

PARTNERZY | OF COUNSEL

PROF. ZW. DR HAB. STANISŁAW SOŁTYSIŃSKI  
DR ANDRZEJ W. KAWECKI\*  
DR HAB. ANDRZEJ SZŁĘZAK  
PIOTR ANDRZEJAK  
ŁUKASZ BERAK  
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

WROCŁAW  
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  
RADOSŁAW WASZKIEWICZ  
RAFAŁ WASZKIEWICZ  
ZBYSZKO WIZNER

Warszawa, 14 czerwca 2021 roku

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

**Zamawiający:**  
**Miasto Bydgoszcz – Zarząd Dróg Miejskich i**  
**Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy**  
ul. Toruńska 174a  
85-844 Bydgoszcz  
adres e-mail zarzad@zdmikp.bydgoszcz.pl

**Odwołujący:**  
**Mobilis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**  
ul. Posąg 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 na liniach autobusowych w Bydgoszczy w latach 2023-2031” („Zamówienie”)

Nr postępowania: 015/2021

Ogłoszenie o zamówieniu: ogłoszenie o zamówieniu numer 2021/S 105-276710

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 na liniach autobusowych w Bydgoszczy w latach 2023 – 2031” („Postępowanie”), na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa (załącznik numer 3), niniejszym wnoszę odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności polegającej na ukształtowaniu projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający przepisy ustawy dotyczące umów o zamówienie publiczne, w szczególności waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy oraz postanowień dotyczących kar umownych z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania, czy zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

I. Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego **zarzucam:**

- 1) naruszenie przepisów art. 431 i art. 439 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny („KC”) poprzez zawarcie umowy w okresie wynikającym z Pzp z datą wejścia w życie 1 stycznia 2023 roku oraz określeniem, że pierwsza waloryzacja wynagrodzenia zostanie dokonana 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;
- 2) 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 ponad roku od dnia złożenia oferty, zaś pierwszej waloryzacji wynagrodzenia po upływie około 2,5 roku od dnia złożenia oferty, co skutkuje przerzuceniem wszystkich ryzyk z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia na wykonawcę, co przeczy zasadzie efektywności;
- 3) naruszenie przepisów art. 436 pkt 3) Pzp w zw. z art. 483 § 1 KC poprzez zawarcie w umowie postanowień dotyczących zmniejszenia wynagrodzenia, w sytuacjach, które stanowią podstawę do naliczenia kar umownych, a co za tym idzie obejście przez Zamawiającego przepisów Pzp dotyczących maksymalnej wysokości kar umownych oraz wprowadzenie do umowy postanowienia stanowiącego waloryzację kar umownych z tytułu nienależytego

wykonania umowy, co prowadzi do sytuacji, w której wysokość kar umownych nie jest z góry określona przez Zamawiającego;

- 4) naruszenie przepisu art. 449 ust. 3 Pzp poprzez zobowiązanie wykonawcy do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy przed dniem zawarcia umowy o zamówienie publiczne na okres od dnia podpisania umowy do końca okresu świadczenia usługi, tj. na okres co najmniej o rok dłuższy niż świadczona usługa, pomimo iż zabezpieczenie ma zabezpieczyć roszczenia zamawiającego, które w 2022 roku nie będą wykonywane, a co za tym idzie, nie byłoby podstaw do skorzystania z tego zabezpieczenia.

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

- 1) nakazanie Zamawiającemu zmianę projektowanych postanowień umowy i nadanie im brzmienia lub dodanie postanowienia w brzmieniu:
- a) zmianę § 2 ust. 4 Umowy i nadanie mu brzmienia: „Ceny netto jednego wozokilometra w latach **2023 – 2031** będą waloryzowane i wprowadzane corocznym aneksem do umowy, z mocą obowiązującą od 01.01. danego roku o :

- a. średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych za rok kalendarzowy poprzedzający termin waloryzacji ogłoszony przez Prezesa GUS w odniesieniu do 75% ceny wozokilometra,
- b. średnioroczny wskaźnik cen oleju napędowego (liczony z dokładnością do setnych części procenta) ustalony na podstawie danych Polskiej Izby Paliw Płynnych za rok kalendarzowy poprzedzający termin waloryzacji w stosunku do roku poprzedniego, w odniesieniu do 25% ceny wozokilometra.”

lub dodanie w § 2 projektowanych postanowień umowy postanowienia w brzmieniu: „*Pierwsza waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy zostanie dokonana zgodnie z zasadami określonymi w § 2 ust. 4 Umowy, przy czym będzie ona skuteczna od 1 stycznia 2023 roku (pierwszego dnia realizacji przedmiotu Umowy)*”;

- b) dodanie w § 2 projektowanych postanowień umowy postanowienia w brzmieniu: „W przypadku, gdy aneks dotyczący waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy zostanie zawarty po 1 stycznia danego roku kalendarzowego, Wykonawca będzie uprawniony do powiększenia kwoty wynagrodzenia za pierwszy okres rozliczeniowy przypadający po podpisaniu aneksu o różnicę pomiędzy stawką wynagrodzeniem za wozokilometr z roku poprzedzającego i wynagrodzeniem zwaloryzowanym. Wynagrodzenie zostanie obliczone jako iloczyn zrealizowanych wozokilometrów do dnia zawarcia aneksu i stawki stanowiącej różnicę pomiędzy wynagrodzeniem określonym od 1 stycznia danego roku, a obowiązującym w poprzednim roku kalendarzowym”;
- c) zmianę postanowienia § 2 ust. 5 zd. 2 projektowanych postanowień umowy postanowienia i nadanie im brzmienie: „W przypadku zmiany tych wskaźników, powodującej zwiększenie maksymalnej wielkości nominalnej umowy zmiana ta musi zostać wprowadzona aneksem do umowy, zmiana maksymalnej nominalnej wielkości umowy polegająca na jej zmianie poprzez zmniejszenie może zostać wprowadzona do umowy aneksem. W przypadku obniżenia wysokości

maksymalnej nominalnej wielkości umowy należy brać pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy”;

- d) zmianę postanowienia § 6 ust. 1 projektowanych postanowień umowy postanowienia i nadanie mu brzmienia: „Wynagrodzenie netto należne wykonawcy podlega zmniejszeniu z powodu niewłaściwej jakości wykonywanych usług (kara umowna z tytułu nienależytego wykonania), odpowiednio za każdy stwierdzony przypadek: (...)” (katalog kar zgodnie z tabelą);
- e) dodanie do § 6 projektowanych postanowień umowy postanowienia w brzmieniu: „Do postanowień § 6 ust. 1 Umowy zastosowanie ma § 10 ust. 10 Umowy dotyczący łącznego limitu odpowiedzialności z tytułu kar umownych”;
- f) wykreślenie postanowienia § 6 ust. 2 projektowanych postanowień umowy postanowienia;
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany rozdziału XVI ust. 4 SWZ poprzez wskazanie, że „Zabezpieczenie wykonawca wnosi w całości najpóźniej na 30 dni przed dniem rozpoczęcia świadczenia usług. Nie wniesienie zabezpieczenia w terminie stanowi podstawę do odstąpienia od Umowy”.
- g) zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

III. Wskazuję ponadto, że Postępowanie zostało opublikowane na platformie zakupowej Zamawiającego 2 czerwca 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

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 wnosić o wydłużenie terminu związania ofertą w oparciu o art. 220 ust. 3 Pzp. Jest to więc okres, na jaki wykonawca działający z należytą starannością może oszacować ryzyka związane z wahaniami 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 1,5 roku przed rozpoczęciem świadczenia usług w oparciu o umowę. Zamawiający zaś nie ponosi żadnego ryzyka takiego działania, gdyż zawierając umowę w 2021 roku niejako gwarantuje sobie stawki świadczenia usług po cenach z roku 2021 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”<sup>1</sup>.*

6. Przedmiot Postępowania stanowią usługi przewozu autobusowego świadczone w latach 2023 - 2031 na terenie Bydgoszczy. 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. 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. 2,5 roku (data złożenia ofert 28 czerwca 2021 roku, początek realizacji usługi 1 stycznia 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 przez cały 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 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 pracę 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

<sup>1</sup> Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo CH Beck, Warszawa 2021;

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 oraz minimalnej stawki za pracę, wykonawca zobowiązany będzie do świadczenia usług ze stratą przez około rok, 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 9 lat jej realizacji (świadczenia autobusowych usług przewozowych), 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”<sup>2</sup>.
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 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. Umowa wejdzie w życie po upływie ponad roku od jej zawarcia, zaś pierwsza waloryzacja będzie miała miejsce po ponad 2,5 roku 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

<sup>2</sup> Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. Hubera Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych Warszawa, 2021

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. 353<sup>1</sup> 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)”*<sup>3</sup>. 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 spreczny 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 podmiotowego obowiązku współdziałania nie bez znaczenia jest też okoliczność, że umowa w sprawie zamówienia publicznego ma charakter umowy wzajemnej. Wykonawca występuje zatem nie tylko w roli dłużnika, ale także – przynajmniej w zakresie zapłaty należnego mu wynagrodzenia – w roli wierzyciela. W konsekwencji ma on również obowiązek współdziałania z zamawiającym, i to nie tylko jako dłużnik, ale też jako wierzyciel”<sup>4</sup>. 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 (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*

<sup>3</sup> Kodeks cywilny, Tom I. Komentarz art. 1-449<sup>10</sup>, pod. red K. Pietrzykowskiego, Wydawnictwo CH Beck, Warszawa 2015;

<sup>4</sup> Z. Gordon „Współdziałanie zamawiającego i wykonawcy w zamówieniach publicznych” [w]: „kwartalnik Prawa Zamówień Publicznych nr 2/2020;



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”<sup>5</sup> 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**”<sup>6</sup>.

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 drugi**

15. 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.
16. 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

<sup>5</sup> E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 431;

<sup>6</sup> *Prawo zamówień publicznych. Komentarz* pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo CH Beck, Warszawa 2021;

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”<sup>7</sup>.

17. 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.
18. Zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego kształtuje postanowienia umowy, na które faktycznie żadnego realnego wpływu nie ma wykonawca. Jednym z najistotniejszych postanowień umowy są postanowienia dotyczące zapłaty wynagrodzenia, gdyż w umowach o świadczenie usług jest to jedno z podstawowych, jeżeli nie jedyne zobowiązanie, w którym to Zamawiający pozostaje dłużnikiem wykonawcy. Sposób ukształtowania wynagrodzenia, obliczania jego wysokości, sposobu wypłaty, a także ewentualnej waloryzacji oraz termin wykonania świadczenia odbiegający w sposób oczywisty od regulacji kodeksowych, **leży praktycznie w wyłącznej kompetencji Zamawiającego i to on ponosi pełną odpowiedzialność za sposób ich ukształtowania**. Wykonawcy pomimo, iż mogą wnosić pytania do 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.
19. 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

<sup>7</sup> Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. Hubera Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych Warszawa, 2021

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.

20. 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.
21. 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 szczególny 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.
22. 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)”.
23. 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 trzeci**

24. Zgodnie z art. 483 § 1 KC „można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi poprzez zapłatę określonej sumy (kara umowna)”. Zobowiązanie wykonane jest należycie jeżeli

zostało wykonane zgodnie z jego treścią, w sposób odpowiadający jego celowi społeczno – gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Przepis art. 354 § 1 KC jednoznacznie wskazuje, że postępowania dłużnika mające na celu spełnienie świadczenia należy oceniać z punktu widzenia czterech kryteriów, do których należą: treść zobowiązania, zasady współżycia społecznego, cel społeczno – gospodarczy zobowiązania, ustalone zwyczaje. Szczegółowej analizie należy poddać przede wszystkim pierwsze z kryteriów wskazanych w zdaniu poprzedzającym, tj. treść zobowiązania. Treścią zobowiązania są przede wszystkim uprawnienia i obowiązki stron stosunku prawnego, które zostały określone w ramach łączącego strony stosunku prawnego, które są określone w postanowieniach umowy lub przepisie ustawy<sup>8</sup>. Jednak treści zobowiązania nie można interpretować wyłącznie o literalne brzmienie treści stosunku prawnego, gdyż stosunek prawny kształtowany jest nie tylko w oparciu o prawa i obowiązki szczegółowo określone w oświadczeniach woli stron, ale także poprzez zobowiązania i uprawnienia wynikające z przepisów ustawy, zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów (art. 56 KC)<sup>9</sup>.

25. Mając na uwadze powyższe, strony umowy mogą wprowadzić do umowy postanowienia, które pozwolą na naliczenie kary umownej w wysokości z góry określonej (określona suma), w sytuacji, gdy wykonawca nie uczyni zadość swoim obowiązkom wynikającym z umowy. Naruszenie obowiązku, które może skutkować naliczeniem kary umownej może dotyczyć wyłącznie świadczeń niepieniężnych, co wynika z literalnego brzmienia przepisu art. 483 § 1 KC. „Do przedmiotowo istotnych elementów zastrzeżenia kary umownej należy zaliczyć przede wszystkim określenie zobowiązania, a przynajmniej pojedynczego obowiązku, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie rodzi obowiązek zapłaty kary”<sup>10</sup>.
26. Analiza postanowienia § 6 ust. 1 Umowy prowadzi do wniosku, że określone w tabeli rodzaje nieprawidłowości stanowią naruszenia obowiązków niemajątkowych wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu, a co za tym idzie określona suma pieniężna, którą wykonawca zobowiązany będzie zapłacić, w przypadku gdy Zamawiający stwierdzi naruszenie wskazane w tabeli, stanowi karę umowną w rozumieniu przepisów KC. Zgodnie z treścią art. 8 ust. 1 Pzp do umów o zamówienie publiczne zastosowanie mają przepisy KC, w tym także zasady ogólne dotyczące kar umownych. Dlatego też, Zamawiający zobowiązany jest określić maksymalny limit kar, które może on naliczyć wykonawcy, także w stosunku do przypadków nienależytego wykonania zobowiązania (postanowień umownych) określonych w § 6 ust. 1 Umowy, gdyż nazwa instytucji prawnej wprowadzona do umowy, nie może pozostawać w oderwaniu od jej charakteru wynikające z przepisu powszechnie obowiązującego prawa.
27. Nazwanie kar umownych - zmniejszeniem wynagrodzenia z powodu niewłaściwej jakości wykonywanych usług, nie zwalnia zamawiającego z obowiązku określonego w art. 436 pkt 3) Pzp.
28. Kara umowna powinna zostać zastrzeżona w określonej z góry wysokości. Poddanie kar umownych waloryzacji, prowadzi do sytuacji, w której wykonawca nie ma pewności co do jej

<sup>8</sup> Kodeks cywilny, Tom I, Komentarz art. 1 – 449<sup>10</sup>, pod red. prof. dr hab. Krzysztofa Pietrzykowskiego, Wydawnictwo C. H. Beck Warszawa 2020;

<sup>9</sup> Grzegorz Tracz „Pojęcie wykonania i niewykonania zobowiązań w polskim prawie cywilnym” [w] Kwartalnik prawa prywatnego rok XVIII:2009, z. 1

<sup>10</sup> Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z 2 października 2020 roku, sygnatura akt III CSK 77/18;



wysokości w chwili składania oferty, czy też zawarcia umowy o zamówienie publiczne. Co uniemożliwia wykonawcy oszacowanie wszystkich ryzyk związanych z realizacją przedmiotu umowy o zamówienie publiczne<sup>11</sup>. Postanowienie umowne dotyczące określenia wysokości kary umownej poprzez odwołanie się do mierników nieznanych w chwili zawarcia umowy powinno zostać uznane za nieważne, a co za tym idzie uzasadnione jest, aby § 6 ust. 2 projektowanych postanowień umowy został wykreślony.

29. Ponadto uzasadnione jest określenie limitu kar umownych określonych w § 6 ust. 1 projektowanych postanowień umownych, aby uczynić zadość obowiązkom Zamawiającego, nałożonym na niego na mocy przepisu art. 436 Pzp, poprzez odniesienie się do regulacji § 10 ust. 10 Umowy.

#### Zarzut czwarty

30. Wykonawca zobowiązany jest w niniejszym Postępowaniu, do wniesienia przed zawarciem umowy zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zabezpieczenie wnoszone jest na cały okres od dnia zawarcia umowy do końca 2031 roku, a co za tym idzie na ponad 10 lat. Tak

<sup>11</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 3 października 2019 roku, sygnatura akt I CSK 280/18: „Sąd Najwyższy w składzie rozpatrującym niniejszą sprawę zwraca jednak uwagę na inną kwestię. Aby postanowienie umowne regulujące karę umowną było ważne i mogło wywrzeć skutki prawne, musi zawierać określone essentialia negotii. Jak stanowi art. 483 § 1 KC, zawierający definicję kary umownej, można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy pieniężnej. Wynika stąd, że do elementów przedmiotowo istotnych zastrzeżenia kary umownej należy zaliczyć:

1) zobowiązanie, a przynajmniej pojedynczy obowiązek, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie rodzi obowiązek zapłaty kary umownej, a więc niezbędne jest wskazanie tytułu jej naliczenia, przy czym nie ma potrzeby enumeratywnie wymieniać w umowie okoliczności (przyczyn), z powodu których dłużnik nie wykonał zobowiązania lub je nienależyście wykonał;

2) wskazanie kwoty, jaką w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy jest zobowiązany zapłacić dłużnik.

O ile w rozpatrywanym postanowieniu umownym strony określiły sytuację (przyczynę), w której powodowa spółka mogła naliczyć karę umowną, to odnieść się należy do drugiego z elementów kary umownej. W art. 483 § 1 KC jest wprost mowa o zastrzeżeniu kary umownej w „określonej sumie”, co prowadzi do wniosku, że w chwili zastrzegania kara ta powinna zostać wyrażona kwotowo, a więc w pieniądzu (nie stanowi bowiem kary umownej zobowiązanie inne niż pieniężne, nawet jeżeli miałyby zostać spełnione przez dłużnika w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania). Oznaczenie kwotowe nie oznacza przy tym, że niezbędne jest określenie wprost kwoty kary umownej, gdyż chociaż taka konstrukcja jest jak najbardziej pożądana, to dopuszczalne jest posłużenie się innym miernikiem wysokości, np. ułamkiem wartości rzeczy, albo ułamkiem innej sumy (np. wynagrodzenia), jeżeli ustalenie kwoty byłoby tylko czynnością arytmetyczną. Natomiast przyjęcie konstrukcji prawnej zakładającej ustalenie w przyszłości podstawy naliczania kary umownej nie byłoby zgodne z art. 483 § 1 KC i stanowiłoby inną czynność prawną (zob. też wyrok SN z dnia 8 lutego 2007 r., I CSK 420/06). Innymi słowy, jeżeli strony nie wskazały wprost wysokości kary umownej, to w umowie musi zostać określona w jednoznaczny sposób podstawa do finalnego określenia tej wysokości, możliwa do obliczenia w momencie zawarcia umowy. Istotne jest, aby zarówno strony umowy, jak i następnie sąd rozpoznający sprawę byli w stanie obliczyć wysokość kary umownej. Oznacza to, że kara umowna powinna być możliwa do wyliczenia już w momencie zawarcia umowy, a jej wysokość nie powinna wymagać dowodzenia – może to dotyczyć całej kary umownej, jak i kary umownej za jednostkę czasu w wypadku zwłoki w spełnieniu świadczenia (np. za dzień). Takim sposobem, bardzo często spotykanym w praktyce, jest procentowe odwołanie do wartości świadczenia albo wynagrodzenia (ceny), przy czym nie ma problemu, jeżeli wynagrodzenie jest określone stałą kwotą (np. ryczałt w umowie o roboty budowlane). Nie jest natomiast możliwe zastrzeżenie kary umownej odnoszące się do wynagrodzenia kosztorysowego, jako że nie jest możliwe ustalenie jej wysokości w dacie zawarcia umowy, jak również w trakcie trwania robót, np. z powodu odstąpienia od umowy. Możliwe jest natomiast wprowadzenie do umowy innego miernika, nawet jeżeli nie jest związany ze stosunkiem łączącym strony, np. kwoty wynikającej z innej umowy, o ile była stronom znana w chwili umowy zawierającej klauzulę kary umownej.

W konsekwencji, jeżeli strony nie ustaliły w umowie wprost kwoty kary umownej, to powinny wprowadzić taki miernik jej wyliczenia, aby chodziło jedynie o dokonanie w przyszłości (gdy zajdą przesłanki naliczenia tej kary) działania o charakterze wyłącznie arytmetycznym, bez konieczności ustalenia podstawy, od której będzie uzależniona wysokość kary umownej. W przeciwnym razie postanowienie umowne będzie nieważne, jako sprzeczne z art. 483 § 1 KC”.



długi okres obowiązywania zabezpieczenia należytego wykonania umowy, generuje po stronie wykonawcy duże koszty, związane z obsługą gwarancji należytego wykonania umowy oraz zmniejsza jego zdolność kredytową, ponadto w przypadku zabezpieczenia wnoszonego w pieniądzu blokuje środki na ok 10 lat.

31. Tak ukształtowany okres wniesienia zabezpieczenia jest nieuzasadniony, ponieważ od dnia zawarcia umowy (rok 2021) do 1 stycznia 2023 roku nie będzie prawnej ani faktycznej możliwości do skorzystania przez Zamawiającego z tego zabezpieczenia, ponieważ Wykonawca do połowy grudnia 2022 roku, nie podejmuje żadnych czynności w ramach realizacji przedmiotu umowy. W związku z czym nie ma podstaw, aby żądać od wykonawców wniesienia zabezpieczenia na okres o ponad rok dłuższy aniżeli wynika to ze stosunku prawnego i generowania dodatkowych kosztów związanych z realizacją zamówienia. Art. 449 ust. 3 Pzp dopuszcza sytuacje, w której Zamawiający ustali inny aniżeli dzień podpisania umowy termin na wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W szczególności, w przypadku, gdy jest to uzasadnione postanowieniami umowy – terminem rozpoczęcia wykonywania świadczenia, tak jak w przypadku przedmiotowej sprawy.
32. Mając na uwadze powyższe, uzasadnione jest dokonanie zmiany w zakresie postanowień umowy dot. zabezpieczenia należytego wykonania umowy, poprzez zobowiązanie wykonawcy do wniesienia go na 30 dni przed dniem rozpoczęcia świadczenia usług pod rygorem odstąpienia od umowy o zamówienie publiczne.

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 1).

Zamawiający został poinformowany o wniesieniu odwołania (załącznik numer 5).

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

---

Żaneta Urbaniak  
Adwokat - pełnomocnik

Załączniki:

1. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
2. Odpis aktualny z KRS Odwołującego;
3. Pełnomocnictwo;
4. Dowód uiszczenia opłaty skarbowej;
5. Potwierdzenie doręczenia kopii odwołania Zamawiającemu.