

Polanów, dnia 15 czerwca 2022 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa
odwolania@uzp.gov.pl

Odwołujący:

działający jako wspólnicy spółki cywilnej:

1) Mateusz Wąsowski

działający pod firmą

Usługi Transportowe MARO TUR

Mateusz Wąsowski

ul. Koszalińska, nr 30, 76-010 Polanów
NIP 4990663048, REGON 366676290
m.wasowski@marotur.pl

2) Kamil Jaruga

działający pod firmą

Usługi Transportowe JUL TRANS

Kamil Jaruga

NIP 6692383870, REGON 320652203
k.jaruga@marotur.pl

Zamawiający:

Gmina Bobolice

ul. Ratuszowa 1, 76 – 020 Bobolice
zamowieniapubliczne@bobolice.pl

dotyczy: postępowania na „Świadczenie usług dowozu i odwozu uczniów do i z placówek oświatowych z terenu Gminy Bobolice”, nr sprawy: ZP.271.4.2022.SZ

Odwołanie

Działając na podstawie art. 513 ust. 1 ustawy z dnia z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2021.1129 t.j. z dnia 2021.06.24, dalej „Pzp”), wnoszę odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług dowozu i odwozu uczniów do i z placówek oświatowych z terenu Gminy Bobolice”, nr sprawy: ZP.271.4.2022.SZ, prowadzonym przez Gminę Bobolice. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów Pzp.

Działania i zaniechania Zamawiającego wskazane w niniejszym odwołaniu naruszają interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Naruszenia dotyczące nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia uniemożliwiają Odwołującemu należyte skalkulowanie ceny ofertowej i złożenie oferty na usługę zgodną z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Oferta przygotowana zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia przygotowanym przez Zamawiającego będzie albo niezgodna ze specyfikacją warunków zamówienia, albo z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Odwołujący wnosi więc odwołanie wobec

opisu przedmiotu zamówienia określonego w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”).

Dodatkowo, Odwołujący wskazuje na zastosowanie przez Zamawiającego we wzorze umowy klauzul abuzywnych, których istnienie narusza uzasadniony, chroniony przepisami Pzp interes Odwołującego - wnosi więc odwołanie wobec projektowanych postanowień umowy zawartych we wzorach umowy załączonych do SWZ.

Odwołanie wnoszone jest do Zadań – Zadanie nr 2 i Zadanie nr 3.

Odwołujący Zamawiającemu zarzuca naruszenie następujących przepisów ustawy PZP:

1. art. 99 ust. 1 Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, bez użycia dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, za to w sposób sprzeczny z wymogami powszechnie obowiązujących przepisów prawa;
2. art. 433 pkt 1 Pzp, poprzez zastrzeżenie we wzorze umowy kary umownej za opóźnienie, bez zastrzeżenia, że miałyby dojść z niego z winy wykonawcy;
3. art. 433 pkt 3 Pzp, poprzez zastrzeżenie w projektowanych postanowieniach umów dla odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;
4. art. 433 pkt 4 Pzp, poprzez zastrzeżenie w projektowanych postanowieniach umowy możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych przez Odwołującego postanowień SWZ i projektowanych postanowień umowy w zakresie i brzmieniu zaproponowanym przez Odwołującego w odwołaniu.

Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwot, określonych w przepisach, wydanych na podstawie art. 3 Pzp. Stosownie więc do przepisu art. 515 ust. 1 pkt. 2) lit a) Pzp, odwołanie wobec czynności Zamawiającego, stanowiącej podstawę jego wniesienia, wnosi się w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego, stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Terminem publikacji SWZ i dokumentów postępowania był w dniu 10 czerwca 2022 r., co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

Uzasadnienie

Zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 Pzp uzasadnia fakt, iż Zamawiający zamierza zlecić przewóz uczniów linią regularną – dotyczy to Zadania nr 3) oraz przewóz uczniów niepełnosprawnych - Zadanie nr 2), jednocześnie jednak w opisie przedmiotu zamówienia znajdują się wymagania zaprzeczające takiemu charakterowi zadania, jak też wymagania nie uwzględniające specyfiki zlecanego zadania, co Odwołujący wykaże w dalszej części uzasadnienia.

W zakresie Zadania nr 3, w rozdz. XX Istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, Zadanie od nr 1 do nr 3 - ust. 3 pkt 6 SWZ, Zamawiający żąda, aby

w Zadaniu nr 3 istniała możliwość zamówienia biletu miesięcznego do miejscowości, która nie została uwzględniona w cenniku biletów miesięcznych będącym załącznikiem nr 1 do umowy. Na marginesie należy dodać, że Załącznik nr 1 do Zadania nr 3 to tabela, która zawiera nazwę miejscowości, nazwę szkoły i wskazanie miejscowości oraz ilość uczniów w obwodach danej szkoły, gdzie łączna ilość uczniów to 269 uczniów, które sam Zamawiający identyfikuje jako 269 biletów miesięcznych ulgowych. Poniżej fragment tabeli:

Trzebień				7	
Ubiedrze			4		
Ujazd	11				1
Wilczogóra			6		
Wojęcino		6			
Zieleniewo		1			
RAZEM	147	59	11	21	31

RAZEM: 269 biletów miesięcznych ulgowych.

Dalej czytamy, że: „Cenę biletu Wykonawca ustali proporcjonalnie do cen biletów jakie obowiązują na trasach”. Dodatkowo wprowadza zapis: Zmiany ilości tras i kilometrów, godzin i ilości odwozów. Zdaniem Odwołującego taka konstrukcja uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie ceny ofertowej przez Wykonawcę, bo przy takim opisie przedmiotu zamówienia i ilości zmiennych nie jest możliwe prawidłowe skalkulowanie ceny biletu miesięcznego przez wykonawcę. Wykonawca podnosi, że nie ma możliwości podania ceny za bilet miesięczny, nie znając trasy przejazdu.

Mając na uwadze, że zapis dotyczy Zadania nr 3 – to należy wskazać, że realizacja tego zadania ma się odbywać linią regularną, co zdecydowanie utrudnia możliwość dokonania wyceny w przypadku, gdy Wykonawca nie zna trasy, a także ilości uczniów (ilości biletów miesięcznych). W tej sytuacji Odwołujący albo przyjmie maksymalny możliwy koszt wykonania usługi, ryzykując, że jego oferta z uwagi na wysoką cenę nie będzie najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu, albo najniższy możliwy koszt, ryzykując stratę w prowadzeniu działalności gospodarczej, do czego takim opisem przedmiotu zamówienia może przyczynić się sam Zamawiający.

Dodatkowo dla powyższych rozważań należy wskazać, że Zamawiający w Formularzu ofertowym Rozdział C SWZ, dla Zadania nr 3 wymaga złożenia dodatkowego KOSZTORYSU SZCZEGÓŁOWEG – Załącznik nr 8 do SWZ, gdzie wymaga wypełnienia kolumny: D i E, w tym podsumowania – RAZEM-OGÓŁEM. Z tym jednak zastrzeżeniem, że cena ofertowa (miesięczna) wynika z cen jednostkowych Kosztorysu Szczegółowego. Jednak, jeżeli spojrzeć na treść Załącznika nr 8 do SWZ, to widać wyraźnie, że w Załącznik nr 8 do SWZ został sporządzony jako zestawienie miejscowości, gdzie przypisano tylko do niektórych miejscowości ilość dzieci szacowaną na rok szkolny 2022/2023, proponowaną ceną biletu brutto i cenę łączną (ostatnia kolumna), gdzie cenę określono: Cena łączna brutto/iloczyn wartości poszczególnych wierzy kolumny C i D. Zamawiający jednak nie wskazał i nie dał jasnej instrukcji Wykonawcy, czy do przyjętej ceny miesięcznej biletu należy wypełnić również cenę biletu w przypadku pozycji, w której nie ma oszacowanej ilości uczniów np. poz. nr 1 Błotko ? Brak instrukcji w tym zakresie uniemożliwia prawidłowe wykonanie polecenia Zamawiającego w zakresie przygotowania Kosztorysu Szczegółowego, z czego ma wynikać cena ofertowa (miesięczna). Poniżej Tabela z Załącznika nr 8 do SWZ (cz. pierwsza – przykład).

Lp.	Miejscowość	Szacowana liczba uczniów na rok szkolny 2022/2023	Proponowana cena jednostkowa brutto biletu (za 1 bilet)	Cena łączna brutto/iloczyn wartości poszczególnych wierszy kolumny C i D
A	B	C	D	E
Szkoła Podstawowa im. H. Sienkiewicza w Bobolicach, Głowackiego 7d, 76-020 Bobolice				
1.	Błotko			0,00
2	Boboliczki	5		0,00
3	Bolechowice	2		0,00
4	Bobrowo			0,00
5	Cybulino	9		0,00
6	Chlebowo	12		0,00
7	Chmielno	9		0,00
8	Chociwle	9		0,00
9	Dworzysko			0,00
10	Dziupla			0,00
11	Głodowa	17		0,00
12	Gozd	4		0,00
13	Janowiec	3		0,00
14	Jatynka	1		0,00
15	Kije			0,00
16	Kurowo	18		0,00
17	Kurówko			0,00
18	Lubino			0,00
19	Lubowo			0,00
20	Łozice	1		0,00
21	Łozice Cegielnia	7		0,00
22	Nowe Łozice	3		0,00
23	Nowosiółki	4		0,00

24	Opatówek	5		0,00
25	Ostrówek	4		0,00
26	Piaszczyte	1		0,00
27	Pniewki			0,00
28	Pomorzany			0,00
29	Porost	14		0,00
30	Przydargiń	2		0,00
31	Radwanki	5		0,00
32	Rylewo			0,00
33	Sarnowo	1		0,00
34	Spokojne			0,00
35	Soborowo			0,00
36	Stare Łozice			0,00
37	Ujazd	11		0,00
38	Więcierz			0,00
39	Zareby			0,00
40	RAZEM(sumy pozycji 1-39)			0,00

Zdaniem Odwołującego w efekcie tak prowadzonego postępowania przez Zamawiającego, złożone oferty przez poszczególnych wykonawców będą nieporównywalne, nie wiadomo bowiem będzie, którą wersję kalkulacji dany wykonawca przyjął dla złożenia oferty, jakie czynności matematyczne wykonał w Kosztorysie szczegółowym, co może wpłynąć na kalkulację ceny.

Dodatkowo podkreślenia wymaga to, że Zamawiający powinien przewidywać możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy i procedurę tej zmiany określoną we wzorze umowy jako procedurę zmiany umowy wraz ze zmianą wynagrodzenia dla Wykonawcy z uwagi na zmianę trasy realizowanych przejazdów, która ma charakter przewidywanej zmiany i może być zgodnie z art. 455 ust. 1 pkt 1) a)-c) Pzp .

Jak orzekła Krajowa Izba Odwoławcza:

Wyrok KIO z 1.02.2022 r., KIO 66/22, LEX nr 3317703.

„Zamawiający nie może wprowadzić do opisu przedmiotu zamówienia treści zwalniającej go ze sporządzenia szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia w warunkach niezapewniających zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także zamawiający nie może opierać się na mało przejrzystych i nieproporcjonalnych wymaganiach, których egzekucja może prowadzić do nieuzasadnionego

pokrzywdzenia danego wykonawcy, który inaczej zrozumiał treść SIWZ z powodu wadliwego postępowania zamawiającego.”

Opis przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”) dla Zadania nr 2 zawiera błędny zapis w odniesieniu do tego zadania, stwierdzając w pkt 6, że Zamawiający zastrzega sobie prawo zmiany tras przewozu uczniów, ilości przewozów w tygodniu, terminów ich wykonywania oraz liczby uczniów (adresu dowozu i odwozu) bez zmiany wynagrodzenia dla Wykonawcy. Z analogicznych, jak wyżej powodów zapis ten jest błędny, gdyż uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie wynagrodzenia. Oferty wykonawców mogą być nieporównywalne, ze względu na rozbieżne szacunki dotyczące zmian tras przewozów, wynikające z różnie skalkulowanego poziomu ryzyka i ilości przewożonych dzieci. Zapis powinien przewidywać możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy, zależnego nie tylko od ceny jednostkowej, ale od ilości dodatkowo wykonanych kilometrów, czasu pracy kierowcy i typu pojazdu. Należy zwrócić uwagę, że Wykonawca nie może przewidzieć w takim wypadku, czy konieczne jest podstawienie autobusu - wraz z kierowcą posiadającym prawo jazdy kategorii D, a więc pobierającym wyższe wynagrodzenie, czy wystarczające byłoby 9-miejscowego busa, zużywającego mniej paliwa i kierowanego przez kierowcę posiadającego prawo jazdy kategorii B, co ma znaczenie dla kalkulacji ceny przyjętej przez Wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu. Zaznaczyć należy, że w Zadaniu nr 2, zgodnie z Rozdziałem C, Formularz ofertowy dla Zadania nr 2, Zamawiający wymaga podania ceny ofertowej – ceny brutto za 1 (jeden) dzień wykonania usługi. Przy takiej ilości zmiennych i możliwości zmiany, Wykonawca nie może prawidłowo określić ceny ofertowej.

Jak bowiem orzekła KIO:

Wyrok KIO z 7.02.2014 r., KIO 2967/13, LEX nr 1427897.

„Opis przedmiotu zamówienia z określeniem wymagań co do terminu realizacji zamówienia powinien pozwolić wykonawcy na realną wycenę przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem obiektywnej możliwości wyceny przez niego wszystkich ryzyk związanych z charakterem danego zamówienia publicznego.”

Wyrok KIO z 22.01.2014 r., KIO 24/14, LEX nr 1430593.

„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.”

W OPZ dla Zadania nr 2 w pkt 7 Zamawiający zastrzega, że dzieci będą odbierane zgodnie z ich planem lekcji, w godzinach 14.00-16.00. Zamawiający zdaje się nie zauważać, że zapis ten jest sprzeczny z wprowadzonym przez Zamawiającego zapisem o możliwości zmiany tras i godzin dowozów z pkt 6. W efekcie Zamawiający może jednostronnie zmienić warunki wykonania przedmiotu zamówienia, czyniąc przewidywane godziny odbioru bez znaczenia, co jest jednak ważne dla Wykonawcy, który ustala harmonogramy przywozów i odwozów z harmonogramami prac poszczególnych kierowców.

Interpretacja zapisów OPZ wskazuje, że godziny wskazane w pkt 7 nie są obowiązujące i mogą się zmienić na podstawie zapisu pkt 6, a więc Wykonawca nie ma możliwości

skalkulowania, na jak długo musi oddelegować kierowcę do realizacji tego zadania, a także pojazd. Tymczasem sporządzony opis przedmiotu zamówienia nie powinien pozostawiać żadnych wątpliwości bądź też możliwości dowolnej jego interpretacji przez potencjalnych wykonawców. Opis powinien obejmować wszelkie aspekty i czynności, jakich wykonania oczekuje Zamawiający od przyszłego wykonawcy, w taki sposób, aby umożliwić mu rzetelne oszacowanie kosztów wykonania tego zamówienia, a co za tym idzie złożenie prawidłowej, obejmującej wykonanie całego wymaganego zakresu oferty (tak: E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2022, art. 99.).

Powyższe zarzuty potwierdza treść pkt 8 OPZ dla Zadania nr 2., stanowiący, że szczegółowy harmonogram dowozu i szczegóły organizacyjne dowozu poszczególnych uczniów ustalone zostaną przez Wykonawcę z rodzicami lub opiekunami prawnymi oraz z Zamawiającym. Nie określono trybu tych uzgodnień, co wskazuje na to, że w istocie decydujący głos w uzgodnieniach będzie mieć Zamawiający, który wedle własnego uznania ustali rzeczywiste godziny i trasy, nie wymieniając ich w SWZ jako element OPZ. Przeczy to zasadzie prawidłowego określenia przedmiotu zamówienia w SWZ, skoro kluczowe części zamówienia będą ustalane poza postępowaniem – właściwie na etapie realizacji przedmiotu umowy, zaś wykonawca nie ma możliwości przewidzenia z góry, jaki będzie wynik tych „uzgodnień”, tymczasem na etapie złożenia oferty musi skalkulować wynagrodzenie już na podstawie niekompletnych zapisów OPZ. Tymczasem, jak wynika z orzecznictwa:

Wyrok SO w Gdańsku z 27.11.2006 r., III Ca 1019/06

„Opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia winny być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo.”

Za nierealne należy uznać żądanie zawarte w pkt 40 lit. c) OPZ dla Zadania nr 2, aby wykonawca przedstawił kserokopię zezwolenia na wykonywanie przewozów regularnych specjalnych w krajowym transporcie drogowym jeszcze przed podpisaniem umowy. Wydawanie takich dokumentów wiąże się z długim czasem oczekiwania na działanie organów administracji, dlatego zapis ten powinien zostać zmodyfikowany tak, aby wykonawca miał obowiązek przedłożenia ww. dokumentu w ciągu 30 dni od dnia podpisania umowy.

Zgodnie z §2 pkt 7 wzoru umowy dla Zadania nr 2, w przypadku nierealizowania kursów z uwagi na czasowe, krótkotrwałe ograniczenie funkcjonowania jednostek oświaty czy też zawieszenie zajęć dydaktyczno-opiekuńczych w placówkach, wartość faktury zostanie proporcjonalnie pomniejszona do ilości dni, w których przewóz miał się odbywać. Powyższy zapis jest niezgodny z przepisem art. 4 pkt 7 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (Dz.U.2022.0.180 t.j., dalej: „utd”), zgodnie z którym przewóz regularny to publiczny przewóz osób i ich bagażu w określonych odstępach czasu i określonymi trasami, na zasadach określonych w ustawie i w ustawie z dnia 15 listopada 1984 r. - Prawo przewozowe (Dz. U. z 2020 r. poz. 8). Skoro więc Zamawiający określił usługę w sposób właściwy dla wykonania przewozu, to powinien być wziąć pod uwagę przepisy utd - a więc i fakt, że mimo zaistnienia nieprzewidzianych ograniczeń funkcjonowania placówek oświaty, nadal będzie konieczne wykonywanie przewozu na tych samych trasach. Tym samym nie ma

podstaw do korekty wysokości faktury; co więcej, nie wskazano zasad, wedle których ta korekta ma się odbywać, podobnie podstaw do ustalenia wysokości korekty nie sposób znaleźć w dokumentach postępowania. Zapis powinien być usunięty z projektowanej umowy.

Wedle §2 pkt 9 wzoru umowy dla Zadania nr 2, zmiana środka transportu może nastąpić na podstawie pisemnej zgody Zamawiającego, jak również informacji o zmianie środka transportu na 7 dni wcześniej. Tymczasem, jak już wskazywano powyżej, wobec możliwości zmiany przez Zamawiającego tras i liczby odbieranych uczniów, Wykonawca nie ma możliwości przewidzenia, jaki środek transportu będzie wystarczający do przewozu dzieci, w szczególności, czy nie będzie potrzebne podstawienie pojazdu innej kategorii. Zapis powinien być usunięty lub zmodyfikowany tak, aby zmiana pojazdu nie wymagała uprzedniej notyfikacji i zgody Zamawiającego, a Wykonawca sam mógł dobierać pojazd w przypadku, gdy ilość uczniów wzrośnie do wskazanej w OPZ, a także Zamawiający wprowadzić powinien mechanizm zmiany wynagrodzenia dla Wykonawcy poprzez zapisy o przewidywanej zmianie umowy.

W §5 pkt 1 ppkt 3 wzoru umowy dla Zadania nr 2, Zamawiający zobowiązuje wykonawcę do przedstawienia zaświadczenia ze szkoły potwierdzające obecność dzieci na zajęciach w placówkach. To wymaganie jest nierealne do spełnienia przez Wykonawcę, dlatego, że placówka edukacyjna nie ma obowiązku wydawania podobnych zaświadczeń przewoźnikowi, gdyż nie obliuguje jej do tego żaden przepis, ani też placówka nie jest stroną umowy z Wykonawcą. Co więcej, zaświadczenie takie musiałoby zawierać dane osobowe ucznia, nie sposób zaś przyjąć, że upoważnia ją do tego art. 6 rozporządzenia 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (Dz.U.UE.L.2016.119.1 z dnia 2016.05.04, dalej: „RODO”), w tym art. 6 ust. 1 lit. b) RODO, skoro uczniowie nie są stronami umowy Zamawiającego i wykonawcy, nie muszą wyrazić zgody z art. 6 ust. 1 lit. a) RODO ani nie przewiduje tego żaden inny przepis prawa. Tym samym zapis powinien być usunięty jako nierealny i niewykonalny. Na marginesie tych rozważań należy jeszcze dodać, że przedmiotem zamówienia jest usługa przewozu uczniów, a czy uczeń będzie uczestniczył w zajęciach jest to poza zakresem przedmiotu postępowania.

Wedle §5 pkt 4 wzoru umowy dla Zadania nr 2, wynagrodzenie nie będzie należne Wykonawcy za czas przerw świątecznych i ferii, z zastrzeżeniem w pkt 5, że, za czas nieświadczenia usługi w razie czasowego ograniczenie funkcjonowania jednostek systemu oświaty będzie należne wynagrodzenie postojowe w wysokości 1/4 ceny za jeden dzień świadczenia usługi. Powyższe w żaden sposób nie zabezpiecza interesu Wykonawcy, skoro nie ma on możliwości zaprzestania kursów - skoro bowiem świadczy usługi przewozu osób, nadal ma obowiązek wykonywania kursów, niezależnie od funkcjonowania lub nie placówek oświatowych. O ile bowiem ferie czy przerwy świąteczne może on uwzględnić w rozkładzie jazdy, o tyle nie ma takiej możliwości dla przerw nieprzewidzianych, które są w decyzji Zamawiającego czy też Dyrektora placówki. Żaden zapis z dokumentów zamówienia niezwalania wykonawcy ze świadczenia usług w tym czasie, co więcej wynagrodzenie ma być wypłacane dopiero od 11-go dnia przerwy. Nie ma żadnego uzasadnienia, w tej sytuacji, dla ograniczenia wynagrodzenia do 1/4, nie jest też jasne, dlaczego akurat taką część ceny Zamawiający uznał za wystarczającą. Zapis powinien być zmodyfikowany w sposób, który przyznaje wynagrodzenie za okres ww. przerw w świadczeniu usługi, skoro i tak wykonawca

będzie zmuszony wykonywać przejazdy. Zapis w obecnej postaci rażąco narusza równowagę kontraktową stron. Dodatkowo należy wskazać, że Zamawiający wprowadzając taką możliwość narusza art. 433 pkt 4) Pzp, bo zaistnieje możliwość ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego (bezpośrednio), a pośrednio przez Dyrektora placówki bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia. Wykonawca nie będzie miał wiedzy jaki minimalny zakres co do wartości lub wielkości (ilości) świadczonych usług zgodnie z umową będzie mógł zrealizować w przedmiotowym postępowaniu.

Za niezgodny z art. 18b ust. 1 pkt 3 utd należy uznać zapis w opisie Zadania nr 3 pkt 13 lit. e) OPZ, który nakazuje przy kalkulowaniu ceny, aby Wykonawca zapoznał się z „miejscami zbiórki”. Autobusy linii regularnej muszą zatrzymywać się wyłącznie na oznaczonych przystankach, nie zaś w „miejscach zbiórki” - wyrażenie to powinno być usunięte z OPZ. Podobnie nie jest poprawny zapis w Zadaniu nr 3 pkt 15 lit. b) OPZ, gdyż autobus linii regularnej nie może być oznakowany tablicą z oznaczeniem „przewóz uczniów”, a jedynie tablicą kierunkową wskazującą trasę (miejscowość docelową). Podobnie należy odnieść się do prawidłowej kolorystyki wymaganej przez Zamawiającego, która została wskazana poprzez przywołanie jedynie Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 31.12.2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U. z 2016r. poz. 2022 ze zm.), jednak nie podając jaki zakres przepisów ma spełniać Wykonawca.

Niezgodny z art. 18a utd jest zapis w Zadaniu nr 3 pkt 23 lit. a) OPZ. Przepis dopuszcza i nakazuje stosowanie ulg w przewozie, nie pozwala jednak na przyznawanie uprawnień do bezpłatnych przewozów wedle imiennej listy. Zapis powinien być usunięty - na marginesie wskazać należy, że Gmina może osiągnąć ten sam efekt, finansując dla uczniów z imiennej listy zakup biletów miesięcznych.

Odnosząc się do wzoru umowy dla Zadania nr 3, trzeba zauważyć, że w §2 ust. 3 Zamawiający bezpodstawnie przewidział zmniejszenie wartości faktury za okres ferii zimowych, podczas gdy przewozy będą wykonywane regularnie, a przecież to sam Zamawiający wprost opisał przedmiot zamówienia jako regularny przewóz osób (patrz § 5 pkt 2 Rozliczenie ppkt 7 – Zamawiający dopuszcza możliwość realizowania przedmiotu zamówienia w ramach przewozów regularnych i za biletami miesięcznymi). Tym samym wykonawca będzie miał i tak obowiązek wykonywania przewozu i pozostawania w gotowości do wykonywania przewozu, niezgodne więc ze specyfiką zamówienia jest pomniejszanie wysokości faktury. To samo odnosi się do §2 ust. 4, który przewiduje zmniejszenie wynagrodzenia za okres ograniczeń w funkcjonowaniu placówek - niezależnych przecież od wykonawcy, który i tak musi wykonywać przewóz na linii regularnej. Z kolei §5 ust. 6 wzoru umowy mówi o zmniejszeniu wynagrodzenia za okres ferii i nierealizowania dowozów. W świetle ww. argumentów należy uznać za nieuprawnione i wymagające zmiany ww. zapisy.

Zarzut naruszenia art. 433 pkt 1 Pzp uzasadniony jest faktem, iż §5 pkt 4 ppkt 4 lit. b) wzorów umowy dla Zadań nr 2 i 3 przewiduje karę umowną za każdy dzień opóźnienia wykonawcy w wykonywaniu umowy. Zapis ten jest wprost sprzeczny z treścią przepisu art. 433 pkt 1 zabraniającego zastrzegania kar umownych za niezawinione opóźnienie wykonawcy i stanowi klauzulę abuzywną. Jak zaś orzekła Krajowa Izba Odwoławcza:

Wyrok KIO z 14.10.2021 r., KIO 2762/21, LEX nr 3324891.

„Przepis art. 433 p.z.p. wskazuje, że odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie musi być uzasadniona okolicznościami lub zakresem zamówienia, a zatem musi być sformułowana w odniesieniu do ściśle określonych okoliczności.”

Zamawiający pominął w projekcie umowy te ściśle określone przesłanki, które mogą stać z możliwością wprowadzenia kary za opóźnienie.

Wyrok KIO z 3.09.2021 r., KIO 2293/21, LEX nr 3240873.

„Zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 20 p.z.p., Zamawiający zobowiązany jest podać w SWZ projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ustawa przyznaje więc zamawiającym możliwość określenia istotnych postanowień przyszłej umowy i podania ich do wiadomości wykonawców, a swoboda zamawiającego w tym zakresie ograniczona jest przepisami ustawy z 2019 r. Prawo zamówień publicznych, w szczególności art. 433 p.z.p., a także przepisami k.c. dotyczącymi zobowiązań umownych.”

Zarzut naruszenia art. 433 pkt 4 uzasadnia przewidywana przez Zamawiającego możliwość ograniczenia wartości zamówienia bez wskazania jego minimalnej wartości. Należy zauważyć, że we wzorze umowy dla Zadania nr 3 w §7 ust. 1 Zamawiający przewiduje możliwość zmiany umowy, nie wskazuje jednak, jak ma kształtować się wynagrodzenie wykonawcy, w szczególności, do jakiej minimalnej kwoty – jaką ilość/ wartość usługi Zamawiający może obniżyć wynagrodzenie z umowy i zmniejszyć realizację świadczenia w postaci zaniechania wykonywanych usług przewozów.

Jak zaś orzekła Krajowa Izba Odwoławcza:

Wyrok KIO z 24.11.2015 r., KIO 2451/15, LEX nr 1977989.

„Przy braku zasad zmiany wynagrodzenia wykonawcy określonych w SIWZ (zasad aneksowania albo klauzul waloryzacyjnych), wynagrodzenie umowne będzie mogło zostać zmienione jedynie przez sąd na podstawie klauzul rebus sic stantibus lub w innych szczególnych przypadkach przewidzianych prawem. Jakikolwiek wprowadzenie powyższych zasad lub samo dokonanie tego typu zmian bez spełnienia warunków ustawowych - należałoby potraktować jako naruszenie zasad równego traktowania wykonawców.”

Należy wskazać, że załącznik nr 8 do SWZ (kosztorys) wskazuje na 269 biletów, niemniej wymienia też miejscowości, z których nie dojeżdża żaden uczeń. Dla miejscowości tych również ma być podana cena jednostkowa, jednak Zamawiający nie określił żadnych czynników, które pozwalałyby na jej określenie. Załącznik powinien być zmodyfikowany przez usunięcie ww. miejscowości lub wpisanie liczby uczniów. Z tego samego powodu usunięty lub zmodyfikowany powinien być zapis dla Zadania nr 3 w pkt 39 OPZ przewidujący możliwość zmiany umowy, jednak bez podania warunków tej zmiany, w szczególności podstaw do ustalenia zmienionego wynagrodzenia, jak też pkt 23 lit. b), zastrzegający możliwość zmiany ilości kupowanych biletów bez podania ilości/wartości minimalnej świadczenia usługi.

Według zapisów OPZ dla Zadania nr 3, wedle pkt 1, przedmiotem zamówienia jest przewóz uczniów i dzieci do i z punktów zbiórki/przystanku najbliższego dla ich miejsca zamieszkania. Tym samym, również to zadanie spełnia definicję regularnego przewozu osób z

art. 4 pkt 7 utd, zwłaszcza, że przewóz ma się odbywać na podstawie biletów miesięcznych (pkt 2). Pkt 4 wprost mówi o przewozach regularnych. W tym świetle niezrozumiałe jest żądanie „uzgodnienia” rozpoczęcia tras dowozu i odwozu z Zamawiającym, zwłaszcza, że godziny rozpoczęcia zajęć są już wskazane w pkt 7.

Tymczasem pkt 11 lit. b) stanowi, że trasy i godziny dowozu mogą zostać zmodyfikowane przez Zamawiającego. Przeczy to zasadzie prawidłowego określenia przedmiotu zamówienia, skoro w chwili składania oferty Wykonawca nie wie, w jaki sposób Zamawiający zmodyfikuje trasy, nawet nie zna algorytmu takiej modyfikacji.

Podobny charakter ma zapis pkt 12, zobowiązujący wykonawcę do „współpracy” w tym zakresie w dyrektorami szkół. Wobec faktu, że sama placówka nie jest stroną umowy, dyrektor ów nie będzie musiał brać pod uwagę ekonomicznej opłacalności i technicznej wykonalności przewozu, zaś Wykonawca będzie zmuszony de facto do dostosowania się do każdej zmiany. Wykonawca nie jest więc w stanie przewidzieć w momencie składania oferty, jakie faktycznie będą trasy i godziny przewozu, wobec dyskrecjonalnej decyzji dyrektora placówki. Skoro Zamawiający sam określił, że oczekuje świadczenia usług regularnego przewozu osób, przewoźnik nie może zmieniać rozkładów jazdy dowolnie. Każda zmiana rozkładu jazdy linii regularnej wymaga zmiany zezwolenia na wykonywanie regularnych przewozów osób w krajowym transporcie drogowym. Zgodnie bowiem z art. 20 ust. 1 pkt 1 i 2 utd, zmiana trasy i warunków przewozów wymaga zmiany zezwolenia. Zapis powinien być usunięty lub zmieniony, albo dostosowany do możliwości przewidzianej zmiany przez Zamawiającego zawartej umowy wraz ze zmianami warunków wynagrodzenia.

Dodatkowo Odwołujący podnosi, że zapisy dotyczące kar umownych w pkt 4 wzoru umowy dla Zadania nr 2 i nr 3, zawierają kary rażąco wygórowane. Po pierwsze, przewidują maksymalną wysokość aż do 50% wynagrodzenia Wykonawcy, co oznacza, że w razie naliczenia kar umownych w maksymalnej wysokości, Wykonawcy grozi rażąca strata – a otrzymane wynagrodzenie nie zwróci nawet kosztów wykonania zamówienia. Przewidzenie kar umownych w wysokości 50% wynagrodzenia jest wyrazem nadużycia przewagi kontraktowej przez Zamawiającego. Kary umowne winny być obniżone do wysokości, która w razie ich naliczenia nie powoduje konieczności realizowania usługi poniżej kosztów jej świadczenia. Jak zaś wynika z cytowanego już wyżej wyroku KIO:

Wyrok KIO z 14.10.2021 r., KIO 2762/21, LEX nr 3324891.

„Przy formułowaniu postanowień dotyczących kar umownych w projektowanych zapisach umów w sprawie zamówienia publicznego, należy uwzględnić wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikających z przyszłej umowy. Z jednej strony należy zatem uwzględnić interes Zamawiającego wynikający z dbałości o środki publiczne i przejawiający się w zagwarantowaniu takich narzędzi, które pozwolą mu skutecznie domagać się od wykonawcy spełnienia jego zobowiązań wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego, z drugiej zaś strony należy mieć na uwadze również słuszny interes przedsiębiorców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.”

W związku z powyższym wnoszę jak na wstępie odwołania.

Załączniki

1. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wysokości 7.500 zł;
2. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu