autobusami spełniającymi warunki opisane w OPZ i w tym kryterium Wykonawca otrzyma o pkt.

- Oświadczenie dotyczące unifikacji autobusów skierowanych do realizacji zamówienia nie będzie podlegało uzupełnieniu w trybie ustawy Pzp.

Najkorzystniejsza oferta w odniesieniu do tego kryterium może uzyskać maksimum 20 pkt.”

- 7) nakazanie Zamawiającemu wykreślenie z pkt. 13.3. akapit 2 SWZ sformułowania „utrata przychodów z tytułu przyznanych przez Radę Miejską w Tczewie ulg z opłat za przejazd” oraz wykreślenie § 1 pkt 10 załącznika numer 3 do OPZ lub dodanie w § 15 projektowanych postanowień umowy nowego ust. 22 w brzmieniu: *„W przypadku jakiegokolwiek zmiany w zakresie cennika biletów na okres trwania Umowy (załącznik numer 3a), zakresu ulg obowiązujących w komunikacji miejskiej (załącznik numer 3b), stawek opłat za zatrzymywanie się na przystankach komunikacji (załącznik numer 3d). Zmiana każdego ze wskazanych w zdaniu poprzedzającym załączników wymaga zawarcia aneksu do Umowy. Zmiany załączników numer 3a, 3b, 3d stanowią podstawę do zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w sposób ustalony przez Strony z tym zastrzeżeniem, że Wykonawca nie może utracić zysku określonego na etapie złożenia ofert ze względu na obniżenie cen biletów lub wprowadzenie i/lub zwiększenie ulg w komunikacji miejskiej”.*
- 8) nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowienia § 10 ust. 10 projektowanych postanowień umowy i nadanie mu brzmienia: **„Pierwsza waloryzacja wynagrodzenia nastąpi przed dniem rozpoczęcia świadczenia usług, tj. 1 września 2023 roku”;**
- 9) nakazanie Zamawiającemu usunięcie postanowień § 10 ust. 1 – 9 projektowanych postanowień umowy i zastąpienie ich postanowieniem:
„Waloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy zostanie przeprowadzona w sposób określony w załączniku numer [x] do Umowy”.
- 10) nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia do projektowanych postanowień umowy załącznika określającego warunki waloryzacji wynagrodzenia i nadanie mu brzmienia zgodnego z załącznikiem numer 1 do niniejszego odwołania.
- 11) zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

III. Wskazuję ponadto, że Postępowanie zostało opublikowane na platformie zakupowej Zamawiającego 15 grudnia 2021 roku, stąd też niniejsze odwołanie jest złożone z zachowaniem 10 dniowego terminu przewidzianego w Pzp.

IV. Wskazuję również, że Odwołujący spełnia przesłanki umożliwiające wniesienie odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp., tj. posiada interes w uzyskaniu Zamówienia i w związku z tym może ponieść szkodę na skutek dokonania przez Zamawiającego zaskarżonych czynności z naruszeniem przepisów Pzp, bowiem jest przedsiębiorcą działającym na rynku usług przewozów autobusowych, który planuje złożyć ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto spełnia on warunki udziału w postępowaniu, a także nie podlega wykluczeniu z postępowania, dlatego też w przypadku wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej warunki umowne określone przez Zamawiającego mogłyby spowodować szkodę w jego majątku - a co za tym idzie - uzasadnione jest wniesienie odwołania na tym etapie Postępowania.

UZASADNIENIE

Zarzut pierwszy

Naruszenie przepisów art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 240 ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejasny, niejednoznaczny, tj. brak jednoznacznych informacji dotyczącej pojazdów jakimi mają być świadczone usługi w poszczególnych segmentach (liczby pojazdów danego typu w segmentach A, B), co uniemożliwia wykonawcom prawidłowe oszacowanie ceny oferty.

Uzasadnienie faktyczne:

1. W pkt 3.1. SWZ, Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego w Tczewie we wszystkie dni tygodnia, 25 autobusami miejskimi niskopodłogowymi, w tym co najmniej 8 elektrycznymi, według rozkładów jazdy, wraz z emisją, sprzedażą i kontrolą .
2. Zamawiający w pkt 3.1.1. określił łączną liczbę wozokilometrów w podziale na kolejne lata realizacji zamówienia oraz dla wszystkich trzech segmentów zamówienia w całym jego 10-letnim okresie realizacji, tj.:
 - 1) grupa A: 3 516 600;
 - 2) grupa B: 10 549 800;
 - 3) grupa C; 586 100.
3. Szczegóły dotyczące parametrów technicznych zostały określone w załączniku numer 2 do OPZ.
4. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia wskazując, że usługi mają być świadczone trzema typami autobusów:
 - 1) KN lub eKN– o długości od 9,51 m do 11,00 metrów;
 - 2) SN lub eSN- o długości od 11,01 m do 13,50 metra;
 - 3) PN lub ePN– o długości od 17,50 metra (w przypadku PN) oraz o długości od 17,50 m do 18,50 metra (w przypadku ePN) .
5. Zamawiający pominął jednak w opisie przedmiotu zamówienia jedną z najistotniejszych informacji, tj. ile autobusów w danym typie ma świadczyć usługi w każdej z grup. W § 1 ust. 1 - 3 załącznika numer 2 do OPZ wskazano:
 - 1) świadczenie usług w grupie A realizowane ma być 6 autobusami miejskimi niskopodłogowymi typu:
 - a) KN – o długości od 9,51 m do 11,00 m lub
 - b) SN – o długości od 11,01 m do 13,50 m lub
 - c) PN – o długości od 17,50 m,
 w tym co najmniej 3 autobusami elektrycznymi typu:
 - a) eKN – o długości od 9,51 m do 11,00 m lub

- b) eSN – o długości od 11,01 m do 13,50 m,
 - c) ePN – o długości od 17,50 m do 18,50 m.
- 2) Świadczenie usług w grupie B realizowane ma być 18 autobusami miejskimi niskopodłogowymi typu:
- a) SN – o długości od 11,01 m do 13,50 m lub
 - b) PN – o długości od 17,50 m,
- w tym co najmniej 5 autobusami elektrycznymi typu:
- a) eSN – o długości od 11,01 m do 13,50 m,
 - b) ePN – o długości od 17,50 m do 18,50 m.
- 3) Świadczenie usług w grupie C realizowane ma być 1 autobusem miejskim niskopodłogowymi typu:
- PN lub ePN – o długości od 17,50 m do 18,50 m.
6. Postanowienia § 1 ust. 1 – 3 załącznika numer 2 do OPZ, nie pozwalają na jednoznaczne stwierdzenie iloma autobusami, jakiego typu mają być świadczone usługi w grupach A i B Zamówienia. Dla przykładu w grupie A, (w ramach której wymagane jest świadczenie usług przewozowych przy wykorzystaniu łącznie 6 autobusów) – Wykonawcy mogą świadczyć usługi pojazdami KN lub SN lub PN lub ich elektrycznymi odpowiednikami. Jednak Zamawiający nie określił, ile autobusów z danego typu powinno świadczyć usługi w tej grupie, tj.:
- 1) czy dopuszczalne jest zastosowanie tylko jednego typu autobusów dla całej grupy (KN/SN/PN);
 - 2) czy powinny zostać zastosowane autobusy różnych typów – jeżeli tak to w jakiej proporcji.
7. Podobnie sytuacja wygląda w przypadku grupy B (w ramach której wymagane jest świadczenie usług przewozowych przy wykorzystaniu łącznie 18 autobusów) – Zamawiający dopuścił zastosowanie dwóch typów autobusów, jednak nie określił szczegółów w zakresie liczbowego podziału na autobusy typu SN i PN (odpowiednio eSN lub ePN).
8. Brak informacji o konkretnej liczbie autobusów danego typu w grupach A i B prowadzi do sytuacji, w której wykonawcy nie wiedzą jakich pojazdów wymaga od nich Zamawiający. A także nie mają pewności czy w sytuacji, gdy przykładowo w grupie A zaoferują świadczenie usług wyłącznie 3 autobusami elektrycznymi typu eKN oraz 3 autobusami spalinowymi typu KN, to ich oferta zostanie uznana za zgodną z SWZ.
9. Typ autobusu jakim mają być świadczone usługi ma ogromne znaczenie dla Wykonawcy, ponieważ cena autobusu stanowi jeden z największych elementów cenotwórczych w przedmiotowym Zamówieniu. Każdy z typów autobusu, który został wskazany w opisie przedmiotu zamówienia ma inne parametry techniczne (długość, liczba drzwi, liczba miejsc) oraz cenę. Aby prawidłowo oszacować cenę oferty, wykonawca musi wiedzieć, jakie autobusy ma uwzględnić w swojej ofercie i w jakiej liczbie. Co więcej powinien wiedzieć, jaką pracę przewozową będzie zobowiązany wykonać każdym typem autobusu, ponieważ wpływa to na koszt realizacji Zamówienia.
10. Brak tych informacji stanowi, że wykonawcy na tym etapie nie wiedzą, jakich autobusów wymaga Zamawiający w grupie A i B Zamówienia oraz czy dopuszcza on zastosowanie autobusów jednego

typu w każdej z tych grup. W konsekwencji przedmiot zamówienia jest niejednoznaczny i uniemożliwia prawidłowe oszacowanie ceny oferty, co prowadzi do niemożliwości porównania ofert po ich złożeniu.

Zarzut drugi:

Naruszenie przepisów art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, tj. nieopisanie pojazdów typu ePN - Zamawiający w załączniku numer 2 Parametry Techniczno- Użytkowe pojazdów przeznaczonych do świadczenia usług określił wyłącznie wymagania dla pojazdów typu eSN i eKN, nie określił jednak szczegółowych parametrów dla pojazdów typu ePN, a co za tym idzie wykonawcy nie mają pełnej wiedzy dotyczącej parametrów technicznych pojazdów tego typu, w konsekwencji niemożliwe jest złożenie porównywalnych ofert.

Uzasadnienie faktyczne:

1. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wskazał, że w grupie C, wykonawca ma świadczyć usługi autobusem PN lub ePN.
2. Zamawiający określił ogólne warunki dla pojazdów typu PN oraz ePN, jednak nie opisał on parametrów technicznych właściwych dla pojazdów elektrycznych, w sposób jaki zrobił to dla pojazdów typu eSN i eKN w § 3 załącznika numer 2 do OPZ.
3. Parametry techniczne pojazdów elektrycznych, takie jak liczba silników elektrycznych, sumaryczna moc silników, wymagania dotyczące odzyskiwania energii podczas hamowania, rodzaj baterii, typ ładowarki, liczba kilometrów, jakie autobus może przejechać na jednym ładowaniu mają wpływ na cenę oferty.
4. Brak szczegółowych wymagań Zamawiającego w tym zakresie powoduje, że wykonawcy nie wiedzą jakie pojazdy spełnią wymagania Zamawiającego, a co za tym idzie opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie jest niepełny, niejednoznaczny i niewyczerpujący. Powyższe jest tym bardziej istotne biorąc pod uwagę fakt, że cena autobusów typu ePN (autobusy przegubowe) jest zdecydowanie wyższa w porównaniu do ceny krótszych autobusów elektrycznych typu eKN oraz eSN.

Zarzut trzeci:

Naruszenie przepisów art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z § 3 pkt 5 i 6) załącznika numer 2 do OPZ – Parametry Techniczno- Użytkowe pojazdów przeznaczonych do świadczenia usług poprzez opisanie przedmiotu Zamówienia przy użyciu pozornych i ograniczających kryteriów, których Zamawiający nie jest w stanie zweryfikować ani na etapie oceny ofert, ani też na etapie realizacji Zamówienia.

Uzasadnienie faktyczne:

1. Zamawiający w § 3 pkt 1 załącznika numer 2 do OPZ wskazał, że pojazdy elektryczne typu eKN i eSN mają posiadać baterie przystosowane do szybkiego ładowania mocą do 450 kW o pojemności nie mniejszej niż 210 kWh dla autobusu eKN i nie mniejszej niż 280kWh dla autobusu eSN.
2. W § 3 pkt 5 załącznika numer 2 do OPW, Zamawiający wskazał, że po sześciu latach eksploatacji Ilość energii zmagazynowanej w pojeździe powinna umożliwić przejechanie w pełni obciążonego

autobusu przy zasilaniu elektrycznym w warunkach SORT-2 co najmniej 200 km, bez doładowywania baterii w temperaturach otaczającego powietrza w miejscach zacienionych od -25°C do +40°C przez cały rok, zaś w § 3 pkt 6 po sześciu latach eksploatacji maksymalny spadek pojemności baterii 20% lub – w przypadku większego spadku pojemności baterii – wymiana na nowe.

3. Tak ukształtowane postanowienia OPZ w zakresie pojazdu eKN skutkują tym, że wymagana przez Zamawiającego bateria z punktu widzenia technologicznego nie pozwala na wypełnienie wymogów określonych w § 3 pkt 5 załącznika numer 2 do OPZ, w konsekwencji opis przedmiotu zamówienia jest wewnętrznie sprzeczny.
4. Co więcej należy zwrócić także uwagę na to, że warunki te nie mają żadnego znaczenia dla Zamawiającego ani z punktu widzenia technologicznego ani też ekonomicznego, a jedynie prowadzą do sztucznego ograniczenia w zakresie pojazdów, jakie mogą zostać zaoferowane (ograniczają potencjalnych producentów autobusów do jednej marki).
5. Należy także zwrócić uwagę na fakt, że Zamawiający nie będzie w stanie zweryfikować postanowionych w § 3 ust. 5 i 6 załącznika numer 2 do OPZ wymagań, gdyż to po stronie wykonawcy leży obowiązek takiego doboru pojazdów do poszczególnych tras, aby autobusy elektryczne były wykorzystywane przy zachowaniu takich buforów, żeby każdy z autobusów przejechał właściwy dystans pomiędzy ładowaniami. Dlatego też, Zamawiający na etapie oceny ofert oraz realizacji Zamówienia nie będzie mógł ocenić, czy autobusy faktycznie zaoferowane przez wykonawców spełniają warunki przez niego opisane w § 3 pkt 5 i 6 OPZ.

Uzasadnienie prawne dla zarzutów od pierwszego do trzeciego:

1. Zgodnie z art. 99 ust. 1 Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.
2. Jak jednoznacznie wynika z treści przepisu art. 99 ust. 1 Pzp opis przedmiotu zamówienia musi być jednoznaczny i wyczerpujący. Opis jednoznaczny to opis precyzyjnie określony, nie budzący wątpliwości, zaś opis wyczerpujący to opis przedstawiający przedmiot zamówienia w sposób wszechstronny i szczegółowy. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia zobowiązany jest uwzględnić wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.
3. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia nie może pominąć żadnych informacji mających wpływ na sporządzenie oferty¹. Obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia (jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane), i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione².
4. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element specyfikacji, która jest przygotowana przez Zamawiającego. Wobec tego nie może być on ogólny, szacunkowy czy też niedookreślony albo niespójny i przenoszący na wykonawców składających ofertę ciężar jego dookreślenia. Sporządzenie opisu przedmiotu

¹ Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod red. Huberta Nowaka;

² Patrz m. in. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy z 23 czerwca 2008 roku, sygnatura akt XIX Ga 214/08, wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie – I Wydział Cywilny z dnia 30 listopada 2020 roku, sygnatura akt I Aga 543/18;

zamówienia stanowi zarówno uprawnienie jak i obowiązek Zamawiającego, który powinien dokonać ww. opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Dostrzeżenia wymaga, że zasady wyrażone w art. 16 Pzp wymagają, aby wszystkie informacje niezbędne do złożenia prawidłowej, zgodnej z wymogami Zamawiającego i konkurencyjnej oferty, były dostępne wykonawcom na równych prawach. Postanowienia specyfikacji powinny być tak skonstruowane, aby granice przedmiotu zamówienia zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawca nie był obciążony nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty. Przedmiot zamówienia oznaczony, tak w SWZ, jak i projektowanych postanowieniach umowy, powinien zostać dokładnie opisany. Powinien uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym także na umożliwienie oszacowania ceny oferty, w stosunku do oznaczonego przedmiotu zamówienia. Niezależnie od przesłanek zawartych w art. 99 ust. 1 Pzp, przepisy Pzp wprowadzają zakaz określania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Oznacza to konieczność eliminacji z określenia przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób czy konkretnego wykonawcę. Zachowaniu uczciwej konkurencji służyć ma właśnie stosowanie obiektywnych cech zamawianego produktu czy usługi³.

5. Nieprawidłowy będzie także opis wewnętrznie sprzeczny bądź w inny sposób nieprzejrzysty, jeśli uniemożliwi on wykonawcom rozeznanie co do rzeczywistych oczekiwań zamawiającego w zakresie konkretnego przedmiotu zamówienia⁴.
6. Opis przedmiotu Zamówienia w przedmiotowym Postępowaniu jest niejednoznaczny i niewyczerpujący, ponieważ Zamawiający nie określił, jakimi pojazdami wykonawcy powinni realizować przedmiotowe usługi. Każdy z typów pojazdów określonych w dokumentacji postępowania ma inne parametry, a co za tym idzie koszt ich nabycia (cena pojazdu) i eksploatacji (koszty paliwa, koszty utrzymania, koszty materiałów eksploatacyjnych) jest inny. Wykonawcy nie wiedząc, jaki typ pojazdu powinni przyjąć do wyceny w grupie A i B mogą zastosować różne rozwiązania, tj. w sposób dowolny połączyć pojazdy typu KN, SN, PN, eKN, eSN, ePN w grupie A oraz pojazdy typu SN, PN, eSN, ePN w grupie B. W związku z czym sposób i jakość świadczonych usług w każdym przypadku może być inny – wykonawca A może realizować wszystkie przejazdy w grupie A wyłącznie pojazdami typu KN i eKN, zaś wykonawca B wyłącznie pojazdami PN i ePN. W takiej sytuacji zaproponują oni inne ceny, w konsekwencji oferta wykonawcy B, która obiektywnie może być korzystniejsza nie zostanie za taką uznana (zastosowano większe autobusy – lepsze warunki podróżowania dla użytkowników), ponieważ cena będzie wyższa aniżeli w przypadku wykonawcy A.
7. Niejasność opisu wpływa na sporządzenie oferty i czyni niemożliwym porównanie ofert.
8. Ponadto postanowienia § 3 pkt 1, 5 i 6 załącznika numer 2 do OPZ są niejednoznaczne i wewnętrznie sprzeczne, co także narusza dyrektywę art. 99 ust. 1 Pzp.
9. Celem art. 99 jest wyeliminowanie elementu niepewności wykonawców co do oczekiwań zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia i zagwarantowanie im wiedzy niezbędnej do prawidłowego przygotowania oferty i wykonania Zamówienia. Zamawiający zobowiązany jest opisać wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia na tyle wyczerpująco, aby każdy wykonawca miał pewność, czego zamawiający oczekuje i w jaki sposób to wykonać⁵.

³ Patrz m. in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 12 sierpnia 2020 roku, sygnatura akt KIO 1590/20

⁴ Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod red. Huberta Nowaka;

⁵ Patrz m. in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 4 lipca 2019 roku, sygnatura akt KIO 1129/19;

10. Analiza treści dokumentacji Postępowania prowadzi do wniosku, że Zamawiający nie udźwignął ciężącego na nim obowiązku, w szczególności w zakresie wskazania typu pojazdów, pracy eksploatacyjnej dla każdego typu pojazdów, czy parametrów technicznych pojazdów elektrycznych, a co za tym idzie naruszył przepis art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp.

Zarzut czwarty:

Naruszenie przepisów art. 99 ust. 1 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. z art. 240 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający prawidłowe oszacowanie ceny oferty, tj. niepodanie liczby biletów z których sprzedaży przychód musi zostać uwzględniony w cenie oferty wykonawców, co uniemożliwia prawidłowe oszacowanie ceny oferty w sposób uwzględniający wszystkie warunki zamówienia;

Uzasadnienie faktyczne i prawne:

1. Zgodnie z § 8 ust. 1 projektowanych postanowień umowy „wpływ ze sprzedaży biletów oraz opłat dodatkowych za przejazd bez ważnego biletu stanowią przychód Wykonawcy”.
2. W pkt 13.2 SWZ Zamawiający wskazał, że „cena podana w ofercie powinna być ceną kompletną i jednoznaczną. Winna ona obejmować wszystkie koszty i składniki związane z kompleksowym wykonaniem zamówienia, z wykonaniem obowiązków umownych w pełnym zakresie – obejmować łączną wycenę wszystkich elementów przedmiotu zamówienia za okres 10 lat świadczenia usługi, wskazanych w niniejszej SWZ, w tym musi zawierać wszystkie koszty wynikające z Opisu przedmiotu zamówienia, a także obejmować wszystkie koszty jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia” zaś w 13.3. „podstawą do określenia ceny oferty jest zakres prac/usług wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia niniejszej SWZ. Wykonawca zobowiązany jest przewidzieć **wszelkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia i ująć je w cenie oferty**. Wykonawca kalkulując cenę weźmie pod uwagę, że jest odpowiedzialny za jej prawidłową wycenę uwzględniając koszty zapewnienia transportu zbiorowego, koszty amortyzacji, remontów i utrzymania autobusów, koszt zatrzymywania się autobusów na przystankach autobusowych i dworcach, koszt druku i wywieszania na przystankach rozkładów jazdy autobusów, utratę przychodów z tytułu przyznanych przez Radę Miejską w Tczewie ulg z opłat za przejazd, produkcji i dystrybucji biletów, ubezpieczenia, wykonanie wszelkich niezbędnych usług, marżę, zysk, opłaty, podatki i inne zobowiązania wynikające z umowy”.
3. Mając na uwadze okoliczność, że przychody ze sprzedaży biletów stanowią przychód wykonawcy, wykonawca powinien ten koszt wziąć pod uwagę podczas obliczania ceny oferty. W przedmiotowym stanie faktycznym nie jest to niemożliwe ponieważ większość potencjalnych wykonawców nie ma wystarczających danych, aby obliczyć jakiego rzędu przychód mogą osiągnąć ze sprzedaży biletów, tj. liczby sprzedawanych biletów w latach poprzedzających. Jedynym podmiotem, który posiada niezbędne informacje jest dotychczasowy wykonawca świadczący usługi na rzecz Zamawiającego. Prowadzi to do sytuacji, w której jeden z potencjalnych wykonawców jest w uprzywilejowanej pozycji, ponieważ posiada więcej informacji o czynnikach cenotwórczych od innych podmiotów, które spełniają warunki udziału w postępowaniu i mogłyby złożyć ważną ofertę w Postępowaniu.
4. Okoliczności te prowadzą do nieuprawnionego uprzywilejowania tylko jednego podmiotu i naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

5. Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest jedną z naczelných zasad całego systemu zamówień. Wszystkie przepisy Pzp powinny być interpretowane w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Jednym z najistotniejszych aspektów tej zasady jest równy dostęp wykonawców do informacji w postępowaniu, określających wymagania zamawiającego co do sposobu realizacji zamówienia, informacji wpływających na cenę oferty. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego niedopuszczalne jest faworyzowanie jednego podmiotu poprzez przekazanie mu większej ilości informacji. Jak ma to miejsce w przedmiotowym postępowaniu.
6. Funkcję przekazywania wszystkich informacji niezbędnych do sporządzenia oferty, do której zobowiązują Zamawiającego przepisy Pzp, jest realizacją zasad prowadzenia postępowania wyrażonych w art. 16 Pzp, tj. równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji, pisemności i przejrzystości. Brak wskazania przez Zamawiającego informacji istotnych dla konkurencji o zamówienie publiczne może stanowić preferencyjne traktowanie konkretnego wykonawcy, co jest niedopuszczalne z punktu widzenia Pzp⁶.
7. W konsekwencji, Zamawiający nie udostępniając w Postępowaniu informacji dotyczących liczby biletów, jakie dotychczasowy wykonawca sprzedawał w ramach świadczonych przez niego usług, stanowi naruszenie zasad systemu zamówień publicznych i prowadzi do uprzywilejowania jednego podmiotu – dotychczasowego wykonawcy, stawiając go w lepszej sytuacji od innych wykonawców.
8. Odwołujący w swoim żądaniu wniosł o udostępnienie danych dotyczących sprzedaży biletów w okresie od 2014 do 2021 roku jest to podyktowane koniecznością analizy danych dotyczących sprzedaży biletów w okresie przed pojawieniem się pandemii Covid-19. W ramach przedmiotowego Zamówienia usługi mają być świadczone przez okres 10 lat, a co za tym idzie analiza podobnego okresu jest uzasadniona, gdyż pokazuje tendencję związaną ze sposobem podróżowania mieszkańców Tczewa. W konsekwencji analiza danych z okresu 2014-2021 pozwoli na prawidłowe oszacowanie ewentualnego przyszłego dochodu wykonawców z tytułu sprzedaży biletów.

Zarzut piąty:

Naruszenie przepisów art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez takie ukształtowanie postanowień SWZ, że niemożliwe jest prawidłowe oszacowanie ceny oferty, ze względu na niewskazanie szczegółowych informacji dotyczących liczby wozokilometrów dla poszczególnych typów pojazdów.

Uzasadnienie faktyczne i prawne:

1. Zamawiający w pkt 3.1.1. SWZ określił liczbę wozokilometrów, jaką wykonawcy będą zobowiązani wykonać w każdej grupie autobusów:
 - 1) grupa A – 3 516 600 wozokilometrów;
 - 2) grupa B – 10 549 800 wozokilometrów;
 - 3) grupa C – 586 100 wozokilometrów.

⁶ Patrz m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27 kwietnia 2021 roku, sygnatura akt KIO 892/21

2. W grupach A i B Zamawiający dopuścił możliwość świadczenia usług różnymi typami pojazdów, tj.:
 - 1) grupa A – KN, SN, PN, eKN, eSN, ePN;
 - 2) grupa B - SN, PN, eSN, ePN.
3. Każdy z tych typów autobusów ma inne parametry techniczne – pojazdy oznaczone symbolami KN, SN, PN są pojazdami zasilanymi paliwem konwencjonalnym (diesel), zaś pojazdy oznaczone symbolami eKN, eSN, ePN mają być zasilane elektrycznie. Każdy z tych typów pojazdu posiada inne parametry, a co za tym idzie dla każdego pojazdu inna będzie cena ich zakupu, która jest określana indywidualnie przez producenta po szczegółowym zapoznaniu się z parametrami technicznymi pojazdów. Koszt nabycia pojazdu rozliczany jest w ramach wynagrodzenia za jeden wozokilometr.
4. Ponadto w przypadku każdego z typów autobusów inny będzie koszt utrzymania pojazdu – koszt paliwa, koszt energii elektrycznej, części eksploatacyjnych, które stanowią kolejny istotny element cenotwórczy.
5. Brak w dokumentacji postępowania informacji dotyczących liczby wozokilometrów w podziale na poszczególne typy pojazdów uniemożliwiają prawidłowe oszacowane ceny oferty.
6. Wykonawcy nie posiadając wiedzy dotyczącej szacunkowej liczby wozokilometrów dla poszczególnych typów pojazdów będą zmuszeni samodzielnie przyjąć założenia osobno dla pojazdów spalinowych i pojazdów elektrycznych – co finalnie może nie mieć odzwierciedlenia w potrzebach Zamawiającego. W konsekwencji cena oferty może być rażąco wygórowana (wykonawca założy realizację usług – przyjmując do wyceny najdroższą opcję) lub niedoszacowana, co nie pozwoli wykonawcy na realizację usług na właściwym poziomie cenowym.
7. Każda z sytuacji wskazanych w pkt 6 powyżej prowadzi do nie ekwiwalentności świadczeń stron umowy o zamówienie publiczne, co jest niedopuszczalne z punktu widzenia zasad systemu prawa zamówień publicznych.
8. Należy także zauważyć, że wykonawca, który obecnie świadczy usługi przewozu na terenie Tczewa posiada więcej informacji niż inni wykonawcy, ponieważ świadcząc usługi na wiedzę dotyczącą zaangażowania poszczególnych typów pojazdów, co powoduje, że jego pozycja jest dodatkowo uprzywilejowana.
9. Dostrzeżenia wymaga przede wszystkim fakt, że prawidłowy opis przedmiotu zamówienia umożliwia wykonawcom obliczenie ceny oferty oraz zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców zapewnia, że wszyscy wykonawcy rozumieją opis przedmiotu zamówienia tak samo. Przekłada się to na możliwość przygotowania ważnej i konkurencyjnej oferty w postępowaniu. Naruszenie w zakresie przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, tj. przygotowanie go w sposób niepełny, może prowadzić do uniemożliwiania przygotowania i złożenia ważnej oferty, a ponadto preferować wykonawcę dotychczas realizującego zamówienia, co z punktu widzenia przepisów Pzp jest niedopuszczalne⁷.

⁷ Patrz m. in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 8 listopada 2021 roku, sygnatura akt KIO 2944/21

Zarzut szósty:

Naruszenie przepisów art. 240 Pzp poprzez ukształtowanie kryteriów oceny ofert w sposób niejednoznaczny, niezrozumiały, w szczególności poprzez nieopisanie, w jaki sposób zostanie dokonana ocena ofert w zakresie kryterium unifikacja autobusów w grupie B, mając na uwadze fakt, że w tym segmencie Zamówienia usługi mogą być świadczone różnymi typami autobusów SN i PN.

Uzasadnienie faktyczne i prawne:

1. Jednym z pozacenowych kryteriów oceny ofert jest unifikacja autobusów w grupie B i C. W grupach tych Zamawiający wymaga zastosowania, autobusów odpowiednio typu:
 - 1) grupa B - SN, PN, eSN, ePN;
 - 2) grupa C – PN i ePN.
2. Unifikacja pojazdów w sposób określony w pkt 14.2.3) SWZ w przypadku autobusów typu SN/eSN i PN/ePN jest znacząco utrudniona jeżeli w ogóle możliwa.
3. Pojazdy typu SN to pojazdy o długości od 11,01 do 13,5 metra z 85 miejscami w autobusie, liczbą drzwi dla pasażerów – 3.
4. Pojazdy typu eSN to pojazdy o długości od 11,01 do 13,5 metra z 75 miejscami w autobusie, liczbą drzwi dla pasażerów – 3.
5. Pojazdy typu PN to pojazdy o długości od 17,5 metra z 140 miejscami w autobusie, liczbą drzwi dla pasażerów – 4.
6. Pojazdy typu ePN to pojazdy o długości od 17,5 do 18,5 metra z 110 miejscami w autobusie, liczbą drzwi dla pasażerów – 4.
7. Zamawiający w ramach kryterium oceny ofert „unifikacja autobusów w grupie B i C” planuje oceniać w szczególności następujące cechy pojazdów:
 - 1) **liczba** i układ drzwi wejściowych;
 - 2) układ siedzisk, poręczy w przestrzeni pasażerskiej;
 - 3) rozmieszczenie miejsc dla pasażerów siedzących i stojących.
8. Już pobieżna analiza treści tego kryterium oceny ofert prowadzi do jednoznacznego wniosku, że unifikacja pojazdów typu SN, PN, eSN i ePN jest niemożliwa. Pierwszą przeszkodą dla unifikacji tych pojazdów jest liczba drzwi, jakich wymaga Zamawiający – nie da się ujednolicić pojazdów o różnej liczbie drzwi w ramach danego segmentu, w którym Zamawiający wymaga świadczenia usług przy użyciu pojazdów typu PN, SN, ePN i eSN.
9. W konsekwencji kryterium to prowadzi do sytuacji, w której nie da się w sposób jednoznaczny i prawidłowy porównać ofert złożonych w Postępowaniu.
10. Ponadto kryterium to zostało sformułowane w sposób niejasny – wykonawcy nie wiedzą jakie pojazdy powinny być zunifikowane i w jakim zakresie. Zamawiający nie wskazuje też w jaki sposób unifikacja będzie oceniana w przypadku zastosowania różnych typów pojazdów, które mają różną liczbę drzwi, czy miejsc siedzących dla pasażerów.
11. Kryteria oceny ofert muszą być opisane w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Jednocześnie nie mogą pozostawiać Zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru oferty najkorzystniejszej i

porównania poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji zawartych w ofertach.

12. W stanie faktycznym niniejszej sprawy, Zamawiający opisał kryterium oceny ofert „unifikacja autobusów w grupie B i C”, w taki sposób, że nie sposób domyślić się, jak Zamawiający planuje oceniać poszczególne oferty z uwzględnieniem 4 różnych typów autobusów. W konsekwencji Zamawiający naruszył dyrektywy określone w art. 240 ust. 1 i 2 Pzp.

Zarzut siódmy:

Naruszenie przepisów art. 433 pkt 2) Pzp poprzez nałożenie na wykonawców obowiązku obliczenia ceny oferty z uwzględnieniem okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, tj. ewentualne utracenie dochodów z tytułu wprowadzenia nowych ulg w opłatach.

Uzasadnienie faktyczne i prawne:

1. Jednym z elementów dochodu przyszłego wykonawcy związanym ze świadczeniem usług w ramach przedmiotowego zamówienia jest dochód ze sprzedaży biletów.
2. Zamawiający załączył do dokumentacji postępowania uchwałę numer XXXII/316/2021 Rady Miejskiej w Tczewie z dnia 24 czerwca 2021 roku w sprawie opłat za przewozy osób środkami miejskiej komunikacji masowej w Tczewie w latach 2021- 2033, w oparciu o którą wykonawcy zobowiązani są oszacować swój potencjalny dochód z tytułu sprzedaży biletów, który składa się na wynagrodzenie z tytułu świadczenia usług.
3. Jak wynika z treści samej uchwały, ceny biletów zostały określone na okres do 2033 roku, tj. do końca okresu, na jaki zostanie zawarta umowa w wyniku przeprowadzenia Postępowania.
4. Zamawiający w pkt 13.3 akapit pierwszy SWZ wskazał, że podstawą do określenia ceny oferty jest zakres prac/usług wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia niniejszej SWZ. Wykonawca zobowiązany jest przewidzieć wszelkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia i ująć je w cenie oferty. Postanowieniem wskazanym w zdaniu poprzedzającym, Zamawiający przerzucił na wykonawców wszelkie ryzyka związane z realizacją przedmiotu Zamówienia w okresie 10 lat, w tym możliwe zmiany w zakresie cen biletów lub zakresu ulg, które obowiązują w chwili wszczęcia Postępowania, czy też zawarcia umowy o zamówienia publiczne.
5. Jak wynika z literalnej treści postanowienia, wykonawca ma przewidzieć wszelkie okoliczności, które mogą mieć wpływ na cenę oferty, w tym zmiany cen biletów i zmiany w zakresie ulg, które uzależnione są od Zamawiającego.
6. Zgodnie z art. 433 pkt 3) Pzp niedopuszczalne jest przerzucanie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający. Okolicznością zależną od Zamawiającego są niewątpliwe ceny biletów, które wykonawcy zobowiązani są sprzedawać podczas świadczonych usług. Co więcej część wynagrodzenia wykonawcy pokrywana jest ze sprzedanych biletów, a co za tym idzie zmiana w zakresie cen biletów wywiera wpływ na wzajemne świadczenia stron umowy o zamówienie publiczne – wysokość wynagrodzenia, które przysługuje wykonawcy z tytułu świadczenia usług.
7. Przerzucanie na wykonawców pełnej odpowiedzialności za tego typu zmiany oraz naruszanie względnej równowagi ekonomicznej świadczeń stron jest niczym nieuzasadniona i może pozbawić przyszłego wykonawcę zysku, jaki oszacował na etapie sporządzania oferty.
8. W konsekwencji wprowadzenie tego postępowania z punktu widzenia Pzp jest niedopuszczalne i stanowi klauzulę niedozwoloną, o której mowa w art. 433 pkt 3 Pzp.

Zarzut ósmy

Naruszenie przepisów art. 431 i art. 439 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny („KC”) poprzez zawarcie umowy w okresie wynikającym z Pzp z datą wejścia w życie 1 września 2023 roku oraz określeniem, że pierwsza waloryzacja wynagrodzenia nie może zostać przeprowadzona przed dniem rozpoczęcia świadczenia usług, a co za tym idzie będzie mogła być przeprowadzona ze skutkiem na 1 stycznia 2024 roku, co stanowi obejście przepisów Pzp dotyczących obowiązkowych umownych klauzul waloryzacyjnych wynagrodzenia wykonawcy zawartych w art. 439 ust. 1 i 3 Pzp, a co za tym idzie, prowadzi do niedopuszczalnego zachwiania równowagi kontraktowej stron umowy poprzez przerzucenie ryzyk związanych z wahaniami cen na rynku usług autobusowych w przedmiotowym okresie oraz ryzykiem ustalenia podstawy waloryzacji na wykonawcę.

Uzasadnienie faktyczne i prawne:

1. Podczas prac nad Pzp wielokrotnie wskazywano, że przepisy nowej ustawy Prawo zamówień publicznych, mają przede wszystkim na celu wprowadzenie regulacji, która będzie zmierzała do lepszego wyważenia interesów stron umowy o zamówienie publiczne. Narzędziami, które miały temu służyć są postanowienia dotyczące umów o zamówienie publiczne, w szczególności przepis określający obowiązkowe klauzule umowne, przepis art. 433 Pzp wprowadzający do Pzp klauzule niedozwolone, czy art. 439 Pzp dotyczący obowiązkowej waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy.
2. W art. 439 ust. 3 Pzp ustawodawca przyjął zasadę, że w przypadku, gdy umowa o zamówienie publiczne zostanie zawarta po upływie 180 dni od dnia złożenia oferty, wynagrodzenie wykonawcy ulegnie odpowiedniej zmianie. Przyjęty przez ustawodawcę okres 180 dni nie jest okresem przypadkowym ponieważ stanowi sumę maksymalnego okresu związania ofertą wynikającego z art. 220 ust. 1 Pzp oraz okresu, na jaki Zamawiający może wносить o wydłużenie terminu związania ofertą w oparciu o art. 220 ust. 3 Pzp. Jest to więc okres, na jaki wykonawca działający z należytą starannością może oszacować ryzyka związane z wahaniami na właściwym rynku obrazującymi zmiany wynagrodzenia, co w dłuższym okresie może być niemożliwe.
3. Regulacja przepisu art. 439 ust. 3 Pzp jest niezwykle istotna z punktu widzenia wykonawców działających na rynku zamówień publicznych, ponieważ składając ofertę w postępowaniu o zamówienie publiczne, wykonawca jest związany ofertą przez okres w niej wskazany oraz przez czas wynikający z ewentualnego wydłużenia tego okresu przez zamawiającego. W okresie związania ofertą wykonawca musi pozostawać w stanie gotowości do wykonania zamówienia (umowy), licząc się z tym, że Zamawiający wybierze jego ofertę, jako najkorzystniejszą, w treści z dnia jej złożenia. Podkreślenia wymaga fakt, że po dniu złożenia oferty wykonawca nie może jej wycofać lub nie przystąpić do zawarcia umowy bez konsekwencji - takie działanie wiąże się z utratą wniesionego w czasie postępowania wadium.
4. Postanowienia umowy ukształtowane przez zamawiającego, w istotny sposób naruszają ratio legis wprowadzonego przepisu art. 439 ust. 1 i 3 Pzp, gdyż konstrukcja prawna, jaką Zamawiający wprowadził do umowy przerzuca wszystkie ryzyka na wykonawców, gdyż to wyłącznie wykonawca będzie zobowiązany do poniesienia ryzyka związanego z realizacją umowy po kosztach oszacowanych w dniu składania oferty, tj. na ok rok i 8 miesięcy przed rozpoczęciem świadczenia usług w oparciu o umowę. Zamawiający zaś nie ponosi żadnego ryzyka takiego działania, gdyż zawierając umowę w 2022 roku niejako gwarantuje sobie stawki świadczenia

usług po cenach z roku 2022 bez uwzględnienia ryzyka zmian oraz inflacji, czy innych wahań na rynku, który jest bardzo podatny na jakiegokolwiek zmiany w światowej gospodarce.

5. W doktrynie prawa zamówień publicznych wskazuje się że „*Stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowie w sprawie zamówienia publicznego pozwala na zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę. Zapewnia niezbędną elastyczność kształtowania kosztów związanych z realizacją zamówienia w dłuższym okresie, zapewniającą możliwość bieżącego i adekwatnego dostosowania stosunku zobowiązaniowego do zmiany okoliczności. Zapobiega obciążaniu wykonawców obowiązkiem zadeklarowania w ofercie niezmiennej ceny i tym samym ponoszeniu jednostronnego ryzyka zmiany stosunków gospodarczych. Co może mniej oczywiste – stosowanie klauzul waloryzacyjnych jest również korzystne dla zamawiających, pozwala bowiem na ponoszenie rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, nieobciążonych narzutem związanym z koniecznością ujęcia w cenie ryzyka ich wzrostu. Stosowanie klauzul waloryzacyjnych zapobiega również powstawaniu sytuacji, kiedy wykonanie zamówienia przestaje być opłacalne, a tym samym sprzyja trwałości stosunku umownego, co niewątpliwie jest korzystne dla obu stron umowy*”⁸.
6. Przedmiot Postępowania stanowią usługi przewozu autobusowego świadczone w latach 2023 - 2033 na terenie Tczewa. Jednym z podstawowych elementów składowych ceny oferty jest cena paliwa na światowych rynkach ropy, która bezpośrednio przekłada się na ekwiwalentność wynagrodzenia wykonawców w tym postępowaniu oraz ceny energii elektrycznej, które obecnie rosną w przerażającym tempie. Element ten zależy od wielu czynników, z których wszystkich nie da się przewidzieć. W marcu 2021 roku ceny ropy w ciągu jednego dnia wzrosły o 6% ze względu na zablokowanie Kanału Sueskiego przez kontenerowiec Ever Given, czego nie dało się przewidzieć przy zastosowaniu należytej staranności. Co pokazuje jak nieprzewidywalny jest ten rynek. Zobowiązanie wykonawców do przewidzenia tendencji na rynku na okres ok. 2 lata (data złożenia ofert 17 stycznia 2022 roku, początek realizacji usługi 1 września 2023 roku, pierwsza waloryzacja od 1 stycznia 2024 r.) jest jaskrawym przykładem przerzucenia ryzyka związanego ze zmianami na rynku, na wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i zagwarantowanie sobie aktualnych, niskich stawek za przewóz pasażerów w 2023 r. (pierwsza waloryzacja ma mieć miejsce ze skutkiem dopiero na 1 stycznia 2024 roku). Skutkuje to tym, że świadczenia stron umowy zawartej w wyniku tego zamówienia mogą na etapie rozpoczęcia jej realizacji nie być już ekwiwalentne.
7. Drugim istotnym elementem wynagrodzenia wykonawców jest wynagrodzenie kierowców, które uzależnione jest od warunków panujących na rynku. Stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę (w tym także w oparciu o umowy zlecenia) wchodzi w życie ze skutkiem na 1 stycznia, rozporządzenie w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej przyjmowanej jest przez Radę Ministrów we wrześniu roku poprzedzającego wejście w życie nowych stawek. Dlatego też również w kontekście niemożliwości przewidzenia stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę, z ponad 1,5 rocznym wyprzedzeniem, właściwe określenie wynagrodzenia wykonawcy w dniu złożenia oferty jest niemożliwe. Wynagrodzenia kierowców nie są co prawda kształtowane na poziomie minimalnego wynagrodzenia za pracę, jednak zmiany jakie mają w związku z tym miejsce, mają niewątpliwie wpływ na żądania kierowców w tym okresie. Okoliczność, że kierowców posiadających stosowne

⁸ Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo CH Beck, Warszawa 2021;

uprawnienia jest niewielu sprzyja temu, iż jest to rynek pracownika podatny na fluktuację kadr spowodowaną lepszymi wynagrodzeniami w innych branżach (np. kierowcy TIRów). Dlatego też wykonawcy są niejako zmuszeni do zwiększania wynagrodzeń kierowców rok do roku pomimo, iż rozporządzenie w sprawie minimalnych stawek za prace nie będzie miało zastosowania wprost.

8. Przez przyjęcie przez Zamawiającego do konstrukcji umowy koncepcji, w której jest ona zawarta niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej (co najpewniej będzie miało miejsce przed upływem 180 dni od dnia złożenia oferty) i wchodzi w życie po upływie ponad roku od dnia zawarcia umowy prowadzi do jednoczesnego obejścia obowiązków waloryzacyjnych z art. 439 ust. 1 Pzp (pierwsza waloryzacja ma miejsce po roku od zawarcia umowy) oraz art. 439 ust. 3 Pzp (umowa została zawarta przed upływem 180 dni od dnia złożenia oferty). A co za tym idzie, Zamawiający swoim działaniem uchyla się od zastosowania waloryzacji przez ponad 2,5 roku, wprowadzając do realizacji zamówienia stan niepewności, gdyż wykonawcy, aż do dnia przystąpienia do realizacji umowy nie będą wiedzieli czy ich wynagrodzenie (oszacowane na etapie składania ofert) jest (będzie) rynkowe i pozwoli na poniesienie podstawowych kosztów związanych z realizacją usługi, tj. kosztów paliwa. W tym miejscu wskazać należy, że jeżeli wynagrodzenie ulegnie zmianie ze względu na okoliczności związane ze zmianami na rynku dotyczącymi wysokości cen paliwa, cen energii elektrycznej oraz minimalnej stawki za pracę, wykonawca zobowiązany będzie do świadczenia usług ze stratą przez około ponad 3 miesiące, a strata ta nigdy nie zostanie wykonawcy wyrównana, ponieważ projekt umowy nie przewiduje podstawy do zmiany umowy w tym zakresie. Jest to o tyle istotne, że umowa zostaje zawarta na okres 10 lat, pomimo to straty wygenerowane w pierwszym roku spowodowane wadliwymi postanowieniami dotyczącymi waloryzacji, mogą nigdy nie zostać wyrównane, a co za tym idzie kierunkowe działanie Zamawiającego spowoduje stratę po stronie wykonawcy, i w konsekwencji ekwiwalentność świadczeń i równowaga kontraktowa zostały nie tylko zachwiane, ale także naruszone.
9. Jak wskazano w Komentarzu do Pzp autorstwa pracowników Urzędu Zamówień Publicznych, w „*art. 439 ustawodawca przewidział przesłanki waloryzacji umownej, która daje stronom umowy możliwość urealnienia ustalonej w umowie wysokości wynagrodzenia na różne sposoby. (...) Intencją ustawodawcy było zatem nałożenie na zamawiających obowiązku wprowadzania do długoterminowych umów (dłuższych niż 12 miesięcy) mechanizmów umownych, które uwzględniałyby wpływ czynników zewnętrznych (zmiana cen materiałów lub kosztów), na rentowność realizowanego zamówienia. Uwzględniając powyższe, regulacja art. 439 Pzp zmierza do zachowania równowagi kontraktowej między zamawiającym a wykonawcą, zobowiązując do rozłożenia między stronami ryzyk gospodarczych będących następstwem zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia i zachodzących w toku jego realizacji. Choć zmiana wysokości wynagrodzenia możliwa będzie, jak stanowi przepis, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, to po zaistnieniu określonych umową zdarzeń, każdej ze stron będzie przysługiwało roszczenie (żądanie) o zmianę wynagrodzenia*”⁹.
10. Zamawiający ukształtował postanowienia umowy w taki sposób, aby obejść dwie obligatoryjne podstawy do waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy określonego w ofercie jednocześnie. Okoliczność, że przepis art. 439 ust. 1 Pzp dotyczy umów o zamówienie publiczne zawartych na

⁹ Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. Hubera Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych Warszawa, 2021

okres dłuższy niż 12 miesięcy nie jest przypadkowa, ponieważ to w okresach rocznych wchodzi w życie przepisy dotyczące minimalnych stawek wynagrodzenia o pracę (wejście w życie rozporządzenia jest skuteczne od 1 stycznia), wysokość stawki wynagrodzenia za pracę, wpływ na wysokość składek na ubezpieczenie społeczne oraz w sposób pośredni na ceny innych usług i dostaw, w tym także na koszt paliwa czy energii elektrycznej. Umowa wejdzie w życie po upływie ponad roku od jej zawarcia, zaś pierwsza waloryzacja będzie miała miejsce po upływie ok 2 lat od dnia złożenia oferty. Co skutkuje tym, że minimalne wynagrodzenie za pracę zmieni się w tym okresie co najmniej dwa razy. Wpływu, jaki zmiana m.in. minimalnego wynagrodzenia za pracę będzie miała na ceny dóbr i usług w Polsce oraz poziomu inflacji w tak długim okresie nie jest w stanie przewidzieć wykonawca działający z należytą starannością, ani także żaden inny podmiot. Przerzucenie takiego ryzyka na wykonawcę jest co najmniej nieuprawnione, nie mówiąc już, że jest niezgodne z przepisami Pzp.

11. Takie działanie sprzeciwia się ustawie, a co za tym idzie zasada swobody umów w tym zakresie ulega ograniczeniu w oparciu o art. 353¹ KC. Swoboda kształtowania postanowień umowy ulega ograniczeniom wynikającym z ustawy. „*Ustawowe ograniczenie zasady swobody umów należy wiązać z przepisami ustawowymi o charakterze bezwzględnie obowiązującym (ius cogens)*”¹⁰. Takim przepisem jest art. 439 Pzp, gdyż Zamawiający ma bezwzględny obowiązek wprowadzenia do umowy postanowień dotyczących waloryzacji wynagrodzenia w przypadku umowy zawartej na okres dłuższy niż 12 miesięcy oraz dokonania waloryzacji wynagrodzenia, w sytuacji zawarcia umowy po upływie 180 dni od dnia złożenia oferty w postępowaniu. A co za tym idzie postanowienia kształtujące zobowiązania umowne, w sposób sprzeczny z dyspozycją norm art. 439 ust. 1 i 3 Pzp nie powinny mieć racji bytu jako sprzeczne z Pzp.
12. Takie działanie zamawiającego przeczy także zasadzie współdziałania zamawiającego i wykonawcy przy realizacji zamówienia publicznego, jaką wprowadzono do Pzp na mocy art. 431 Pzp. Podstawowym obowiązkiem umownym zamawiającego w przypadku przedmiotowego Zamówienia jest obowiązek zapłaty wynagrodzenia za zrealizowane usługi. Jak wskazuje Z. Gordon „Dla określenia zakresu przedmiotowego obowiązku współdziałania nie bez znaczenia jest też okoliczność, że umowa w sprawie zamówienia publicznego ma charakter umowy wzajemnej. Wykonawca występuje zatem nie tylko w roli dłużnika, ale także – przynajmniej w zakresie zapłaty należnego mu wynagrodzenia – w roli wierzyciela. W konsekwencji ma on również obowiązek współdziałania z zamawiającym, i to nie tylko jako dłużnik, ale też jako wierzyciel”¹¹. Ponadto za poglądem wyrażonym w Komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych wskazać należy, że „W doktrynie prawa cywilnego wypracowanej na gruncie art. 354 § 2 Kc podkreśla się, że obowiązek współdziałania przy spełnieniu świadczenia dotyczy „nie tylko samego współdziałania stron, ale także lojalności względem dłużnika i współpracy w wykonywaniu przez niego wszelkich obowiązków składających się na to zobowiązanie”. Minimum tej lojalności to nieprzeszkadzanie dłużnikowi w wykonywaniu jego obowiązków. Zasada lojalności dotyczy powstrzymania się od wszystkiego, co byłoby przejawem naruszenia zasad uczciwości i słuszności w relacjach ukształtowanych w łączącym strony stosunku prawnym.” A co za tym idzie, jeżeli podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest zapłata wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania zamówienia publicznego, to Zamawiający powinien współdziałać z wykonawcą w sposób lojalny

¹⁰ Kodeks cywilny, Tom I. Komentarz art. 1-449¹⁰, pod. red K. Pietrzykowskiego, Wydawnictwo CH Beck, Warszawa 2015;

¹¹ Z. Gordon „Współdziałanie zamawiającego i wykonawcy w zamówieniach publicznych” [w]: „kwartalnik Prawa Zamówień Publicznych nr 2/2020;

(tj. nie mający na celu wykorzystania silniejszej pozycji Zamawiającego w stosunku zobowiązaniowym) a co za tym idzie sposób zmierzający do zapłaty wynagrodzenia w wysokości, która jest ekwiwalentna do przedmiotu zamówienia i pozwoli na pokrycie niezbędnych kosztów związanych z realizacją usługi. Nie tak, jak w przypadku, przedmiotowego zamówienia przerzuci wszelkie ryzyka związane z realizacją zamówienia na wykonawcę.

13. Należy także zwrócić uwagę na poglądy doktryny, zgodnie z którymi „jednym z celów nowej ustawy było wprowadzenie uregulowań prowadzących do zrównoważenia praw i obowiązków stron w umowach w sprawie zamówienia publicznego. **Cel ten ustawodawca planuje osiągnąć poprzez zachęcenie zamawiających w szczególności do odejścia od jednostronnego kształtowania umów i bardziej proporcjonalnego podziału praw i obowiązków stron oraz ryzyk z tym związanych.** W uzasadnieniu nowej ustawy wskazano, że wielu zamawiających, kierując się często **uproszczonym postrzeganiem interesu zamawiającego, sporządza umowy nazbyt restrykcyjne i nieproporcjonalne do rodzaju i wartości zamówienia publicznego – w szczególności w zakresie ilości i wysokości kar umownych, przerzucania nawet niemożliwych do oszacowania ryzyk na wykonawców, braku postanowień w zakresie waloryzacji lub indeksacji wynagrodzenia z tytułu zmian cen rynkowych.** „Paradoksalnym skutkiem takiego działania jest niekorzystny wpływ na efektywność wydatkowania środków publicznych, przez wyższe ceny wskazywane przez wykonawców uwzględniające koszt nieproporcjonalnego ryzyka po ich stronie, a także zmniejszanie konkurencyjności postępowań, przez rezygnację potencjalnych wykonawców z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego”¹² oraz że „przepis art. 431 PZP zawiera **zasadę współdziałania stron umowy** w sprawie zamówienia publicznego przy jej wykonaniu w celu należytej realizacji zamówienia. **Jak wynika z uzasadnienia do PZP, ustawodawca dostrzegł potrzebę wzmocnienia regulacji dotyczących wykonywania umowy, uznając, że należyte wykonanie zamówienia publicznego zależy od współdziałania obu stron umowy z poszanowaniem wzajemnych interesów** (zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 83). **Nakaz współdziałania stron przy wykonywaniu umowy realizuje tym samym generalną zasadę równoważenia pozycji wykonawcy i zamawiającego, wpisaną w szereg przepisów działu VII PZP**”¹³.
14. Konkludując, Zamawiający ukształtował przedmiotowy stosunek umowny w sposób naruszający podstawowe zasady prawa zamówień publicznych (zasada współdziałania), prawa cywilnego (zasada swobody umów), a także stanowiący obejście przepisów art. 439 ust. 1 i 3 Pzp, a co za tym idzie postanowienia umowy w takim brzmieniu nie powinny być akceptowane i powinny ulec zmianie.

Zarzut dziewiąty

Naruszenie przepisów art. 433 pkt 3 Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 Pzp w zakresie odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający,

¹² E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 431;

¹³ *Prawo zamówień publicznych. Komentarz* pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo CH Beck, Warszawa 2021;

tj. określenie daty wejścia w życie umowy po upływie roku i ośmiu miesięcy od dnia złożenia oferty, zaś pierwszej waloryzacji wynagrodzenia po upływie około 2 lat od dnia złożenia oferty, co skutkuje przerzuceniem wszystkich ryzyk z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia na wykonawcę, co przeczy zasadzie efektywności.

Uzasadnienie faktyczne i prawne:

1. Kolejną regulacją, która miała przeciwdziałać wykorzystaniu silniejszej pozycji Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest przepis art. 433 Pzp, który wprowadził do prawa zamówień publicznych katalog klauzul niedozwolonych.
2. Ratio legis tego przepisu było wprowadzenie do Pzp regulacji, która uniemożliwi zamawiającym wprowadzenie postanowień, które w sposób rażący wykorzystują ich pozycję przez co przenosili na wykonawców większość ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia publicznego. *„Art 433 Pzp został wprowadzony w celu ograniczenia praktyk zamawiających polegających na kształtowaniu postanowień umów w sposób zabezpieczający wyłącznie ich interesy bez należytego ich wyważenia z interesami wykonawców. Potrzeba zmian w tym zakresie wynikała przede wszystkim z faktu, że zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego posiadał szczególnie uprzywilejowaną pozycję, co niejednokrotnie prowadziło do próby nieuzasadnionego lub nadmiernego przerzucenia ryzyk kontraktowych na wykonawcę. Zgodnie z uzasadnieniem projektu Pzp „skutkiem takiego działania jest niekorzystny wpływ na efektywność wydatkowania środków publicznych, przez wyższe ceny wskazywane przez wykonawców uwzględniające koszt nieproporcjonalnego ryzyka po ich stronie, a także zmniejszenia konkurencyjności postępowań, przez rezygnację potencjalnych wykonawców z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Skutkiem tego przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby postanowień umownych nie kształtować w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę. Wprowadzenie tej zasady nie ma na celu uniemożliwienia zamawiającym takiego ukształtowania treści umowy, który jest uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminację postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców. Wykonawcy mający zastrzeżenia do zaproponowanych postanowień umownych będą mogli je zweryfikować przez skorzystanie z odwołania w tym zakresie”¹⁴.*
3. Zamawiający swoim działaniem niewątpliwie narusza zasadę efektywności wyrażoną w art. 17 ust. 1 Pzp oraz wprowadza klauzulę niedozwoloną, o której mowa w art. 433 pkt 3 Pzp, tj. przewiduje odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.
4. Zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego kształtuje postanowienia umowy, na które faktycznie żadnego realnego wpływu nie ma wykonawca. Jednym z najistotniejszych postanowień umowy są postanowienia dotyczące zapłaty wynagrodzenia, gdyż w umowach o świadczenie usług jest to jedno z podstawowych, jeżeli nie jedyne zobowiązanie, w którym to Zamawiający pozostaje dłużnikiem wykonawcy. Sposób ukształtowania wynagrodzenia, obliczania jego wysokości, sposobu wypłaty, a także ewentualnej waloryzacji oraz termin wykonania świadczenia odbiegający w sposób oczywisty od regulacji kodeksowych, **leży praktycznie w wyłącznej kompetencji Zamawiającego i to on**

¹⁴ Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. Hubera Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych Warszawa, 2021

ponosi pełną odpowiedzialność za sposób ich ukształtowania. Wykonawcy pomimo, iż mogą wносить pytania do specyfikacji warunków zamówienia („SWZ”), to nie mają realnego narzędzia, którym mogliby przymusić zamawiającego do ukształtowania postanowień umowy w sposób pozwalający na zachowanie względnej równowagi stron. A co za tym idzie przerzucenie na wykonawcę wszelkich ryzyk związanych ze zmianami na rynku, które mogą mieć wpływ na wynagrodzenie wykonawcy, stanowi zachowanie zamawiającego, za które ponosi on wyłączną odpowiedzialność.

5. Zamawiający kształtując essentialia negotii umowy o świadczenie usług w przedmiotowym postępowaniu, które zostały określone dla wykonawcy w § 1 i 3 umowy, zaś dla zamawiającego w § 2, zdaje się że zapomniał o nakazach płynących z nowych przepisów Pzp. Jednym z zobowiązań Zamawiającego jest zapłata wynagrodzenia wykonawcy, pozostałe świadczenia wskazane w § 2 umowy należy uznać za poboczne. W związku z czym zapłata wynagrodzenia wykonawcy jest najważniejszym zobowiązaniem umownym Zamawiającego. Kolejnym istotnym elementem umowy jest data jej wejścia w życie, tj. 1 stycznia 2023 roku na co wykonawca też nie ma żadnego wpływu. Jak wynika z art. 455 KC dłużnik (wykonawca) zobowiązany jest spełnić świadczenie w terminie ustalonym w umowie. Termin realizacji umowy w sposób arbitralny, uzależniony od swoich potrzeb w niniejszym Postępowaniu, ustanowił Zamawiający. W związku z czym tylko on ponosi za niego odpowiedzialność.
6. Wykonawca przystępując do Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zmuszony jest godzić się na zasady jednostronnie określone przez Zamawiającego, przyjmując na siebie ryzyka z tym związane. Takiemu ukształtowaniu stosunków umownych zawieranych w oparciu o przepisy Pzp miał przeciwdziałać art. 433 Pzp, o czym w przedmiotowym stanie faktycznym zdaje się zapominać Zamawiający, gdyż w oderwaniu od charakteru umowy, ukształtował postanowienia umowy w zakresie wynagrodzenia w sposób rażąco naruszający interesy wykonawców.
7. Fakt, że Zamawiający ukształtował postanowienia umowne w sposób odbiegający od charakteru umowy potwierdza także sposób kształtowania klauzul waloryzacyjnych w innych postępowaniach prowadzonych przez innych zamawiających, którzy mając na względzie szczególnie charakter rynku, wprowadzają pierwszą waloryzację wynagrodzenia dokonywaną w pierwszych kilku miesiącach od dnia wejścia w życie umowy, co pozwala na zachowanie względnej równowagi stron kontraktu. Na co dowody zostaną przedstawione podczas rozprawy.
8. Działanie Zamawiającego narusza ponadto zasadę efektywności wyrażoną w art. 17 ust. 1 Pzp, która powinna być realizowana w szczególności w oparciu o następujące instrumenty:
 - 1) przemyślane projektowanie postanowień umowy w sprawie zamówienia, w tym możliwe równoważenie praw i obowiązków stron umowy, a także minimalizowanie ryzyk i kosztów realizacji zamówienia (zob. w szczególności uw. do art. 433 i 466);
 - 2) współdziałanie zamawiającego i wykonawcy na etapie wykonania umowy w celu należytej realizacji zamówienia (zob. uw. do art. 531)”.
9. Brak zrównoważenia praw i obowiązków stron umowy poprzez maksymalizowanie ryzyk po stronie wykonawców oraz brak współdziałania podczas wykonywania obowiązków dłużnych skutkuje tym, że wykonawcy będą zmuszeni do uwzględnienia ryzyk związanych z wahaniami na rynku cen ropy w cenie oferty, a co za tym idzie Zamawiający może otrzymać oferty w dużo większej wysokości, aniżeli miałyby to miejsce w sytuacji, gdy warunki waloryzacji zostałyby

określone w sposób racjonalny i zgody z praktyką rynkową innych zamawiających. Takie działanie nie tylko zmierza do nierealizowania zasad prawa zamówień publicznych, ale prowadzi do wypaczenia zasady ekwiwalentności zobowiązań stron umowy.

Zarzut dziesiąty

Naruszenie przepisu art. 439 Pzp poprzez wprowadzenie do postanowień § 10 projektowanych postanowień umowy dodatkowych warunków, których uzależnione jest przeprowadzenie waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy.

Uzasadnienie faktyczne i prawne:

1. Przepis art. 439 ust. 1 i 2 Pzp stanowi podstawę do wprowadzenia do umów o świadczenie usług zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy waloryzacji wynagrodzenia.
2. W art. 439 ust. 2 Pzp ustawodawca określił elementy obligatoryjne klauzuli waloryzacyjnej, w szczególności:
 - 1) poziom zmiany cen materiałów i kosztów uprawniający strony do żądania zmiany wynagrodzenia;
 - 2) początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;
 - 3) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia;
 - 4) sposób określania wpływu zmiany cen materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia;
 - 5) okresy w jakich następować będzie waloryzacja wynagrodzenia;
 - 6) maksymalna wysokość zmiany wysokości wynagrodzenia.
3. W przepisie art. 439 Pzp brak jest jednak podstawy prawnej do określenia dodatkowych warunków dla waloryzacji wynagrodzenia.
4. Zamawiający do projektowanych postanowień umowy wprowadził procedurę, która prowadzi do sytuacji, w której waloryzacja wynagrodzenia uzależniona jest od subiektywnej oceny Zamawiającego dotyczącej okoliczności powołanych we wniosku o waloryzację. Zamawiający zgodnie z procedurą określoną w § 10 ust. 1 – 9 może uznać okoliczności wskazane przez wykonawcę i zgodzić się na przeprowadzenie waloryzacji wynagrodzenia lub jej odmówić. W konsekwencji postanowienia art. 439 Pzp zostały wprowadzone do projektowanych postanowień umowy w sposób pozorny, ponieważ nie gwarantują wykonawcą, że ich wynagrodzenie będzie podlegało waloryzacji nawet w przypadku ziszczenia się przesłanek uzasadniających jej dokonanie.
5. Przepis art. 439 Pzp uzasadnia twierdzenie, że w sytuacji, w której ziszczą się okoliczności uzasadniające waloryzację, wykonawca będzie miał roszczenie o jej dokonanie i podwyższenie wynagrodzenia w sposób określony w klauzuli waloryzacyjnej. W przedmiotowym stanie faktycznym, Zamawiający co prawda wprowadził do umowy klauzulę waloryzacyjną, jednak uzależnioną od oceny okoliczności przez Zamawiającego, co finalnie może doprowadzić do sytuacji, w której Zamawiający będzie odmawiał waloryzacji wynagrodzenia pomimo wzrostu wskaźników wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych publikowanych przez GUS.

Mając na uwadze powyższe wnoszę jak w petitum odwołania.

V. Legitymacja do wniesienia odwołania

Odwołujący jest przedsiębiorcą działającym na rynku usług autobusowych, który spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu z postępowania, a co za tym idzie w przypadku złożenia najkorzystniejszej oferty, może ona zostać wybrana w przedmiotowym Postępowaniu. Mając na uwadze, iż umowa o zamówienie publiczne może ulec zmianie, tylko w przypadkach w niej określonych, w interesie Odwołującego jest takie ukształtowanie jej warunków na tym etapie, aby przystąpienie do jej realizacji nie stanowiło naruszenia względnej równowagi kontraktowej stron. W związku z tym, Odwołujący ma interes prawny, aby dokonać modyfikacji postanowień umowy, a co za tym idzie ma legitymację czynną do złożenia odwołania.

* * * * *

Wpis od odwołania w kwocie 15.000,00 zł został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych (Załącznik nr 2).

Zamawiający został poinformowany o wniesieniu odwołania (załącznik numer 6).

W związku z powyższym, w imieniu Odwołującego wnoszę jak na wstępie.

Żaneta Urbaniak

Adwokat - pełnomocnik

Załączniki:

1. Załącznik do Umowy – zasady waloryzacji;
2. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
3. Pełnomocnictwo;
4. Odpis aktualny z KRS Odwołującego;
5. Dowód uiszczenia opłaty skarbowej;
6. Potwierdzenie doręczenia kopii odwołania Zamawiającemu.