

**WYROK**

**z dnia 20 listopada 2015 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 listopada 2015 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 listopada 2015 roku przez wykonawcę **P. A., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Rewizor P. A. z siedzibą w Gdyni** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni**

przy udziale wykonawcy **Windykacja PL Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie zmian:

- a) w punkcie 6.2.2.2 SIWZ w postanowieniu, że Wykonawca winien wykazać, iż średnio rocznie zatrudniał na umowę o pracę (pełny etat) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a w przypadku gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie — co najmniej 50 osób w tym co najmniej 35 kontrolerów biletów – wykreślenie wyrażenia „(...) na umowę o pracę (pełny etat)”
- b) w punkcie 6.2.3.1 SIWZ usunięcie zdania drugiego, które brzmi: „Wymagane jest również doświadczenie polegające na zrealizowaniu co najmniej jednego zamówienia o wartości minimum 200 000,00 złotych w zakresie świadczenia usług przyjmowania ewidencjonowania i rozpatrywania reklamacji złożonych przez pasażerów komunikacji publicznej zrealizowanego w okresie ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie”.

- c) Wykreślenie w § 15 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy w brzmieniu: Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w wysokości 300 000,00 zł za nieprzystąpienie przez Wykonawcę do realizacji umowy w dniu następnym po dniu określonym w § 16 niniejszej umowy
- d) Wykreślenie § 15 ust. 1 pkt 8 wzoru umowy
- e) Zmianę § 15 ust. 1 pkt 10 wzoru umowy i nadanie mu brzmienia: Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w wysokości 200 zł za każdy stwierdzony przypadek zamknięcia punktu obsługi reklamacji bez uzyskania uprzedniej pisemnej zgody Zamawiającego na zamknięcie punktu w dniach i godzinach w których powinien być czynny;
- f) Wykreślenie § 15 ust. 1 pkt 11 wzoru umowy

2. nakazuje dokonanie stosownych zmian w pozostałych dokumentach składających się dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w treści ogłoszenia o zamówieniu;

3. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

4. kosztami postępowania obciąża **PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni** i:

- 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **P. A., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Rewizor P. A. z siedzibą w Gdyni** tytułem wpisu od odwołania,
- 4.2. zasądza od **PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni** na rzecz **P. A., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Rewizor P. A. z siedzibą w Gdyni** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gdańsku**.

**Przewodniczący:**

### **U z a s a d n i e n i e**

W dniu 3 listopada do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 182 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U.2013.907), dalej zwanej „ustawą Pzp” odwołanie złożył wykonawca P. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Rewizor P. A. z siedzibą w Gdyni, dalej zwany „Odwołującym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Kontrola biletów i windykacja należności” prowadzi Zamawiający: PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 października 2015 r. pod numerem 2015/S 207-376141. Odwołanie wniesiono wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej zwanej „SIWZ”.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie następujących przepisów przy formułowaniu treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ:

- art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 22 ust. 4 i ust. 5 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp oraz art. 41 pkt 7 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez sformułowanie przez Zamawiającego opisu warunku udziału w postępowaniu oraz sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia dotyczącym konieczności realizacji minimum jednego zamówienia o wartości 3.000.000 złotych w sposób nadmierny, nieproporcjonalny w stosunku do rodzaju, zakresu i przedmiotu zamówienia, co narusza zasadę równego traktowania wykonawców i ogranicza potencjalny krąg wykonawców i tym samym może prowadzić do wyboru wykonawcy wyłonionego w sposób niezgodny z przepisami Pzp;
- art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 22 ust. 4 i ust. 5 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp oraz art. 41 pkt 7 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez sporządzenie przez Zamawiającego opisu warunku udziału w postępowaniu oraz sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia dotyczącego konieczności realizacji usługi przyjmowania, ewidencjonowania i rozpatrywania reklamacji złożonych przez pasażerów komunikacji publicznej o wartości min. 200.000 złotych, który jest nadmierny i nieproporcjonalny w stosunku do rodzaju, zakresu i przedmiotu zamówienia, niezwiązany z przedmiotem zamówienia, co narusza zasadę równego traktowania wykonawców i ogranicza potencjalny krąg wykonawców i tym samym może prowadzić do wyboru wykonawcy wyłonionego w sposób niezgodny z przepisami Pzp;

- art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz 3 pkt Pzp w zw. z art. 22 ust. 4 i ust. 5 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp oraz art. 41 pkt 7 Pzp w z w. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez sporządzenie przez Zamawiającego opisu warunku udziału w postępowaniu oraz sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia i potencjału technicznego oraz osób niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia dotyczącego konieczności wykazania, że wykonawca średniorocznie zatrudniał na umowę o pracę (pełny etat) co najmniej 50 osób, w tym co najmniej 35 kontrolerów biletów, co jest warunkiem nadmiernym i nieproporcjonalnym, nieuzasadnionym rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego i narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz ogranicza potencjalny krąg wykonawców i tym samym może prowadzić do wyboru wykonawcy wyłonionego w sposób niezgodny z przepisami Pzp (podstawa takiego zatrudnienia winna obejmować nie tylko umowę o pracę, ale również umowę cywilnoprawną);
- art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz 3 pkt Pzp w zw. z art. 22 ust. 4 i ust. 5 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5), pkt 6) oraz pkt 16) Pzp i art. 41 pkt 7 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez sporządzenie przez Zamawiającego opisu warunku udziału w postępowaniu oraz sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz wprowadzenie wymagania w projekcie umowy w zakresie potencjału technicznego oraz osób niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia dotyczącego konieczności wykazania, że na dzień składania oferty wykonawca ma wykazać, że część kontrolerów biletów ma być zatrudniona w wymiarze pracy 3/4 etatu co jest warunkiem nadmiernym i nieproporcjonalnym, nieuzasadnionym rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego i narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz ogranicza potencjalny krąg wykonawców i tym samym może prowadzić do wyboru wykonawcy wyłonionego w sposób niezgodny z przepisami Pzp;
- art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16) Pzp w zw. z art. 483 § 1 oraz art. 484 § 2 Kodeksu Cywilnego (dalej „kc”) w zw. z art. 353<sup>1</sup> kc oraz w zw. z art. 5 kc poprzez:
  - 1) umieszczenie w projekcie umowy z wykonawcą - Rozdziale V SIWZ obowiązku uiszczenia kar umownych oderwanych od możliwości poniesienia uszczerbku majątkowego w razie zaistnienia naruszeń, na wypadek których zostały zastrzeżone, prowadzących do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego, zaś z ostrożności procesowej (na wypadek uznania dopuszczalności ich zastrzeżenia),
  - 2) poprzez zastrzeżenie ich w wysokości rażąco wygórowanej, nieadekwatnej do naruszeń i prowadzących do bezpodstawnego wzbogacenia się Zamawiającego (oraz potencjalnie nieważnych na gruncie art. 58 kc);
- art. 34 ust. 5 Pzp w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 41 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 142 ust. 1 Pzp poprzez wprowadzenie przez Zamawiającego prawa opcji w zakresie czasu

trwania umowy - wprowadzenie możliwości przedłużenia czasu trwania umowy o kolejne 24 miesiące w razie „zaistnienia takiej potrzeby” i posiadania przez Zamawiającego odpowiednich środków w tym zakresie”, w drodze złożenia jednostronnego oświadczenia woli przez Zamawiającego, co w ocenie Odwołującego jest niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów Pzp, gdyż stanowi obejście regulacji poświęconej zamówieniom uzupełniającym, jak również przekracza dopuszczalną na gruncie zamówienia uzupełniającego maksymalną wartość zamówienia uzupełniającego, tj. 50 % wartości zamówienia podstawowego, jak również świadczy o nieprecyzyjnym określeniu czasu wykonania zamówienia i tym samym nieprecyzyjnym opisie przedmiotu zamówienia.

W związku z zarzutami wnoszono o uwzględnienie odwołania i o:

- a) nakazanie Zamawiającemu zmiany (złagodzenia) warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w sekcji III, punkcie III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale I, punkcie 6.2.3.1 SIWZ poprzez wprowadzenie obowiązku wykazania się przez wykonawcę minimalnym doświadczeniem obejmującym wykonanie (w okresie ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie) zamówienia bądź zamówień o łącznej wartości minimum 1.500.000 złotych w zakresie świadczenia usług kontroli biletów w środkach publicznej pasażerskiej komunikacji bez względu na liczbę umów (zamówień), w ramach których doświadczenie zostało zdobyte,
- b) nakazanie Zamawiającemu zmiany (złagodzenia) warunku udziału w postępowaniu poprzez rezygnację z wymagania opisanego w sekcji III, punkcie III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale I, punkcie 6.2.3.1 SIWZ w zakresie konieczności dysponowania doświadczeniem dotyczącym realizacji zamówienia o wartości minimum 200.000 złotych w zakresie świadczenia usług przyjmowania, ewidencjonowania i rozpatrywania reklamacji złożonych przez pasażerów komunikacji publicznej zrealizowanego w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie,
- c) nakazanie Zamawiającemu zmiany (złagodzenia) warunku udziału w postępowaniu opisanego w sekcji III punkcie III.2.3.), w Rozdziale I punkcie 6.2.2.2. SIWZ oraz w Załączniku nr 2 do Rozdziału II SIWZ, dotyczącego doświadczenia oraz potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia poprzez wprowadzenie możliwości powołania się przez wykonawców na średnioroczne zatrudnienie (w okresie ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie) 50 osób nie tylko w oparciu o umowę o pracę (na pełen etat), ale również w oparciu o umowę cywilnoprawną (umowę o świadczenie usług czy umowę o dzieło),
- d) nakazanie Zamawiającemu zmiany (złagodzenia) warunku udziału w postępowaniu opisanego w sekcji III punkcie III.2.3.), w Rozdziale I punkcie 6.2.2.1. SIWZ oraz

w Załączniku nr 2 do Rozdziału II SIWZ dotyczącego doświadczenia oraz potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia poprzez wprowadzenie możliwości dysponowania przez wykonawcę kontrolerami zatrudnionymi na umowę o pracę w wymiarze przynajmniej 1/4 etatu zamiast 3/4 etatu (co dotyczyłoby kontrolerów ponad liczbę 31 kontrolerów, którzy mają mieć umowę o pracę na pełny etat), czyli umożliwienie wykonawcy dysponowania minimum 60 osobami (w tym 45 kontrolerami), z czego co najmniej 31 kontrolerów miałyby być zatrudniona w oparciu o umowę o pracę na pełen etat, zaś pozostali kontrolerzy mieliby być zatrudnieni w oparciu o umowę o pracę w wymiarze przynajmniej 1/4 etatu,

e) nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowienia § 2 ust. 8 projektu umowy poprzez wskazanie, że 30 % kontrolerów biletów musiałyby mieć umowę o pracę na minimum 3/4 etatu,

f) nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień Rozdziału V SIWZ (projektu umowy z wykonawcą) poprzez wykreślenie z § 15 ustępu 1 pkt 1 (tj. wykreślenie postanowienia nakładającego obowiązek uiszczenia kary umownej w wysokości 500.000 zł w razie rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy) oraz ust. 2 i ust. 3, ewentualnie (w razie nieuwzględnienia wniosku o nakazanie Zamawiającemu zmiany wskazanych postanowień poprzez wykreślenie) o nakazanie Zamawiającemu jej obniżenia do poziomu 200.000 złotych,

g) nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień Rozdziału V SIWZ (projektu umowy z wykonawcą) poprzez wykreślenie z § 15 ust. 1 pkt od 2) do 12) (tj. wykreślenie postanowień nakładających obowiązek uiszczenia kar umownych w razie stwierdzenia naruszeń tam wskazanych) oraz wykreślenie ust. 2 i ust. 3, ewentualnie (w razie nieuwzględnienia wniosku o nakazanie Zamawiającemu zmiany tych postanowień poprzez ich wykreślenie) o nakazanie Zamawiającemu ich zmiany poprzez obniżenie wysokości zastrzeżonych kar w następujący sposób, tj. obniżenie:

1. kary umownej wskazanej w § 15 ust. 1 pkt 2) projektu umowy do kwoty 1.000 złotych, ewentualnie ze wskazaniem, że przysługuje ona za każdy dzień zwłoki w przystąpieniu do realizacji umowy,
2. kary umownej wskazanej w § 15 ust. 1 pkt 3) projektu umowy do kwoty 1.000 złotych,
3. kary umownej wskazanej w § 15 ust. 1 pkt 4) projektu umowy do kwoty 5.000 złotych,
4. kary umownej wskazanej w § 15 ust. 1 pkt 5) projektu umowy do kwoty 200 złotych,
5. kary umownej wskazanej w § 15 ust. 1 pkt 6) projektu umowy do kwoty 200 złotych,
6. kary umownej wskazanej w § 15 ust. 1 pkt 7) projektu umowy do kwoty 200 złotych,
7. kary umownej wskazanej w § 15 ust. 1 pkt 8) projektu umowy do kwoty 200 złotych,
8. kary umownej wskazanej w § 15 ust. 1 pkt 9) projektu umowy do kwoty 100 złotych,
9. kary umownej wskazanej w § 15 ust. 1 pkt 10) projektu umowy do kwoty 200 złotych,

10. kary umownej wskazanej w § 15 ust. 1 pkt 11) projektu umowy do kwoty 1.000 złotych,

11. kary umownej wskazanej w § 15 ust. 1 pkt 12) projektu umowy do kwoty 200 złotych.

h) nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień Sekcji II, pkt II.2.2) ogłoszenia o zamówieniu oraz Rozdziału I punktu 5 SIWZ (termin realizacji zamówienia), jak i projektu umowy (Rozdział V SIWZ, § 16 projektu umowy) poprzez wykreślenie sformułowanego tamże prawa opcji w zakresie możliwości przedłużenia czasu trwania umowy o kolejne 24 miesiące,

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp - ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przepisów przez Zamawiającego. Jako podmiot specjalizujący się w prowadzeniu działalności objętej prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniem, posiadający doświadczenie w tym zakresie, Odwołujący mógłby się ubiegać o pozyskanie zamówienia w prowadzonym przetargu. Utrzymanie dokumentacji przetargowej w obecnym kształcie (tj. zaniechanie wprowadzenia wnioskowanych przez Odwołującego zmian w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ) może narazić Odwołującego na szkodę w postaci niemożności uzyskania zamówienia, mimo że Odwołujący mógłby wykonać zamówienie w sposób w pełni satysfakcjonujący Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę brzmienie art. 182 ust. 2 pkt 1) Pzp, stosownie do którego odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień SIWZ, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, termin do wniesienia odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ upływał w dniu 3 listopada 2015 r. W konsekwencji, odwołanie wniesione zostało z zachowaniem ustawowego, dziesięciodniowego terminu na jego wniesienie. Wpis w wymaganej wysokości został uiszczony na rachunek UZP a kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, że analiza postanowień ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ uprawnia do tezy, że Zamawiający naruszył przy ich formułowaniu wskazane powyżej przepisy. To czyni odwołanie zasadnym i koniecznym.

W ocenie Odwołującego warunki udziału w prowadzonym postępowaniu przetargowym oraz opis sposobu ich spełnienia, uwidocznione w ogłoszeniu o zamówieniu i powielone w postanowieniach SIWZ, zostały sformułowane w sposób naruszający wskazane przepisy ustawy, w związku z czym winny one ulec modyfikacji.

Bezspornie wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą - w świetle art. 22 Pzp - spełniać warunki dotyczące 1) posiadania uprawnień do wykonywania



określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, 2) posiadania wiedzy i doświadczenia, 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej. Warunki te, jak stanowi ust. 5 art. 22 Pzp, mają na celu ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Ich zadaniem jest zatem pośrednie określenie wymagań, jakie będą stawiane przez zamawiającego celem zapewnienia sobie udziału wykonawców odpowiednio przygotowanych do postępowania (a tym samym prawidłowej realizacji zawartej umowy i zaspokojenia interesu zamawiającego). Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, konkretyzacja warunków udziału w postępowaniu następuje w drodze opisu sposobu spełnienia warunków, którego dokonuje się przede wszystkim w ogłoszeniu o zamówieniu. Ustawodawca zastrzegł w ust. 4 art. 22 Pzp, że choć opis ten jest kreowany każdorazowo przez zamawiających, to musi on spełniać kumulatywnie następujące warunki: 1) być związanym z przedmiotem zamówienia oraz 2) być proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia. Opis sposobu oceny spełniania warunków powinien bowiem zapewniać przestrzeganie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych - równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji. Zamawiający, określając szczegółowe warunki udziału w postępowaniu, zobowiązany jest dokonać tego w taki sposób, aby w postępowaniu mogli uczestniczyć nie wszyscy wykonawcy, a jedynie tacy, którzy swoimi właściwościami gwarantują pewność, co do rzetelnego i prawidłowego wykonania zamówienia. Swoboda zamawiającego w sporządzaniu opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków doznaje jednak ograniczenia. Granice tej swobody wyznacza z jednej strony art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 Pzp, z drugiej zaś art. 22 ust. 4 te same ustawy. Zamawiający nie może bowiem określać szczegółowych warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Nie może również sporządzić opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w taki sposób, aby tenże opis nie był związany z przedmiotem zamówienia lub był nieproporcjonalny do tegoż przedmiotu. Zamawiający nie może doprowadzić do nieuzasadnionego i nadmiernego ograniczenia kręgu wykonawców, którzy mogliby ubiegać się o udzielenie im zamówienia publicznego. W świetle powołanych przepisów musi on kierować się zasadą, zgodnie z którą określając wartości progowe ujęte w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunków, musi zachować właściwe proporcje do wielkości zamówienia, do jego zakresu, wartości i stopnia skomplikowania. Koniecznym jest również, aby uwzględniał cel, jakiemu ma służyć dookreślenie przez niego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ szczegółowych warunków udziału w postępowaniu, tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Zamawiający może określić warunki udziału w postępowaniu w sposób, jaki odpowiada jego potrzebom i wymaganiom. Niemniej warunki te winny być adekwatne do rodzaju oraz rozmiaru zamówienia. Zakaz sporządzania opisu sposobu oceny spełniania warunków w sposób utrudniający uczciwą konkurencję nie oznacza nakazu dopuszczenia do udziału wykonawców bez dokonania oceny ich kwalifikacji - sprawdzenia ich wiarygodności i zdolności do należytego wykonania zamówienia. Natomiast precyzując warunki udziału w postępowaniu, zamawiający powinien opierać się na obiektywnych przesłankach, tak aby do udziału w postępowaniu był dopuszczony każdy wykonawca zdolny do wykonania zamówienia.

W doktrynie uznaje się, że zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. Wskazywane warunki lub kryteria uczestnictwa w postępowaniu nie powinny więc preferować jedynie niektórych podmiotów. Wszyscy wykonawcy winni mieć zapewniony równy dostęp do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, dokonywanie oceny warunków oraz oceny ofert winno następować według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie dokumentów przedłożonych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofercie, nie zaś w oparciu o inną wiedzę zamawiającego. Na gruncie przepisów Pzp oczywistym jest, iż zamawiający określając warunki uczestnictwa w postępowaniu nie może czynić tego w taki sposób, aby umożliwić udział w postępowaniu jedynie konkretnemu wykonawcy lub wykonawcom konkretnego produktu, o ściśle oznaczonych przez zamawiającego parametrach. Jednocześnie za dozwolone należy uznać oznaczenie przedmiotu zamówienia poprzez określenie m.in. pewnych jego parametrów granicznych (minimalnych lub maksymalnych), o ile nie prowadzi to wskazania na konkretny produkt lub wykonawcę (tak: wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 6 maja 2009 r., sygn. akt XII Ga 143/09).

W ocenie Odwołującego Zamawiający sformułował w postępowaniu warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia z pominięciem powyższych przepisów i dyrektyw. Warunek ten wraz ze opisem sposobu jego spełnienia nie odpowiada bowiem wymaganiom związanym z koniecznością zachowania jego proporcjonalności oraz adekwatności.

W prowadzonym postępowaniu Zamawiający w Sekcji III ogłoszenia o zamówieniu (informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym) punkcie III.2.3.) Kwalifikacje techniczne wskazał, że (...) *wymagane jest doświadczenie polegające na zrealizowaniu co najmniej jednego zamówienia o wartości minimum 3.000.000 złotych w zakresie świadczenia usług kontroli biletów w środkach publicznej pasażerskiej*

*komunikacji, zrealizowanego w okresie ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie.* Powyższe wymaganie powielone zostało w postanowieniach SIWZ. Tak określonego warunku udziału w postępowaniu nie sposób zaaprobować.

Niewątpliwe jest, że Zamawiający przy formułowaniu warunków musi zachować równowagę pomiędzy koniecznością zabezpieczenia swojego interesu a interesem wykonawców, którzy przez taki a nie inny opis oceny spełnienia warunków mogą zostać wyeliminowani z postępowania, mimo że obiektywnie oceniając sprawę, byłiby w stanie zrealizować w sposób należyty zamówienie. Jak podkreśliła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 24 listopada 2014 r. (sygn. akt KIO 2358/14) niedopuszczalne jest formułowanie wymagań przewyższających warunki wystarczające do należytego wykonania zamówienia.

Odwołujący nie znajduje uzasadnienia, dla którego Zamawiający wymaga, aby wykonawca legitymował się doświadczeniem w zakresie realizacji minimum jednego zamówienia o wskazanej wartości, tj. 3.000.000 złotych (co w ocenie Odwołującego oznacza, że wykonawca musi mieć zrealizowaną przynajmniej jedną umowę, której wartość opiewała na min. 3.000.000 złotych). Tymczasem liczba zamówień (umów) nie powinna i nie może decydować o doświadczeniu wykonawcy. Najistotniejszym elementem w tym zakresie winna być łączna wartość zrealizowanych usług. Należy porównać sytuację, w której wykonawca dysponuje doświadczeniem w postaci zrealizowania 4 zamówień (umów) o wartości łącznie min. 3.000.000 złotych oraz sytuację, w której wykonawca, zrealizował jedną umowę o tym samym zakresie o wartości min. 3.000.000 złotych. Dla Odwołującego oczywiste jest, że nie sposób powiedzieć o którymś z tych podmiotów, że posiada większe doświadczenie. Doświadczenie to jest tożsame, co sprawia, że warunek ten sformułowany jest nieprawidłowo, nieproporcjonalnie i nieadekwatnie. W związku z tym w ocenie Odwołującego, pozostawienie warunku udziału w postępowaniu w obecnym brzmieniu ograniczy krąg wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu, co narusza art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp (narusza zasady poszanowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, co może prowadzić do wyboru wykonawcy, który został wyłoniony w sposób niezgodny z przepisami Pzp).

Odwołujący zdaje sobie sprawę, że być może powyższy wniosek nie zachowałby aktualności w przypadku wszystkich rodzajów zamówień. Oczywiście, istnieje różnica pomiędzy realizacją specjalistycznych usług czy też robót budowlanych o określonej wartości w ramach jednego zamówienia a realizacją kilku zamówień łącznie obejmujących tę wartość. Niemniej to zastrzeżenie nie zachowuje aktualności w przedmiotowym przypadku. Bez szczegółowej analizy zakresu przedmiotowego zamówienia uprawniony jest wniosek, że zamówienie polegające na kontroli biletów oraz windykacji należności, wzięwszy pod uwagę

zakres obowiązków wskazywany w Rozdziale I pkt 4 SIWZ (przedmiot zamówienia) nie ma złożonego charakteru, który potencjalnie wymagałby realizowania przez dłuższy czas w ramach jednego zamówienia. Wziąwszy pod uwagę powyższe, nie sposób jest wskazać obiektywnego uzasadnienia, dla którego jedynie realizacja jednego zamówienia o wartości minimum 3.000.000 złotych dawałaby rękojmię należytej realizacji zamówienia w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu. Biorąc pod uwagę stosunkowy rodzaj obowiązków, które wykonywałby wykonawca i pewną ich powtarzalność, można z całą pewnością stwierdzić, że realizacja nawet kilkunastu umów składających się łącznie na wartość 3.000.000 złotych dawałaby Zamawiającemu podstawę do uznania istnienia po stronie wykonawcy zdolności prawidłowego wykonania zamówienia.

Powyższa argumentacja czyni zasadnym wniosek o konieczności złagodzenia warunków w zakresie posiadanego doświadczenia poprzez wyeliminowanie powiązania doświadczenia wymaganego od wykonawców z liczbą zrealizowanych zamówień (umów), w ramach których świadczone usługi.

W zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia Zamawiający nieproporcjonalnie sformułował również wymaganie dotyczące wartości zrealizowanego zamówienia, jakim winien się legitymować wykonawca. Właśnie z uwagi na zakres przedmiotowego zamówienia, jego rodzaj oraz stosunkowo małą złożoność zamówienia nadmiernym jest wymaganie legitymowania się przez wykonawcę doświadczeniem w zakresie zrealizowania zamówienia o wartości odpowiadającej kwocie min. 3.000.000 złotych. Zauważyć należy, że Zamawiający w postępowaniu prowadzonym w 2014 r. nie sformułował tak wysokich wymagań w stosunku do wykonawców w zakresie wiedzy i doświadczenia. W tamtym postępowaniu wymagano jedynie, aby wykonawca legitymował się doświadczeniem w realizacji zamówienia o wartości minimum 1.500.000 złotych

Dokonując analizy zakresu obu zamówień należy dojść do wniosku, że oba postępowania nie różnią się zasadniczo swoim zakresem. W związku z tym niezrozumiałe jest, z jakich powodów Zamawiający postanowił obecnie dokonać modyfikacji tego warunku „podwajając” niejako wymaganie dotyczące doświadczenia. Taki zabieg będzie miał z pewnością negatywny wpływ na krąg podmiotów, które mogłyby ubiegać się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia i tym samym zgodność wyboru wykonawcy z przepisami Pzp. Analiza przeprowadzonych w Polsce przetargów uprawnia do sformułowania tezy, że jedynym na polskim rynku wykonawcą mogącym obecnie samodzielnie spełnić warunki Zamawiającego są Zakłady Wielobranżowe Renoma sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie. Tymczasem nie powinno ulegać wątpliwości, że taki sposób sformułowania warunków, tj. uwzględniający zdolności jedynie określonej kategorii wykonawców bądź wręcz jednego wykonawcy, a niezwiązany z przedmiotem zamówienia, jest niedopuszczalny jako

naruszający art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 4 i ust. 5 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp oraz art. 41 pkt 7 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp i winien zostać zmodyfikowany przez Zamawiającego.

Nadto, wskazać należy, że nieuzasadnionym, nadmiernym i nieadekwatnym warunkiem udziału w postępowaniu sformułowanym przez Zamawiającego jest również warunek dotyczący posiadania doświadczenia polegającego na zrealizowaniu co najmniej jednego zamówienia o wartości minimum 200.000 PLN w zakresie świadczenia usług przyjmowania ewidencjonowania i rozpatrywania reklamacji złożonych przez pasażerów komunikacji publicznej.

W sekcji III, punkcie III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu (co zostało powielone w Rozdziale I, punkcie 6.2.3.1 SIWZ) wskazano, że *„wymagane jest również doświadczenie polegające na zrealizowaniu co najmniej jednego zamówienia o wartości minimum 200 000 PLN w zakresie świadczenia usług przyjmowania ewidencjonowania i rozpatrywania reklamacji złożonych przez pasażerów komunikacji publicznej zrealizowanego w okresie ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie. ”*

Nie sposób jest wskazać uzasadnienia dla wprowadzenia przez Zamawiającego warunku w tym przedmiocie dla oceny legitymowania się przez wykonawcę wiedzą i doświadczeniem. Zauważyć wypada, że usługa ta jest w przypadku większości postępowań częścią składową zamówienia na kontrolę biletów i windykację należności. Tytułem przykładu wskazać należy postępowanie prowadzone chociażby przez:

- Zarząd Transportu Miejskiego w Gdańsku - pod nazwą „prowadzenie kontroli biletów w pojazdach lokalnego transportu zbiorowego organizowanego przez Zarząd Transportu Miejskiego w Gdańsku wraz z windykacją i egzekucją należności z tytułu jazdy bez ważnego biletu - w latach 2015-2018 r.” - w tym postępowaniu rozpatrywanie reklamacji było jedynie jednym z obowiązków wykonawcy wchodzącym w zakres zamówienia (dowód: SIWZ postępowania ogłoszonego w lipcu 2014 r. przez ZTM w Gdańsku, numer postępowania HZ/1 I/ZP/2014);
- Zarząd Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie - pod nazwą „kontrola biletów w środkach komunikacji miejskiej i windykacja należności” - w tym postępowaniu rozpatrywanie reklamacji również było również jednym z obowiązków wykonawcy wchodzącym w zakres zamówienia (dowód: SIWZ postępowania ogłoszonego przez ZDZiT w Olsztynie, numer postępowania NP.2521.108.2015);
- Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Radomiu pod nazwą „wykonywanie kontroli biletów w autobusach komunikacji miejskiej w Radomiu” - w tym postępowaniu rozpatrywanie reklamacji było również jedynie jednym z obowiązków wskazanych w projekcie umowy (dowód: SIWZ postępowania ogłoszonego przez MZDiK w Radomiu nr 28.2015).

Powyższe ma istotne znaczenie dla kwestionowanego opisu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Skoro bowiem żaden inny zamawiający ani nie wyodrębnia tej usługi w formularzu ofertowym, jak i nie ogłasza w tym przedmiocie odrębnego przetargu (zaś usługa jest jedynie jednym z obowiązków w ramach zamówienia), to oczywiste jest, że wykonawca nie jest w stanie wykazać się doświadczeniem w tym zakresie.

Zazwyczaj wynagrodzenie, jakie ma być oszacowane przez wykonawców ubiegających się o zamówienie na kontrolę biletów i windykację należności ma charakter ryczałtowy, a zatem winno uwzględniać całość przewidywanych kosztów, jakie są niezbędne do poniesienia przez wykonawcę w celu należytej realizacji umowy. Zatem skoro nie jest to usługa podlegająca odrębnemu wynagradzaniu, to wykonawcom może sprawiać trudności oszacowanie, w ramach którego postępowania została ona zrealizowana akurat o wartości min. 200.000 złotych. Ten stan rzeczy uniemożliwia również uzyskanie od zamawiających referencji dotyczących wykonania tej usługi na określoną kwotę (skoro nie mają oni wiedzy co do jej wartości - z uwagi na brak wyodrębnienia takiego składnika w ofercie w zakresie ceny (wynagrodzenie ryczałtowe) /brak ogłaszania odrębnego zamówienia tylko w tym przedmiocie).

W rzeczywistości jedynym podmiotem, który w zakresie doświadczenia wprowadził wymóg zrealizowania usługi przyjmowania, ewidencjonowania i rozpatrywania reklamacji na kwotę 200.000 złotych i jednym zamawiającym, u którego następuje wyodrębnienie finansowe tego składnika zamówienia jest właśnie Zamawiający. W konsekwencji, możliwość wykazania się doświadczeniem dotyczącym ewidencjonowania i rozpatrywania reklamacji w celu uzyskania możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia pojawia się jedynie u tych wykonawców, którzy wcześniej świadczyli już usługi na rzecz Zamawiającego.

Na marginesie zauważyć należy, że ta wartość również uległa nieuzasadnionemu zwiększeniu (w postępowaniu z 2014 r. wynosiła 120.000 złotych).

Nie powinno ulegać wątpliwości, że wymaganie w tym zakresie nie jest powiązane w sposób bezpośredni z przedmiotem zamówienia - tj. kontrolą biletów i windykacją należności. Zamawiający wymaga natomiast, z niewiadomych względów, istnienia doświadczenia związanego z realizacją jednego tylko z obowiązków, nie zaś realizacją przedmiotowo tożsamego zamówienia. Jest to niewątpliwie tożsame ze znaczącym zawężeniem kręgu potencjalnych wykonawców, jacy mogą się ubiegać o uzyskanie zamówienia. Ten stan rzeczy narusza dyrektywy zgodnego z prawem prowadzenia postępowania przez Zamawiającego i jest tożsamy z naruszeniem wskazanych w petitum przepisów dotyczących nieadekwatnego, nieproporcjonalnego sformułowania przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Dodatkowo, podnieść należy, że Zamawiający sformułował w sposób nadmierny wymaganie dotyczące konieczności wykazania się przez wykonawców potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w postaci średniorocznego zatrudnienia na podstawie umowy o pracę (pełny etat) co najmniej 50 osób, w tym co najmniej 35 kontrolerów biletów.

Zamawiający wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu w Sekcji III, punkcie III.2.3) (Kwalifikacje techniczne), że *wykonawca winien wykazać, iż średniorocznie zatrudniał na umowę o pracę (pełny etat) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a w przypadku gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie - co najmniej 50 osób, w tym co najmniej 35 kontrolerów biletów.* Wymaganie to zostało powielone w Rozdziale I punkcie 6.2.2.2. SIWZ w punkcie poświęconym potencjałowi technicznemu oraz osobom zdolnym do wykonania zamówienia.

W ocenie Odwołującego wymaganie, aby wykonawcy zatrudniali średniorocznie 50 osób tylko i wyłącznie na podstawie umowy o pracę (w ramach pełnego etatu) jest niczym nieuzasadnione i nadmierne. Brak jest przekonującej przyczyny, dla której warunek ten nie może być spełniony w oparciu o stosunek cywilnoprawny. Nie ulega wątpliwości, że zarówno w ramach umowy o pracę, jak i umowy cywilnoprawnej (umowy o świadczenie usług, umowy o dzieło) rodzaj wykonywanych obowiązków jest i będzie ten sam. Zatem z punktu widzenia Zamawiającego nie powinno mieć znaczenia, czy obowiązki były wykonywane w ramach umowy o pracę czy umowy cywilnoprawnej. Mamy bowiem do czynienia z wykonywaniem tożsamyh obowiązków. Natomiast istniejące różnice występujące pomiędzy „zatrudnieniem” na obu tych podstawach (dotyczące np. ochrony trwania stosunku pracy) nie mają jakiegokolwiek przełożenia dla spełnienia przez wykonawców przedmiotowego warunku.

Pozostawienie tego warunku w obecnym brzmieniu narusza zasady kreowania warunków udziału w postępowaniu. Warunek ten i opis jego spełnienia w obecnym kształcie jest nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego i niezwiązany z przedmiotem zamówienia. W ocenie Odwołującego sposób jego sformułowania narusza zasadę równego traktowania wykonawców i tym samym zasady uczciwej konkurencji. Należy bowiem wskazać, że wymaganie dotyczące średniorocznego zatrudnienia na podstawie umowy o pracę wprowadziło dwóch zamawiających - PKP SKM w Trójmieście sp. z o.o. oraz Zarząd Transportu Miejskiego w Gdańsku. Jedynym podmiotem, który do tej pory uzyskiwał zamówienia udzielane przez te podmioty na kontrolę biletów i windykację należności jest wskazana już powyżej spółka - Zakłady Wielobranżowe Renoma sp. z o.o. To oznacza, że Zamawiający pozostawiając taki sposób oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu zawęża krąg potencjalnych wykonawców w postępowaniu, co narusza niewątpliwie dyrektywy prowadzenia postępowania przetargowego.

Ponownie wskazać należy, że warunki udziału w postępowaniu mają na celu weryfikację posiadania przez wykonawców m.in. potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia, zapewniających należyte wykonanie umowy. Z tego też względu uznać należy, że wystarczające byłoby wymaganie, aby wykonawca wykazał się średniorocznym zatrudnieniem 50 osób nie tylko w ramach umowy o pracę, ale również w ramach stosunku równorzędnego - tj. cywilnoprawnego stosunku umownego. W konsekwencji, warunek ten winien ulec modyfikacji poprzez wskazanie, że podstawą takiego zatrudnienia może być obok umowy o pracę także umowa cywilnoprawna.

Dodać również należy, że Zamawiający wymaga w Sekcji III, punkt III.2.3. ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale I punkcie 6.2.2.1 SIWZ przy opisie warunku udziału w postępowaniu oraz sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego oraz osób niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia od wykonawcy, aby na dzień składania oferty *wykonawca wykazał, że będzie dysponował minimum 60 osobami (w tym 45 kontrolerami), z czego co najmniej 31 kontrolerów winno posiadać zatrudnienie w oparciu o umowę o pracę na pełny etat, natomiast pozostali kontrolerzy biletów mają być zatrudnieni w wymiarze przynajmniej 3/4 etatu.*

W ocenie Odwołującego wymaganie w tym względzie  $\frac{3}{4}$  etatu w odniesieniu do części kontrolerów jest nadmierne. Wskazać należy, że Zamawiający już wymaga od wykonawców zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy minimum 31 kontrolerów. To powoduje, że wystarczającym będzie, aby pozostała część kontrolerów była zatrudniona w wymiarze  $\frac{1}{4}$  etatu. Związane jest to z jednej strony z brakiem uzasadnionej potrzeby, dla której tak duża liczba kontrolerów miałaby być zatrudniona na prawie cały etat (przy i tak już obligatoryjnym pełnym etacie dla 31 kontrolerów), zaś z drugiej uwzględnienia faktu potencjalnego świadczenia pracy przez kontrolerów w innych miejscach. To w ocenie Odwołującego czyni zasadnym zarzut oraz wnioski odwołania w tym zakresie.

Z tych samych względów należy zmienić wymaganie wskazane w projekcie umowy - § 2 ust. 8, aby 30 % kontrolerów musiało mieć umowę o pracę na minimum  $\frac{3}{4}$  etatu (stąd wnioski o zmianę w tym zakresie poprzez umożliwienie zatrudniania 30 % kontrolerów oparciu o umowę o pracę na min.  $\frac{1}{4}$  etatu).

Kolejnym uchybieniem Zamawiającego przy formułowaniu dokumentacji przetargowej jest sposób sformułowania postanowień przyszłej umowy zawieranej z wykonawcą, dotyczący kar umownych, a mianowicie § 15 ust. 1 od pkt 1) do pkt) 12 projektu umowy (Rozdział V SIWZ).

Na gruncie art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp umowa w sprawie zamówienia publicznego może być kształtowana wedle zasad ogólnych wynikających z Kodeksu



Cywilnego. Oznacza to, że strony mogą dowolnie ułożyć stosunek umowny, byleby jego treść bądź cel nie sprzeciwiał się ustawie, zasadom współżycia społecznego bądź właściwości stosunku prawnego. Nie ma przeszkód, aby Zamawiający w projekcie umowy wprowadził tzw. zryczałtowane odszkodowanie w razie naruszenia przez wykonawcę określonego obowiązku umownego (oczywiście takiego o niepieniężnym charakterze). Niemniej, wprowadzenie kary umownej może nastąpić jedynie w razie możliwości wywołania danym naruszeniem szkody po stronie wierzyciela. Nadto, wysokość kary winna odpowiadać przewidywanej przez Zamawiającego szkodzie związanej z danym naruszeniem. W przeciwnym razie może się okazać, że zastrzeżone zryczałtowane odszkodowanie będzie wykraczać poza swobodę kontraktowania i będzie skutkowało koniecznością uznania postanowienia go zastrzegającego za nieważne na podstawie art. 58 kc przede wszystkim z uwagi na sprzeczność z zasadami współżycia społecznego.

Zamawiający wprowadził w projekcie umowy w § 15 szereg kar umownych, których obowiązek zapłaty obciążałby wykonawcę w razie ziszczenia się wskazanych tam przesłanek. W ocenie Odwołującego postanowienia projektu umowy w tym zakresie w sposób rażąco naruszają art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16) Pzp w zw. z art. 483 § 1 oraz z art. 484 § 2 kc w zw. z art. 353<sup>1</sup> kc oraz w zw. z art. 5 kc albowiem kreują po stronie Zamawiającego uprawnienie do żądania zapłaty kwot oderwanych od możliwości poniesienia szkody, a z „ostrożności procesowej” nieadekwatnych w stosunku do przedmiotu, rodzaju i charakteru zamówienia i naruszeń, na wypadek których zostały zastrzeżone, co mogłoby prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy.

Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r. (sygn. akt I ACa 26/14 „ocenę, czy kara w danym przypadku jest rażąco wygórowana w rozumieniu art. 484 § 2 kc. należy dokonać w kontekście całokształtu okoliczności sprawy, a zatem uwzględniając przedmiot umowy, okoliczności, na jakie kara umowna została zastrzeżona, cel tej kary, sposób jej ukształtowania, okoliczności, w jakich doszło do sytuacji uzasadniającej naliczenia kary, wagę i zakres nienależytego wykonania umowy, stopień winy, charakter negatywnych skutków dla drugiej strony itp.” Zastrzegane w umowach o zamówienie publiczne kary umowne winny zmierzać do zabezpieczenia należytego wykonania umowy i pozostawać w związku z zasadniczymi obowiązkami wykonawcy, wynikającymi z przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego, postanowienia projektu umowy dyrektywy tej nie spełniają.

Na mocy § 15 ust. 1 pkt 1) projektu umowy wykonawca byłby zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej w wysokości 500.000 złotych w razie rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. To postanowienie jest tożsame z zastrzeżeniem oderwanej od szkody, a z „ostrożności procesowej” rażąco wygórowanej

kary umownej, niedostosowanej do potencjalnej szkody i prowadzącej do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego. Rozwiązanie umowy niekoniecznie musi prowadzić do powstania po stronie Zamawiającego szkody (a to w kontekście postanowień projektu umowy oznacza, że obowiązek jej uiszczenia powstawałby niezależnie od faktu powstania szkody [co uznać należy za niedopuszczalne]). Niezależnie od tego wskazać należy, że wysokość kary w tym kształcie bezzasadnie abstrahuje od momentu, w którym następuje naruszenie obowiązku uzasadniające rozwiązanie umowy oraz od zakresu zrealizowanej już przez wykonawcę usługi. Tymczasem w ocenie Odwołującego relewantna winna być okoliczność, czy ewentualne rozwiązanie umowy następuje na początku, czy też pod koniec obowiązywania umowy.

Pamiętać należy, że nawet w razie rozwiązania umowy Zamawiający będzie mógł zaspokoić swój interes organizując kolejne postępowanie, czy to w trybie konkurencyjnym czy też w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 Pzp.

W konsekwencji, w ocenie Odwołującego postanowienie zastrzegające obowiązek zapłaty kary na wypadek rozwiązania umowy jest oderwane od możliwości poniesienia szkody przez Zamawiającego i winno być usunięte z projektu umowy. Z ostrożności procesowej, w razie przyjęcia dopuszczalności wprowadzenia kary umownej tego typu, wprowadzenie przez Zamawiającego obowiązku zapłaty kary umownej w wysokości 500.000 złotych należy uznać za zastrzeżenie rażąco wygórowanej kary umownej, zaś skorzystanie przez Zamawiającego z tak sformułowanej kary umownej byłoby czynieniem przez Zamawiającego użytku ze swego prawa w sposób sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa oraz zasadami współżycia społecznego.

Zastrzeżenie rażąco wygórowanej kary umownej należy uznać za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i uprawnia wniosek o uznanie za nieważne takiego postanowienia na podstawie art. 58 kc. To czyni zasadnym wniosek o konieczności wykreślenia takiego postanowienia z projektu umowy. Z ostrożności procesowej, na wypadek uznania skuteczności takiego postanowienia wskazać należy, że w ocenie Odwołującego, ewentualna kara umowna, jaka byłaby uzasadniona w razie rozwiązania umowy z przyczyn dotyczących Zamawiającego winna wynosić 200.000 złotych.

Wskazać jednocześnie należy, że Zamawiający naruszył również powyżej określone zasady dotyczące kar umownych, wprowadzając postanowienia § 15 ust. 1 pkt 2) do 12) w projekcie umowy. Wynika to z faktu, że kary te zostały zastrzeżone w oderwaniu od możliwości powstania po stronie Zamawiającego jakiegokolwiek szkody, a nadto, zastrzeżone na wypadek naruszenia obowiązków niemających charakteru zasadniczego, niezwiązanych bezpośrednio z przedmiotem zamówienia. Z tego względu postanowienia te (wraz z ust. 2 oraz 3 projektu umowy jako nawiązujących do kar umownych) winny być usunięte z projektu

umowy, względnie kara umowna winna być obniżona w sposób wskazany w petitum odwołania.

Nie sposób znaleźć uzasadnienie dla zastrzeżenia kary umownej w wysokości 300.000 złotych za nieprzystąpienie przez wykonawcę do realizacji umowy w dniu następnym po dniu określonym w § 16 umowy. W ocenie Odwołującego jest to kara oderwana od możliwości poniesienia szkody wskutek np. jednodniowego opóźnienia, w związku z czym konieczne jest wykreślenie postanowienia w tej mierze.

Wskazać również należy, że wprowadzenie kary umownej w wysokości 40.000 złotych za niewypracowanie wymaganej zgodnie z Ramowym harmonogramem pracy zespołów kontrolnych liczby roboczogodzin (§ 15, ust. 1 pkt 3) projektu umowy) jest nieuzasadnione. Wskazać należy, że nawet w razie nie wypracowania liczby roboczogodzin Zamawiający nie poniósłby żadnej szkody, w związku z czym konieczne jest wykreślenie postanowienia w tej mierze. Dodatkowo, to Zamawiający byłby podmiotem układającym ramowy harmonogram pracy zespołów, co powoduje, że niedotrzymanie liczby roboczogodzin mogłoby nastąpić nawet przy dołożeniu należytej staranności przez wykonawcę. To oznaczałoby, że obowiązek zapłaty przedmiotowej kary umownej abstrahuje od ogólnych zasad odpowiedzialności wykonawcy za potencjalne naruszenie (oderwanie odpowiedzialności od zawinienia), co czyni koniecznym wyeliminowanie tej kary umownej z projektu umowy.

Trudno również uznać za uzasadnioną karę umowną wysokości 10.000 złotych za każdy przypadek pełnienia przez kontrolera czynności pod wpływem alkoholu lub środków odurzających. W ocenie Odwołującego, przypadek pełnienia przez kontrolera czynności w ww. stanie nie rodziłby po stronie Zamawiającego jakiegokolwiek uszczerbku majątkowego podlegającego naprawieniu.

Usprawiedliwienia nie znajduje również zastrzeżenie przez Zamawiającego kary umownej w wysokości 2.500 złotych za każdy przypadek niespełnienia przez wykonawcę wymagań w stosunku do pracowników realizujących zadania kontrolne, jak i zastrzeżenie kary umownej w wysokości 2.000 złotych za każdy przypadek braku możliwości dokonania zapłaty przez podróżnego w pociągu za pomocą karty płatniczej (§ 15 ust. 1 pkt 5 oraz 6) projektu umowy). Nawet w razie wystąpienia tych sytuacji trudno uznać, że Zamawiający mógłby ponieść jakąkolwiek szkodę pozostającą w związku przyczynowym ze wskazanymi naruszeniami. W związku z tym konieczne jest wykreślenie postanowień projektu umowy w tej mierze. Tożsamy wniosek należy odnieść do dopuszczalności zastrzeżenia kary umownej w wysokości 1.000 złotych w razie zaistnienia naruszeń wskazanych w § 15 ust. 1 pkt 7,8, 9, 12) projektu umowy. Naruszenia tam wskazane w ocenie Odwołującego nie mają zdolności wywołania po stronie Zamawiającego uszczerbku majątkowego podlegającego

naprawieniu. W związku z tym konieczne jest wykreślenie postanowień projektu umowy w tej mierze.

Nie można zaaprobować również kary umownej zastrzeżonej na wypadek zamknięcia punktu obsługi reklamacji, uregulowanej w § 15 ust. 1 pkt 10) projektu umowy. W ocenie Odwołującego nawet zamknięcie punktu reklamacji nie wywoła uszczerbku po stronie Zamawiającego. Odnosząc się z kolei do kary umownej wskazanej w pkt 11) to nie ulega wątpliwości, że wykreślenie dłużnika z bazy KRD lub BIG InfoMonitor w terminie 14 dni od dnia spłaty dokonywane jest przedmiotem prowadzący rejestr, nie zaś przez samego wykonawcę (który rzecz jasna takiego rejestru nie prowadzi). W konsekwencji, wykonawca nie ma wpływu na moment wykreślenia dłużnika z bazy po złożeniu wniosku o wykreślenie. W związku z tym skoro jest to okoliczność niepozostająca w sferze jego wpływów, to zastrzeżenie w tej sytuacji kary umownej jest nieuprawnione (zmienia zasady odpowiedzialności w tej mierze, wprowadzając odpowiedzialność w oderwaniu od zawinienia).

Powyższe okoliczności uprawniają do wniosku, że w związku z zastrzeżeniem rażąco wygórowanych kar umownych postanowienia te musiałyby być uznane za nieważne na podstawie art. 58 kc. jako sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i uzasadniałoby konieczność ich wykreślenia z projektu umowy. Z „ostrożności procesowej” wskazać należy, że na wypadek uznania przez Izbę, iż wprowadzenie przez Zamawiającego obowiązku zapłaty kar umownych wskazanych w punkcie 2) do 12) projektu umowy było dopuszczalne, to uznać należy, że winny być one obniżone w sposób wskazany w petitum odwołania, albowiem wskazane tam wartości mają powiązanie z ewentualną szkodą, jaką Zamawiający mógłby ponieść. Utrzymanie tychże kar w wysokości określonej w § 15 projektu umowy byłoby niewątpliwie tożsame z sanowaniem ich rażącej nieadekwatności, wygórowania, znacznego przewyższenia potencjalnej szkody, jaką mógłby ponieść Zamawiający. Kara umowna z samej swej istoty winna mobilizować drugą stronę do należytego wykonywania obowiązków, ale nie może być źródłem zarobku. To czyni zasadnym zarzuty i wnioski odwołania w tym względzie.

W ocenie Odwołującego Zamawiający w sposób nieuprawniony skorzystał w prowadzonym postępowaniu z prawa opcji, umożliwiając sobie tym samym przedłużenie czasu trwania umowy o kolejne 24 miesiące.

W ogłoszeniu o zamówieniu (sekcja II ogłoszenia, punkt II.2.2) Informacje o opcjach; postanowienie to zostało powielone w Rozdziale I, pkt 5 SIWZ) Zamawiający oświadczył przy określaniu czasu trwania zamówienia, że:

*„Umowa gwarantowana w zakresie przedmiotu zamówienia opisanego w pkt. 4.1.1 - 4.1.15 SIWZ na okres realizacji 12 miesięcy (dwunastu) od dnia jej zawarcia, przy czym nie*

wcześniej niż od 1 stycznia 2016 roku z przysługującym Zamawiającemu prawem opcji przedłużenia czasu trwania umowy o kolejne 24 miesiące. Prawo opcji zostanie wykonane poprzez oświadczenie Zamawiającego złożone na piśmie, nie później niż w terminie do 30 września 2016 roku. Zamawiający złoży oświadczenie o korzystaniu z prawa opcji w sytuacji gdy zaistnieje taka potrzeba oraz gdy posiadać będzie środki na sfinansowanie zamówienia w zakresie objętym opcją. W razie nie złożenia powyższego oświadczenia w terminie do 30 września 2016 roku, Wykonawca może uważać, że Zamawiający nie korzysta z prawa opcji. W oświadczeniu Zamawiający wskaże okres, o który wydłuża czas trwania zamówienia (umowy). Realizacja przedmiotu zamówienia w zakresie opisanym w pkt. 4.1.16 SIWZ, tj. windykacja należności powstałych w trakcie realizacji umowy będzie świadczona przez Wykonawcę od daty zawarcia umowy, przez okres realizacji przedmiotu zamówienia opisanego w pkt. 4.1.1 — 4.1.15 SIWZ przedłużony o okres 24 miesięcy.”

W ocenie Odwołującego tak skonstruowane postanowienie dotyczące czasu trwania umowy jest niedopuszczalne w ramach tzw. prawa opcji, albowiem stanowi obejście regulacji poświęconej zamówieniom uzupełniającym. Udzielenie zamówienia o tożsamej treści co zamówienie podstawowe winno zasadniczo nastąpić w trybie tzw. zamówienia uzupełniającego.

Wskazać należy, że tzw. prawo opcji nie jest konstrukcją posiadającą wyczerpującą regulację w Pzp. Wprost o prawie opcji stanowi jedynie np. 34 ust. 5 Pzp, nakazujący uwzględnienie przy określaniu wartości zamówienia ewentualne zamówienie związane z wykonaniem prawa opcji.

W orzecznictwie wskazuje się, że opcja to prawo podjęcia decyzji lub dokonania wyboru. W przypadku zamówień publicznych chodzi np. o prawo wykonania usługi najmu rzeczy ruchomej z opcją nabycia przedmiotu najmu czy też prawo odkupienia przedmiotu zamówienia, przy czym zasadniczo przedmiot zamówienia stanowi w pierwszym przykładzie najem a w drugim leasing rzeczy ruchomej Wskazuje się również, że przedmiot prawa opcji ma być nietożsamy z przedmiotem zamówienia podstawowego.

Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, „trudno uznać za słuszny pogląd konstytuujący prawo opcji jako prawo do rozszerzenia zakresu zamówienia o przedmiot tożsamy z zamówieniem podstawowym o nieograniczony wolumen lub czas, bez konieczności stosowania ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz jakichkolwiek przesłanek uzasadniających takie działanie. Nie jest w szczególności prawem opcji przedłużenie okresu trwania umowy, gdyż nie zastrzega dla zamawiającego prawa do późniejszej decyzji, czy z danego zamówienia skorzystać, a zmienia jedynie okres, w którym zamawiający skorzysta z zamówienia podstawowego. W związku z tym uznać należy, że prawo opcji to prawo do rozszerzenia zamówienia podstawowego o pewne usługi lub dostawy, które towarzyszą zamówieniu podstawowemu, a co do których zamawiający na

*etapie wszczęcia postępowania nie podjął decyzji, czy będzie z nich korzystał. Zamawiający, zastrzegając prawo opcji, może skorzystać z możliwości rozszerzenia zamówienia o konkretny przedmiot, co do zasady nietożsamy z przedmiotem zamówienia, jednakże każdorazowo ściśle z nim związany, bądź też zamienić określoną część zamówienia na inne, również ściśle określone, pozostające w związku z zamówieniem podstawowym. Skorzystanie z prawa opcji nie może bowiem stanowić obejścia przepisów prawa zamówień publicznych poprzez rozszerzanie przedmiotu zamówienia o dostawy lub usługi tożsame z przedmiotem zamówienia dzięki jednostronnemu oświadczeniu zamawiającego woli zwiększenia wolumenu zamówienia bądź wydłużenia czasu trwania umowy”* (tak: M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych, komentarz, Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. [www.lex.pl](http://www.lex.pl)).

Z powyższego wynika, że prawo opcji dotyczyć może jedynie zasadniczo rozszerzenia zamówienia o konkretny przedmiot - zasadniczo nietożsamy z zamówieniem podstawowym. Udzielenie bowiem zamówienia tożsamego pod względem przedmiotu z zamówieniem podstawowym spełnia zasadniczo przesłanki z art. 67 Pzp ust. 6 lub ust. 7 Pzp - tzw. zamówienia uzupełniającego. Z kolei udzielenie zamówienia uzupełniającego musi spełniać określone warunki i może nastąpić w razie spełnienia się przesłanek tam wskazanych.

W świetle powyższego uprawniony jest wniosek, że wprowadzenie przez Zamawiającego prawa opcji co do możliwości przedłużenia terminu obowiązywania umowy jest, po pierwsze, sprzeczne z cechami konstrukcyjnymi tej instytucji (wymagany brak tożsamości z przedmiotem zamówienia), jak i prowadzi do obejścia przepisów o zamówieniach uzupełniających.

Zauważyć należy, że Zamawiający w sposób wyjątkowo nieprecyzyjny określił warunki, w jakich będzie ewentualnie składał oświadczenie o zamiarze skorzystania z prawa opcji. Oznaczył wprawdzie termin końcowy wykonania uprawnienia, tj. 30 września 2016 r., niemniej przesłanki, jakie mają nim kierować są sformułowane bardzo szeroko - „gdy zaistnieje taka potrzeba” oraz „gdy zamawiający posiadać będzie środki na sfinansowanie zamówienia w zakresie objętym opcją”. Zauważyć również należy, że Zamawiający wcale nie musiałby korzystać z prawa do przedłużenia czasu trwania umowy o pełne 24 miesiące, skoro w oświadczeniu o skorzystaniu z prawa opcji miałby wskazywać okres, o który wydłużony byłby okres obowiązywania umowy.

To może wywoływać wątpliwość odnośnie do motywów, jakimi będzie się kierował Zamawiający przy podejmowaniu decyzji odnośnie do wykonania prawa z opcji i tym samym wywołuje wątpliwość co do równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji (tj. czy Zamawiający skorzystałby z wykonania uprawnienia z opcji

w stosunku do każdego wykonawcy, z jakim zawarłby umowę, czy tylko w stosunku do konkretnego wykonawcy).

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt) 6 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: pkt 6) w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.

W ogłoszeniu o zamówieniu w postępowaniu Zamawiający wyraźnie wskazał, że nie zamierza udzielić zamówień uzupełniających. Tymczasem Zamawiający - dostrzegając potencjalną potrzebę udzielenia przyszłemu wykonawcy dodatkowego zamówienia - winien był skorzystać z instytucji zamówienia uzupełniającego - tj. przewidzieć możliwość udzielenia zamówienia tożsamego co do przedmiotu zamówienia z zamówieniem podstawowym. Niemniej wartość zamówienia uzupełniającego mogłaby wynieść maksymalnie 50 % wartości zamówienia podstawowego. Tymczasem w postępowaniu Zamawiający miałby możliwość udzielenia zamówienia o wartości czterokrotnie przewyższającej dopuszczalny limit (przedłużenie na kolejne 24 miesiące).

Podsumowując powyższą argumentację, w ocenie Odwołującego uzasadniony jest zarzut sformułowany w tym zakresie w petitum, tj. zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 34 ust. 5 Pzp w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp. Udzielaniu zamówień tożsamym co zamówienie podstawowe winna służyć instytucja zamówienia uzupełniającego. W konsekwencji, użycie zamiast tej konstrukcji tzw. prawa opcji, niesłużącego udzielaniu tożsamych zamówień w przedmiocie, jest naruszeniem wskazanych przepisów. Uznanie, że Zamawiający mógłby udzielić zamówienia uzupełniającego w tym zakresie nie zmienia powyższej konstatacji. Prawo opcji w postępowaniu zostało bowiem przyznane co do możliwości przedłużenia trwania umowy o 24 miesiące, podczas gdy zamówienie uzupełniające mogłoby de facto dotyczyć jedynie 6 miesięcy (max. 50 % wartości zamówienia podstawowego).

Kwestionowane postanowienie wywołuje również wątpliwości co do ostatecznego zakresu zamówienia i tym samym świadczy o niejasnym, nieprecyzyjnym opisie terminu wykonania zamówienia i takim również opisie przedmiotu zamówienia w kontekście czasu trwania zamówienia. To Zamawiający byłby tym podmiotem, który decydowałby o skorzystaniu z tego prawa i o zakresie przedłużenia umowy. Wykonawcy z kolei winny mieć pewność co do tego, kiedy (w jakich terminach) zamówienie będzie realizowane, aby

należycie przygotować się do jego wykonywania, przygotować odpowiednie zasoby, zorganizować sprawne prowadzenie działalności w tym czasie. Z kolei zamawiający winni dbać o to, aby warunki zamówienia były sformułowane w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 4) Pzp siwz winien określać termin wykonania zamówienia. Z kolei zasadniczo, zgodnie z art. 142 ust. 1 Pzp umowa zawierana jest na czas oznaczony. Tymczasem przyznanie Zamawiającemu prawa opcji w zakresie czasu trwania zamówienia narusza te przepisy, albowiem nie precyzuje czasu wykonania zamówienia, jak i nie wypełnia przymiotu „oznaczoności” na gruncie art. 142 ust. 1 Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosił jak na wstępie.

Zamawiający w złożonej pisemnej odpowiedzi na odwołanie wnosił o jego oddalenie w całości, przedstawiając w tym zakresie szczegółową argumentację.

**Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ oraz załączników do SIWZ, treści ogłoszenia o zamówieniu, dokumentów złożonych na rozprawie i załączonych do pism procesowych, włączonych w poczet materiału dowodowego, a także stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Należy bowiem wskazać, że środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i SIWZ przyjęć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu (za wyrokiem KIO z dnia 04.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10).

Izba uznała, iż zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę Windykacja PL Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie po stronie Odwołującego było skuteczne.



Izba dokonując ustaleń faktycznych odnośnie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu wzięła pod uwagę wynikające z odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz rozprawy postanowienia SIWZ i ogłoszenia, stwierdzając zarazem, że stan faktyczny pomiędzy Stronami nie był sporny, a przedmiotem sporu była ocena tego stanu faktycznego w świetle obowiązującego prawa.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie w części zasługiwało na uwzględnienie.

Z uwag natury ogólnej dostrzeżenia wymaga w ślad za orzecznictwem, że: *"(...) zasada wyrażona w przepisie art. 7 Pzp nie może być interpretowana w taki sposób, że wymaga dopuszczenia wszystkich zainteresowanych zamówieniem a wybór produktu, który należy zaoferować w ramach danego zamówienia, pozostawiony jest wykonawcom"* (tak wyrok KIO z 22.03.2012 r., sygn. akt: KIO 471/12). Zaś: *"Obowiązek przestrzegania reguł określonych w art. 29 ust. 1 i 2 Pzp nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa określić przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego potrzeby i aby uzyskać oczekiwany efekt, nawet jeśli wyklucza to możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Prawem zamawiającego jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, którego realizacja zaspokoi w najszerszym kontekście określone potrzeby społeczne"* (tak wyrok KIO z 28.03.2014 r., sygn. akt: KIO 486/14).

Izba ustaliła w zakresie warunków udziału w postępowaniu, że w Rozdziale 6 SIWZ „Warunki szczególne” Zamawiający w punkcie 6.2.2. Potencjał techniczny oraz osoby zdolne do wykonania zamówienia, określił, że:

6.2.2.1 Wykonawca winien wykazać, że na dzień składania oferty dysponuje minimum 60 osobami (45 kontrolerów biletów, 15 osób do przyjmowania ewidencjonowania i rozpatrywania reklamacji złożonych przez pasażerów z czego co najmniej 31 kontrolerów biletów ma posiadać zatrudnienie u Wykonawcy w oparciu o umowę o pracę na pełny etat natomiast pozostali kontrolerzy biletów, mają być zatrudnieni u Wykonawcy w oparciu o umowę o pracę w wymiarze przynajmniej  $\frac{3}{4}$  etatu), zdolnymi do wykonania przedmiotu zamówienia wraz z określeniem zakresu wykonywanych przez nich czynności, przy czym kontrolerzy biletów powinni spełniać wymagania wskazane w umowie stanowiącej Rozdział IV SIWZ. Zamawiający wymaga, aby na dzień złożenia oferty co najmniej 50% zatrudnianego stanu kontrolerów biletów posiadała kwalifikacje określone w § 2 ust. 1 projektu umowy stanowiącego Rozdział IV do SIWZ.

6.2.2.2 Wykonawca winien wykazać, iż średnio rocznie zatrudniał na umowę o pracę (pełny etat) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a w przypadku gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie — co najmniej 50 osób w tym co najmniej 35 kontrolerów biletów.

Z punktu 6.2.3. SIWZ Doświadczenie zawodowe, wynika, że:

6.2.3.1 Wymagane jest doświadczenie polegające na zrealizowaniu co najmniej jednego zamówienia o wartości minimum 3 000 000,00 złotych w zakresie świadczenia usług kontroli biletów w środkach publicznej pasażerskiej komunikacji, zrealizowanego w okresie ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie.

Wymagane jest również doświadczenie polegające na zrealizowaniu co najmniej jednego zamówienia o wartości minimum 200 000,00 złotych w zakresie świadczenia usług przyjmowania ewidencjonowania i rozpatrywania reklamacji złożonych przez pasażerów komunikacji publicznej zrealizowanego w okresie ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie.

Rozpoznając przedmiotowe zarzuty, dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający opisując warunki przetargu, w pierwszej kolejności ma za zadanie, a wręcz za obowiązek w taki sposób je ukształtować, aby spełniały jego (zamawiającego) cel, który musi wykazywać się szczególną dbałością o racjonalne wydatkowanie środków publicznych. Oczywiście istotnym elementem jest również takie opisanie warunków kontraktowych, które nie naruszają zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, czemu w analizowanym postępowaniu Zamawiający nie do końca sprostał, a co obligowało Izbę do stwierdzenia naruszenia właściwych przepisów. Również opis przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu czy wreszcie kryteriów oceny ofert, musi pozostawać w zgodności z obowiązującymi przepisami. Analiza zgromadzonego materiału dowodowego w sprawie, a w szczególności wyjaśnienia Zamawiającego, prowadzi do stwierdzenia, że Zamawiający ustalił warunki udziału w postępowaniu oraz wyznaczył warunki kontraktowe, w sposób, który może utrudniać wykonawcom dostęp do przedmiotowego zamówienia i możliwość skonstruowania konkurencyjnej oferty, a z drugiej strony warunki te w pewnych elementach uznać można za nadmierne i nieadekwatne do celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest wybór wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie umowy, posiadającego odpowiednie doświadczenie, a jednocześnie proponującego Zamawiającemu ofertę korzystną ekonomicznie.

Izba uznała, że określenie warunku, że wykonawca średniorocznie zatrudniał na umowę o pracę (pełny etat) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania

ofert, a w przypadku gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie — co najmniej 50 osób w tym co najmniej 35 kontrolerów biletów uznać należy za wymaganie nadmierne. Dostrzeżenia wymaga, że wykonawca nie kwestionował ilości pracowników, jaką miał wykazać przy historycznym określeniu poziomu zatrudnienia, kwestionował, że możliwość tę zawężono jedynie do umów o pracę na pełny etat. Zastrzeżeniu temu należy przyznać rację. Argumentacja przedstawiona przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie nie jest w ocenie Izby przekonywująca. Choć niewątpliwie przywołane przez Zamawiającego przepisy ustaw o swobodzie działalności gospodarczej, rachunkowości i zakładowym funduszu świadczeń socjalnych posługują się pojęciem średniorocznego zatrudnienia, to na gruncie przepisów ustawy Pzp wymaganie dotyczące potencjału osobowego i technicznego nie musi być traktowane tak rygorystycznie, że do wskaźnika tego zaliczać należy jedynie pracowników w rozumieniu przepisów prawa pracy. Niewątpliwie celem złożenia przez wykonawcę oświadczenia o średniorocznym zatrudnieniu ma być zobrazowanie kondycji organizacyjnej i logistycznej wykonawcy, a także ma ono świadczyć o tym, że Wykonawca posiada dobrze dobrany zespół. Zamawiający nie podał jednak powodów, dla których wykaz osób wykonujących czynności na rzecz wykonawcy miałby ograniczać się jedynie do osób zatrudnionych na umowę o pracę i to w perspektywie trzyletniej. Dostrzeżenia wymaga, że dane te mają mieć charakter historyczny i w ocenie Izby rozróżnienie, czy też podział na sposób, w jaki wykonawca związany był z osobami wykonującymi na jego zlecenie pewne czynności nie przekłada się na zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia. W przypadku zawierania umów o charakterze cywilnoprawnym w taki sam sposób zleceniodawca musi ponosić koszty realizacji tych umów i może egzekwować należyte wykonywanie obowiązków. Skonkretyzowanie tych obowiązków i rozliczanie z nich może być nawet silniej obwarowane negatywnymi konsekwencjami dla osoby niedotrzymującej takich obowiązków, niż w przypadku umowy o pracę. Zauważyć także należy, iż w okresie ostatnich trzech lat nie było tak dużego nacisku na unikanie powiązań umowami o innym charakterze niż umowa o pracę, a dopiero z wprowadzeniem nowelizacji przepisów ustawy Pzp w 2014 roku związanych ze społecznymi kryteriami wyboru, w tym z promowaniem zatrudnienia o pracę, pojawiło się więcej takich postępowań, które do takiego kryterium się odnoszą. Jeżeli zaś Zamawiający chce promować umowy o pracę, to służą temu celowi kryteria oceny ofert (na marginesie tylko – właśnie z tym elementem społecznym w postępowaniu prawidłowo związane). Badanie kondycji przedsiębiorcy w ujęciu historycznym natomiast w ocenie składu orzekającego Izby nie wymaga ograniczania średniorocznego zatrudnienia do umów o pracę. Nie jest też tak, że w przypadku umów cywilnoprawnych nie można w takiej umowie określić zasad poległości i konieczności wykonywania obowiązków osobiście. Nawet zaś duża rotacja w zespole osobowym w przeszłości, w zestawieniu z koniecznością przy przedmiotowej umowie

zatrudnienia osób na umowę o pracę, nie przełoży się w sposób negatywny na wykonywanie przyszłego zobowiązania, albowiem wykonawca chcąc ubiegać się o przedmiotowe zamówienie będzie musiał zdecydować się na zatrudnienie na umowę o pracę, co jednocześnie zagwarantuje Zamawiającemu tak pożądanym przez niego stabilnym zespołem kontrolerów. Jeżeli zaś przedsiębiorca ponosił koszty osobowe (nawet z różnych podstaw nawiązania stosunku zależności), to nie ma podstaw zakładać, że do ich ponoszenia nie będzie zdolny przy realizacji przedmiotowej umowy, przy założeniu że będzie to umowa o pracę.

Z tych powodów nakazano usunięcie z punktu 6.2.2.2 SIWZ i odpowiedniego punktu ogłoszenia o zamówieniu zapisów o zatrudnieniu na umowę o pracę na pełny etat.

Odnosząc się natomiast do pierwszej części przedmiotowego warunku, gdzie Zamawiający wymaga, aby pozostali kontrolerzy biletów byli zatrudnieni u Wykonawcy w oparciu o umowę o pracę w wymiarze przynajmniej  $\frac{3}{4}$  etatu na dzień składania ofert, to uwzględniając potrzeby Zamawiającego, przyznać należy w tym miejscu rację Zamawiającemu, że z uwagi na wymogi ilościowe niezbędnych kontroli biletów do wykonania może on wymagać dysponowania określoną liczbą osób zatrudnionych na określonej części etatu. Poczynione przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie wyliczenia związane z czasem pracy osób zatrudnionych na umowę o pracę i liczbą kontroli do wykonania wskazują, że Zamawiający nie zawyżył swoich wymogów odnośnie ilości osób i wielkości etatu w stosunku do obowiązków koniecznych do wykonania. Przy ustaleniu, że wykonawca ma zrealizować 72 000 godzin kontroli biletów rocznie liczba kontrolerów, którzy mają być zatrudnieni na  $\frac{3}{4}$  etatu nie jest nadmierna i pozwala prawidłowo realizować obowiązki umowne. Takie ustalenie poziomu warunku oznacza, że Zamawiający prawidłowo oszacował niezbędne minimum zasobów ludzkich potrzebne do realizacji przedmiotowego kontraktu.

Izba nie uwzględniła również wniosków Odwołującego o zmianę warunku udziału w postępowaniu, który odnosi się do wiedzy i doświadczenia w realizacji co najmniej jednego zamówienia o wartości minimum 3 000 000 zł w zakresie świadczenia usług kontroli biletów w środkach publicznej pasażerskiej komunikacji oraz możliwości wykazania posiadania owego doświadczenia przez sumowanie do 3 000 000 zł umów o mniejszej wartości.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia, poprzez ustanowienie wymogu legitymowania się zrealizowaniem usług tożsamyh z przedmiotem zamówienia spełnia pierwszą z przesłanek określonych art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, tj. jest związane z przedmiotem zamówienia. Zamawiający żąda bowiem doświadczenia w realizacji takich samych rodzajowo usług, jakie zamierza zlecić w wyniku przeprowadzenia przetargu.

Głębszej analizie wymaga natomiast kwestia proporcjonalności postanowionych w SIWZ wymogów do przedmiotu zamówienia. Rozstrzygając sprawę Izba wzięła pod uwagę cel, jaki przyświeca określeniu wymogów w zakresie wiedzy i doświadczenia, tj. dopuszczenie do postępowania wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania przedmiotu przyszłej umowy oraz wyeliminowanie wykonawców, co do których zachodzi prawdopodobieństwo, że nie będą zdolni do prawidłowej realizacji zamówienia.

Problemem, jaki powstaje na gruncie określania wymogów w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz ich adekwatności do przedmiotu zamówienia, jest ryzyko zawężenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie, co ma bezpośrednie przełożenie na zachowanie konkurencji. Ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy – w ocenie Izby – uznać za dopuszczalne w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Konieczne jest zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji.

W ocenie Izby owa nieproporcjonalność nie ma miejsca w przypadku kwestionowanego warunku udziału. Jak wynika z ustaleń wartości szacunkowej zamówienia kwota, którą obecnie uiszcza Zamawiający za realizację usługi kontroli biletów wynosi około 3 000 000,00 zł rocznie (369 000,00 zł miesięcznie). Uznać zatem należy, że Zamawiający żąda legitymowania się doświadczeniem na poziomie obecnie funkcjonującego. Odnośnie rozważań Odwołującego o poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia, że doświadczenie określono na poziomie 1 500 000,00 zł, to zauważyć należy, że Zamawiający złożył wyczerpujące wyjaśnienia, co wpłynęło na powiększenie kwoty a tym samym na obowiązek ustalenia doświadczenia na wyższym poziomie. Jeżeli bowiem Zamawiający w 2015 roku zrealizował większy zakres usług niż w 2014 roku i przeprowadził większą ilość kontroli, to może oczekiwać, że o zamówienie ubiegać się będą wykonawcy, którzy zwiększonemu zakresowi obowiązków sprostają.

Odnośnie sugerowanej możliwości sumowania różnych doświadczeń z kilku umów, tak aby łącznie dawały one kwotę 3 000 000 zł, Izba zauważa, że nawet w zakresie usług o charakterze masowym i powtarzalnym inaczej realizuje się wiele umów na nieznacznej wartości, a innych umiejętności i zaangażowania (technicznego i personalnego) wymaga obsługa 3 000 000 kontraktu. Zdobycie doświadczenia przy kontroli umów u małych i średnich przewoźników nie przekłada się na obsługę dużego przewoźnika, który wymaga

większej ilości pracowników do samych czynności kontrolnych, obsługi pionu ewidencji i windykacji, obsługi punktów dla pasażerów. Celem przepisów dotyczących kwalifikacji podmiotowej jest sprawdzenie, czy wykonawca pragnący zrealizować zamówienie publiczne ma stosowne doświadczenie i wiedzę w danym zakresie. Kwestią kluczową dla Zamawiającego dokonującego wyboru jest przeanalizować jakie umowy w przeszłości realizował wykonawca i jak poradził sobie z ich realizacją. Niewątpliwie mogą zdarzyć się sytuacje, w których wykonywanie kilku umów może potwierdzić posiadanie niezbędnego doświadczenia, jednakże każdy przypadek wymaga odrębnej analizy. W orzecznictwie europejskim dopuszcza się wykazywanie się niezbędnym doświadczeniem przez zrealizowanie dwóch lub więcej zamówień na określoną kwotę, stanowiących w ujęciu formalnym odrębne zobowiązania umowne, o ile na podstawie tych umów realizowane było jedno zamówienie w ujęciu funkcjonalnym. Biorąc pod uwagę charakter świadczonych usług, w ocenie Izby każda zawierana przez wykonawcę umowa w przedmiocie kontroli biletów jest odrębnym funkcjonalnie zobowiązaniem, dlatego sumowanie doświadczenia z wielu umów nie można uznać za dopuszczalne. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w ocenie Izby możliwe było ustalenie niezbędnego doświadczenia na poziomie jaki wskazał Zamawiający.

Izba uznała natomiast za nadmierny i nieadekwatny warunek dotyczący konieczności wykazania się doświadczeniem w zakresie świadczenia usług przyjmowania i ewidencjonowania na kwotę 200 000 zł. Nie zaprzeczając okoliczności, że jest to jeden z ważniejszych elementów zamówienia, zważywszy na wartość całego postępowania w zakresie usług kontroli i windykacji, nie można nie stwierdzić, że jest to element kluczowy dla całego zamówienia. Niewątpliwie Zamawiający wystawia dużą liczbę wezwań, być może nawet większą niż inni zamawiający, ale właśnie specyfika działalności Zamawiającego nie powinna decydować o możliwości złożenia oferty w postępowaniu przez zainteresowanych wykonawców. Dopuszczalne byłoby wymaganie posiadania doświadczenia w zakresie wykonywania usług kontroli biletów, które obejmują jednocześnie usługi ewidencyjne bez szczególnego wyróżniania wartości tych usług. Tym bardziej, co podkreślali w odwołaniu i na rozprawie Odwołujący i Przystępujący czynności ewidencjonowania zazwyczaj idą w parze z czynnościami kontrolnymi, przez innych Zamawiających traktowane są jako jeden z obowiązków związanych z wykonywaniem kontroli, bez szczególnego wyróżnienia przy płatnościach i referencjach. Zamawiający dowodów przeciwnych nie przedstawił. Tym bardziej element ten nie może warunkować udziału w postępowaniu, skoro jego potwierdzeniem ma być jedynie oświadczenie wykonawcy, z wyliczoną przez niego kwotą za ewidencjonowanie. Jak pokazuje doświadczenie Zamawiającego z ubiegłych lat weryfikacja prawdziwości takich informacji może być utrudniona, z uwagi na niemożliwość lub utrudnioną

możliwość potwierdzenia wartości przez innych Zamawiających. Efekt, który Zamawiający chce osiągnąć, a mianowicie prawidłowe prowadzenie ewidencji umożliwiającej skuteczniejsze prowadzenie windykacji i sprawne rozpatrywanie reklamacji może zostać szczegółowo opisany w warunkach umownych i obwarowany karami za naruszanie tych obowiązków.

Z tych powodów nakazano wykreślenie z punktu 6.2.3.1 SIWZ i odpowiednich punktów ogłoszenia o zamówieniu zdania drugiego, odnoszącego się do doświadczenia przyjmowania ewidencjonowania i rozpatrywania reklamacji.

Zgodnie z § 15 wzoru umowy „Kary umowne”, Zamawiający przewidział następujące kar umowne:

1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w wysokości:
  - 1) 500 000,00 zł za rozwiązanie umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy;
  - 2) 300 000,00 zł za nieprzystąpienie przez Wykonawcę do realizacji umowy w dniu następnym po dniu określonym w § 16 niniejszej umowy;
  - 3) 40 000 zł za nie wypracowanie wymaganej zgodnie z Ramowym Harmonogramem pracy Zespołów kontrolnych, liczby roboczogodzin kontroli, przy czym karę stosuje się, jeśli liczba zrealizowanych roboczogodzin kontroli jest mniejsza od liczby zaplanowanej o 20% lub więcej;
  - 4) 10 000,00 zł za każdy stwierdzony przypadek pełnienia przez kontrolera czynności pod wpływem alkoholu lub substancji odurzających;
  - 5) 2 500,00 zł za każdy przypadek nie spełnienia przez Wykonawcę wymagań w stosunku do wyboru pracowników realizujących zadania kontrolne zgodnie z § 2 niniejszej umowy, w tym w przypadku negatywnej oceny pracownika w ramach działań „tajemniczego klienta”;
  - 6) 2 000,00 zł za każdy przypadek braku możliwości dokonania zapłaty przez podróżnego w pociągu za pomocą karty płatniczej, o której mowa w § 3 niniejszej umowy
  - 7) 1 000,00 zł za każdy przypadek naruszenia postanowień:
    - a) za każdy przypadek naruszenia postanowień rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. nr 1371/2007 w sprawie praw i obowiązków pasażerów w ruchu kolejowym;
    - b) ustawy z dnia 16 grudnia 2010 roku o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. z 2015 r. poz. 1440),
    - c) ustawy z dnia 15 listopada 1984 r. – Prawo Przewozowe (Dz. U. z 2015 r. poz. 915), w szczególności art. 33a ustawy Prawo Przewozowe,

- d) ustawy z dnia 20 czerwca 1992 r. o uprawnieniach do ulgowych przejazdów środkami publicznego transportu zbiorowego (Dz. U. z 2012 r. poz. 1138 z późn. zm.),
- e) rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 20 stycznia 2005 r. w sprawie sposobu ustalania wysokości opłat dodatkowych z tytułu przewozu osób, zabranych ze sobą do przewozu rzeczy i zwierząt oraz wysokości opłaty manipulacyjnej (Dz. U. Nr 14 poz. 117 z 2005 r.),
- f) Regulaminu przewozu osób, rzeczy i zwierząt przez PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście Sp. z o.o. (RPO SKM),
- g) Taryfy Przewozowej PKP SKM (TP-SKM), wraz z Cennikiem usług przewozowych (C-SKM) i dodatkiem do TP-SKM,
- h) Instrukcji rachunkowo – kasowej dla kas biletowych PKP SKM (SKMf8 (F-8));
- i) Instrukcji pracy drużyn konduktorskich SKMh-21 (H-21),
- j) Uchwały nr 171/1/2011 r. z dnia 7 września 2011 r. – „Wytyczne w sprawie postępowania z rzeczami znalezionymi w pociągach i na terenie administrowanym przez PKP SKM w Trójmieście Sp. z o.o.”,
- k) Rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 24 lutego 2006 r. w sprawie ustalania stanu przesyłek oraz postępowania reklamacyjnego (Dz. U. Nr 38, poz. 266 z 2006 r.),
- l) Instrukcji dla kierowników pociągu, konduktorów, osób upoważnionych do kontroli biletów oraz dokumentów przewozu osób, rzeczy i zwierząt w pociągach PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście sp. z o.o. SKM h-22 (H-22),
- 8) w wysokości 1 000,00 zł za:
  - a) każdą niewykonaną kontrolę wpisaną do zatwierdzonego przez Zamawiającego „Planu pracy zespołów kontrolnych”,
  - b) każde wykonywanie czynności kontrolnych bez umieszczonego w widocznym miejscu identyfikatora,
  - c) mniejszą ilość kontrolerów niż wpisano do „Planu pracy zespołów kontrolnych”,
  - d) każdą uznaną skargę na sposób przeprowadzania czynności kontrolnych,
  - e) każde niewykonanie obowiązków wynikających z niniejszej umowy;
  - f) każdy ujawniony przypadek posiadania przez jednego kontrolera więcej niż jednego urządzenia (nadajnika GPS) do nadzoru nad pracą kontrolerów lub jego brak;
  - g) każdy ujawniony przypadek braku urządzeń do sprzedaży i kontroli biletów Zamawiającego (co najmniej jedno urządzenie na grupę kontrolerską), podczas wykonywania czynności kontrolerskich.
- 9) 1 000,00 zł za każdy dzień opóźnienia w dostarczeniu sprawozdania z Kasy Dopłat;



- 10) 10 000,00 zł za każdy stwierdzony przypadek zamknięcia punktu obsługi reklamacji bez uzyskania uprzedniej pisemnej zgody Zamawiającego na zamknięcie punktu w dniach i godzinach w których powinien być czynny;
  - 11) 40 000,00 zł za niewykreślenie dłużnika z bazy KRD lub BIG InfoMonitor w terminie 14 dni od daty spłaty;
  - 12) 1 000,00 zł za każdy nierażący przypadek naruszenia ustawy o ochronie danych osobowych.
2. Zamawiający jest uprawniony do potrącenia naliczonej kary umownej z wynagrodzenia Wykonawcy.
  3. Zamawiający zastrzega sobie prawo dochodzenia od Wykonawcy odszkodowania uzupełniającego przewyższającego wysokość zastrzeżonej kary umownej.

Przechodząc do rozpoznania zarzutów związanych z wysokością kar umownych, w pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ma na celu dostosowania postanowień SIWZ do oczekiwań poszczególnych wykonawców, co słusznie podkreślił na rozprawie Zamawiający. Celem postępowania jest weryfikacja postanowień SIWZ w świetle ustawy Pzp, w więc również przepisów kodeksu cywilnego. Co do zasady, Zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy uwzględnieniu zasady swobody umów wyrażonej w art. 353<sup>1</sup> kc strony zawierające umowę, co do zasady, mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. O ile zasada swobody umów wymaga konsensusu obu stron, o tyle na gruncie zamówień publicznych doznaje ona trojkiego ograniczenia: po pierwsze – zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie – zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, po trzecie – strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Drugie z tych ograniczeń wiąże się z regulacją art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, zgodnie z którą zamawiający zobowiązany jest zawrzeć w treści SIWZ istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Wynika z tego również uprawnienie Zamawiającego do ukształtowania postanowień zgodnie z jego potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, którego zamierza udzielić. Można zatem powiedzieć, że zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami.

Uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 kc, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r. (III CSK 178/13) dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współzycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motywy działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu rzetelnego postępowania, lojalności i zaufaniu w stosunkach kontraktowych.

W kontekście powyższych rozważań podkreślenia wymaga, że obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciążących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą. W ocenie Izby na tle analizowanego stanu faktycznego zasadne jest uznanie, że Zamawiający przy ustalaniu wysokości oraz ilości kar umownych nadużył przysługującego mu prawa. Naruszenie powyższych zasad znalazło odzwierciedlenie w następujących klauzulach zawartych we wzorze umowy:

- § 15 ust. 1 pkt 2) 300 000,00 zł za nieprzystąpienie przez Wykonawcę do realizacji umowy w dniu następnym po dniu określonym w § 16 niniejszej umowy
- § 15 ust. 1 pkt 8 w wysokości 1 000,00 zł za:
  - a) każdą niewykonaną kontrolę wpisaną do zatwierdzonego przez Zamawiającego „Planu pracy zespołów kontrolnych”,
  - b) każde wykonywanie czynności kontrolnych bez umieszczonego w widocznym miejscu identyfikatora,
  - c) mniejszą ilość kontrolerów niż wpisano do „Planu pracy zespołów kontrolnych”,
  - d) każdą uznaną skargę na sposób przeprowadzania czynności kontrolnych,
  - e) każde niewykonanie obowiązków wynikających z niniejszej umowy;
  - f) każdy ujawniony przypadek posiadania przez jednego kontrolera więcej niż jednego urządzenia (nadajnika GPS) do nadzoru nad pracą kontrolerów lub jego brak;

g) każdy ujawniony przypadek braku urządzeń do sprzedaży i kontroli biletów Zamawiającego (co najmniej jedno urządzenie na grupę kontrolerską), podczas wykonywania czynności kontrolerskich.

- § 15 ust. 1 pkt 10) 10 000,00 zł za każdy stwierdzony przypadek zamknięcia punktu obsługi reklamacji bez uzyskania uprzedniej pisemnej zgody Zamawiającego na zamknięcie punktu w dniach i godzinach w których powinien być czynny;
- § 15 ust. 1 pkt 11 40 000,00 zł za niewykreślenie dłużnika z bazy KRD lub BIG InfoMonitor w terminie 14 dni od daty spłaty;

Izba nakazała wykreślenie kar z § 15 ust. 1 pkt 2 i 8 i 11 oraz zmniejszenie kar do wartości proponowanych przez Odwołującego, mianowicie do wartości 200 zł w § 15 ust. 1 punkcie 10.

W przypadku § 15 ust. 1 pkt 8 punkty a do g, wskazać należy, iż kary przewidziane w tych postanowieniach umownych mieszczą się w katalogu kar ujętych w innych punktach. Zamawiający kilkakrotnie przewidział bowiem kary za każde niewykonywanie obowiązków wynikających z umowy, szeroko opisując w punktach poprzedzających § 15 ust. 1 pkt 8 na czym owo niewykonywanie obowiązków może polegać. Tym samym inne postanowienia umowne gwarantują Zamawiającemu kontrolę wybranego wykonawcy w zakresie należytego wykonywania obowiązków umownych. Podobnie można stwierdzić w przypadku wykonywania czynności kontrolnych bez umieszczonego w widocznym miejscu identyfikatora. Jak wynika z § 15 ust. 1 pkt 7 Wykonawca zobowiązany jest przestrzegać szeregu przepisów i regulacji, w tym także o charakterze wewnętrznym. W regulacjach tych niewątpliwie znajdują się odpowiednie zapisy dotyczące obowiązku identyfikacji kontrolerów. Tak więc na podstawie innego zapisu umownego, Zamawiający ma już możliwość zdyscyplinowania wykonawcy.

Za nieadekwatne do przedmiotu zamówienia uznano kary wymienione w § 15 ust. 1 pkt 10 i 11. W przypadku ust. 1 pkt 10 kara ta ma w ocenie składu orzekającego Izby nieadekwatną wysokość w stosunku do wagi przewinienia. Nie jest tak, że zamknięcie jednego punktu obsługi reklamacji rodzić może po stronie Zamawiającego wymierne straty w dużej wysokości. Niewątpliwie może się powyższe przekładać na negatywny wizerunek Zamawiającego, jednakże punktów i sposób, jak pasażer może złożyć reklamację jest co najmniej kilka.

Ustalenie kary w wysokości 40 000 zł za niewykreślenie dłużnika z wymienionych rejestrów również uznać należy za nadmierne. Jest to bowiem czynność techniczna wykonywana przez inny podmiot, zupełnie niezależny od wykonawcy realizującego przedmiotową umowę. Zrozumiałaby byłaby kara, za niedopełnienie obowiązków zgłoszenia takiego wykreślenia, ale naliczanie kary za samo niewykreślenie nie znajduje oparcia

w przepisach prawa. Wykonawca nie ma wpływu na moment wykreślenia dłużnika z bazy po złożeniu wniosku o wykreślenie. W związku z tym skoro jest to okoliczność niepozostająca w sferze jego wpływów, to zastrzeżenie w tej sytuacji kary umownej jest nieuprawnione, dlatego też nakazano wykreślenie z § 15 ust. 1 punktu 11.

W pozostałych przypadkach Izba podziela stanowisko Zamawiającego wynikające z odpowiedzi na odwołanie.

Dostrzeżenia wymaga, że zgodnie z art. 471 Kodeksu cywilnego, dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Z kolei zgodnie z art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego, można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Zatem wynikającą z przepisów Kc zasadą jest uzależnienie odpowiedzialności kontraktowej od winy dłużnika, a naprawienie szkody wynikającej z zawinionego działania lub zaniechania może przybrać formę zapłaty kary umownej. Niemniej jednak przywołany przepis art. 471 Kodeksu cywilnego nie ma charakteru bezwzględnie obowiązującego. Zgodnie bowiem z art. 473 § 1 Kodeksu cywilnego dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.

Co do kary w wysokości 500 000 zł za rozwiązanie umowy, to zauważyć należy, że będzie ona miała zastosowanie tylko w trzech przypadkach, określonych w § 18 ust. 10 wzoru umowy, który stanowi, że Zamawiający ma prawo rozwiązania niniejszej umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia, gdy:

- a. Wykonawca nie rozpocznie świadczenia usług będących przedmiotem niniejszej umowy w terminie 5 dni od daty zawarcia umowy określonej w § 16.
- b. Wykonawca zaprzestanie realizowania przedmiotu umowy przez okres dłuższy niż 5 dni kalendarzowych,
- c. pomimo uprzedniego pisemnego wezwania do prawidłowego wykonywania obowiązków Wykonawcy wynikających z niniejszej umowy w tym naruszenia zasad ochrony przetwarzania danych osobowych, Wykonawca nadal działaniem lub zaniechaniem narusza te obowiązki.

Biorąc pod uwagę, że nadrzędnym celem działalności Zamawiającego jest sprzedaż biletów, która w miesiącu osiąga nawet poziom 7 000 000 zł, niemożliwość wykonywania kontroli w zakresie sprzedaży biletów przekładała się będzie na wymierne i wysokie straty dochodów Zamawiającego. Zamawiający ponosił będzie straty w dochodach, jeżeli

zmuszony będzie organizować kolejne postępowanie w celu wyłonienia kolejnego wykonawcy, co jest zajęciem czasochłonnym i nie jest pewny efekt takiego postępowania. Jednocześnie Izba nakazała wykreślenie kary wynikającej z § 15 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy, ponieważ powody zastosowania kary za nieprzystąpienie do wykonywania umowy w wysokości 300 000 zł w określonym terminie są zasadniczo tożsame z powyższymi wynikającymi z § 15 ust. 1 pkt 1 w powiązaniu z § 18 ust. 10. Jeżeli bowiem wykonawca w terminie 5 dni od daty określonej w § 16 wzoru umowy nie przystąpi do jej wykonywania, Zamawiający może umowę rozwiązać. Dodatkowe karanie wykonawcy za kilkudniowe opóźnienie w wykonywaniu obowiązków (do 5 dni) w ocenie Izby nie zasługuje na aprobatę. Dlatego przewidzenie dwóch zasadniczo tożsamych kar Izba uznała za działanie nadmierne.

Odnosząc się do zarzutu w zakresie przewidzianego prawa opcji, dostrzeżenia wymaga, że prawo opcji jest legalnym instrumentem przewidzianym w art. 34 ust. 5 ustawy Pzp i zamawiający jest uprawniony, aby z niego korzystać. Prawo to może dotyczyć zarówno zwiększenia zakresu świadczenia, jak też jego ograniczenia. Zamawiający zarówno w ogłoszeniu jak i w SIWZ podać musi zakres wykonywania prawa opcji, jego warunki techniczne i finansowe oraz czas wykonywania. W ocenie Izby podane uwarunkowania korzystania z prawa opcji w przedmiotowym postępowaniu wpisują się w dyspozycję art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający nie mógł przekazać więcej informacji, aniżeli sam posiadał na czas wszczęcia postępowania. Należało założyć, że Zamawiający na dany moment nie jest w stanie dokładnie określić, jakie przewozy i w jakim zakresie będzie wykonywał w latach 2017 i 2018 roku, dlatego też przewidział wydłużenie umowy o kolejne miesiące z zachowaniem warunków wykonywania usług jak w pierwszym roku obowiązywania umowy. Prawo opcji realizuje cel, jakim jest właśnie elastyczna realizacja umowy o zamówienie publiczne, uwzględniająca dopuszczony opcjonalnie margines zmian.

Ustawa Pzp nakazuje Zamawiającemu szacowanie wartości zamówienia publicznego z uwzględnieniem wartości tej części zamówienia, która jest pozostawiona prawu opcji. Wykonanie prawa opcji może ale nie musi nastąpić, w zależności od potrzeb Zamawiającego i na skutek jego dyspozycji, przy czym zakres zamówienia objęty prawem opcji, jak i okoliczności, w jakich może dojść do skorzystania z tego prawa, powinny być one opisane zgodnie z zachowaniem reguł stosowanych przy opisie przedmiotu zamówienia, w sposób jednoznaczny, wyczerpujący i umożliwiający złożenie oferty.

Co do zasady też zauważyć należy, że Zamawiający może oprócz prawa opcji skorzystać także z zamówień uzupełniających, ale tylko od woli samego Zamawiającego zależy, którą z instytucji uzna on za dogodniejszą. Prawo opcji może być dogodniejsze dla Zamawiającego, ponieważ dotyczy ono danej umowy, a nie odrębnego zamówienia

i odrębnej umowy zawieranej w trybie z wolnej ręki. Nie jest też wykluczona sytuacja, w której Zamawiający przewidzi zarówno prawo opcji, jak też zamówienia uzupełniające.

Konsekwencją uwzględnienia części zarzutów było również uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**