

Olsztyn, dnia 4 lipca 2023 r.

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

Odwołujący: Jacek Lubiński prowadzący działalność gospodarczą pn.:
Usługi transportowe Jacek Lubiński
82-400 Sztum ul. Nowowiejskiego 27/26 NIP 579 203 36 14
e-mail: kesicka79@wp.pl

reprezentowany przez
r.pr. Łukasza Mackiewicza, r.pr. Klaudię Przeradzką
ul. Mickiewicza 3/2, 10-548 Olsztyn
tel. 881 787 687; e-mail: mackiewicz@mpplegal.pl

Zamawiający: Miasto i Gmina Prabuty
ul. Kwidzyńska 2, 82-550 Prabuty
NIP: 5811490029, Regon: 000529315
tel. +48 55 278 20 01 lub 02
e-mail: przetargi@prabuty.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym pn.: „DOWÓZ UCZNIÓW DO PLACÓWEK OŚWIATOWYCH NA TERENIE MIASTA I GMINY PRABUTY”.

ODWOŁANIE

Działając w oparciu o art. 505 ust. 1 oraz art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 – zwana dalej „ustawą” lub „pzp”), składam odwołanie w postępowaniu zaskarżam czynności Zamawiającego w postaci niezgodnego z przepisami prawa sporządzenia treści specyfikacji warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu poprzez wprowadzenie do treści dokumentów zamówienia, ogłoszenia oraz wzoru umowy postanowień naruszających przepisy ustawy w zakresie dotyczącym:



- 1) dopuszczenia procedury samooczyszczenia w przypadku podlegania wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 pzp;
- 2) wskazania przesłanki wykluczenia z postępowania niezgodnej z brzmieniem art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. c) pzp;
- 3) wymagania podpisywania dokumentów podmiotowych podpisem kwalifikowanym,
- 4) sformułowania pozacenowego kryterium oceny ofert: czas podstawienie autobusu zastępczego w sposób powodujący brak realizacji zamówienia zgodnie ze złożoną ofertą;
- 5) sformułowania nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia uniemożliwiającego złożenia i skalkulowanie oferty;
- 6) zaniechania wprowadzenia klauzul waloryzujących wynagrodzenie, podczas gdy czas trwania umowy przekracza 6 miesięcy,
- 7) wskazania w treści umowy zapisów utrudniających uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców tj.:
 - §2 ust. 2 – 6 oraz §3 ust. 2 – 6 zastrzegających niczym nieograniczone prawo zmiany zakresu przedmiotu zamówienia przyznając zamawiającemu uprawnienie do jednostronnej zmiany:
 - liczby biletów
 - przebiegu tras
 - godzin odjazdu/przyjazdu.
- 8) wskazania limitu kar umownych na poziomie 100% wartości wynagrodzenia.

I. Zamawiającemu zarzucam naruszenie:

- 1) art. art. 110 ust. 2 w zw.z z art. 108 ust. 1 pkt 6 oraz art. 16 pkt 2 pzp poprzez dopuszczenie procedury samooczyszczenia w przypadku przesłanki wykluczenia nieprzewidzianej przez ustawę;
- 2) art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. c) pzp poprzez wprowadzenie przesłanki wykluczenia w brzmieniu sprzecznym z treścią pzp;
- 3) §6 ust. 1 -4 oraz §7 ust. 1 -4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. poz. 2452) – poprzez wprowadzenie wymagania podpisywania dokumentów wyłącznie podpisem kwalifikowanym;
- 4) art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233). art. 239 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt



4 i 7 oraz art. 16 pkt 1 pzp poprzez sformułowanie kryteriów oceny ofert skutkujących składaniem ofert stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji;

- 5) art. 99 ust. 1 oraz art. 98 ust. 6 pkt 3 pzp w zw. z art. 16 pkt 1- 3 pzp poprzez wprowadzenie obowiązku prezentacji pojazdów po wyborze oferty najkorzystniejszej oraz możliwości uznania, że wykonawca uchyła się od podpisania umowy w przypadku, gdy pojazdy nie uzyskają akceptacji zamawiającego, z jednoczesnym brakiem określenia wymagań co do pojazdów (np. minimalnej liczby miejsc);
- 6) art. 439 ust. 1 pzp poprzez zaniechanie wprowadzenia klauzul waloryzujących wynagrodzenie wykonawcy.
- 7) art. 353¹ Kodeksu cywilnego oraz art. 484 §2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 99 ust. 1 pzp i 16 pkt 1 i 3 i art. 8 ust. 1 oraz art. 433 pzp poprzez wykorzystanie pozycji dominującej i wprowadzenie postanowień uniemożliwiających należytą wycenę zamówienia oraz pozwalających na dowolność w zakresie rozwiązania umowy ze strony Zamawiającego, co utrudnia uczciwą konkurencję i bezzasadnie zawęża krąg potencjalnych wykonawców, mogących złożyć oferty w przedmiotowym postępowaniu udzielenie zamówienia publicznego.
- 8) art. 436 pkt 3 pzp poprzez wprowadzenie limitu kar umownych na poziomie 100% wartości umowy;

II. W związku z powyższym wnoszę o uwzględnienie Odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia zmian w treści ogłoszenia oraz swz polegających na:

- 1) usunięciu przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 6 z katalogu przesłanek umożliwiających dokonanie samooczyszczenia,
- 2) wprowadzeniu przesłanek wykluczenia wykonawców zgodnie z art. 108 ust. 1 pzp,
- 3) dopuszczenia podpisywania dokumentów składanych przez wykonawców w postępowaniu również podpisem zaufanym lub osobistym,
- 4) usunięciu kryterium oceny ofert czas podstawienia autobusu zastępczego lub wprowadzeniu najkrótszego czasu do wyboru przez wykonawcę od 45 minut,
- 5) doprecyzowaniu wymagań dotyczących pojazdów lub usunięciu zapisu pozwalającego na zatrzymanie wadium w sytuacji, w której prezentowane pojazdy nie uzyskują akceptacji zamawiającego z bliżej nieokreślonych przyczyn,
- 6) wprowadzeniu klauzul pozwalających na waloryzację wynagrodzenia,
- 7) zmiany postanowień wzoru umowy poprzez nakazanie wprowadzenia minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.



- 8) usunięciu przesłanek natychmiastowego odstąpienia od umowy wskazanych w §9 ust. 4 umowy,
- 9) wprowadzeniu limitu kar na poziomie 20% wartości wynagrodzenia.

III. Wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, ewentualnie innych niezbędnych kosztów, zgodnie z fakturą złożoną na rozprawie.

IV. INTERES I SZKODA ODWOŁUJĄCEGO

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Wskazane zapisy specyfikacji warunków zamówienia (w tym umowy) oraz ogłoszenia o zamówieniu są niezgodne z przepisami ustawy. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem niniejszego zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu oraz treść wzoru umowy powodują po stronie Odwołującego ryzyko utraty korzyści związanych z realizacją przedmiotowej umowy. Pozostawienie dokumentów zamówienia oraz ogłoszenia w niezmienionym kształcie wprost narusza zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności

V. DATA WNIESIENIA ODWOŁANIA I WARUNKI FORMALNE

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 29 czerwca 2023 r. Na podstawie art. 515 ust. 2 pkt 2 pzp termin na wniesienie odwołania wynosi 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia lub dokumentów zamówienia.

Termin na złożenie przedmiotowego odwołania upływa z dniem 4 lipca 2023 r., zatem został zachowany.

Ponadto, Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości 7.500 zł, a Zamawiającemu została przesłana kopia odwołania.

VI. OGŁOSZENIE

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 29 czerwca 2023 r. (2023/BZP 281686/01).



UZASADNIENIE

I. Stan faktyczny

W dniu 29 lipca 2023 r. Zamawiający ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym pn.: „Dowóz uczniów do placówek oświatowych na terenie Miasta i Gminy Prabuty. Znak sprawy: DZP-382-70/22”.

Zamawiający podzielił dokumenty zamówienia na trzy tomy:

- tom I -SWZ
- tom II – opis przedmiotu zamówienia
- tom III – projektowane postanowienia umowy.

Wskazane poniżej zapisy treści specyfikacji naruszają przepisy ustawy z następujących względów:

1. Naruszenie art. 110 ust. 2 w zw.z z art. 108 ust. 1 pkt 6 oraz art. 16 pkt 2 pzp.

W pkt 7.5 SWZ (tom I) Zamawiający wskazał:

„Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt. 1, 2, 5 i 6 ustawy Pzp, jeżeli udowodni Zamawiającemu, że spełnił następujące przesłanki:

1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym zadośćuczynienie pieniężne;

2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania lub Zamawiającym;

3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:

a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie Wykonawcy,

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na: „Dowóz uczniów do placówek oświatowych na terenie miasta i gminy Prabuty””

Zgodnie z treścią art. 110 ust. 2 pzp wykonawca nie może skorzystać z procedury self-cleaningu w przypadku przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 6 pzp. W konsekwencji zapis specyfikacji narusza art. 110 ust. 1 pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6 pzp.



2. Naruszenie art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. c) pzp.

W treści swz Zamawiający wskazuje nieprawidłową przesłankę wykluczenia. Wskazano niepełną przesłankę wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. c). Obecnie przepis stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę: będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo: o którym mowa w art. 228-230a, art. 250a Kodeksu karnego, w art. 46-48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz. U. z 2020 r. poz. 1133 oraz z 2021 r. poz. 2054 i 2142) lub w art. 54 ust. 1-4 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 463, 583 i 974), a Zamawiający wskazał, że wykluczy wykonawcę: będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo: o którym mowa w art. 228-230a, art. 250a Kodeksu karnego, w art. 46-48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz. U. z 2020 r. poz. 1133 oraz z 2021 r. poz. 2054 i 2142).

W konsekwencji zapis swz jest niezgodny z ustawą.

3. Naruszenie §6 ust. 1 -4 oraz §7 ust. 1 -4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. poz. 2452).

W treści punktu 15.5 ppkt 3 lit. a) – zamawiający wskazuje, że podmiotowe środki dowodowe, które nie zostały wystawione przez upoważnione podmioty, a także zobowiązanie/nia podmiotu udostępniającego zasoby oraz wymagane pełnomocnictwa:

a) Wykonawca przekazuje w postaci elektronicznej i **opatruje kwalifikowanym podpisem elektronicznym**;

W postępowaniach o wartości nieprzekraczającej progów unijnych zgodnie z treścią ww. rozporządzenia wykonawcy mogą posługiwać się również podpisem zaufanym lub osobistym. W związku z tym zapisy swz naruszają ww. regulacje Rozporządzenia.

4. Zarzut naruszenia art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233). art. 239 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 4 i 7 oraz art. 16 pkt 1 pzp

Zamawiający w pkt 20.1.2 wskazał pozacenowe kryteria oceny ofert.

Kryterium „CZAS PODSTAWIENIA POJAZDU ZASTĘPCZEGO”:

Kryterium „Czas podstawienia pojazdu zastępczego” będzie rozpatrywany na podstawie czasu podanego przez Wykonawcę, liczonego jako czas od zatrzymania lub awarii



pojazdu, w którym przewożone są dzieci do czasu podstawienia pojazdu zastępczego. Maksymalny czas podstawienia pojazdu wynosi 45 min. od wystąpienia zdarzenia.

Punkty w tym kryterium zostaną przyznane według zasady:

Czas podstawienia pojazdu zastępczego do 15 min. - 40 pkt.

Czas podstawienia pojazdu zastępczego od 16 do 30 min. - 20 pkt. Czas podstawienia pojazdu zastępczego od 31 do 45 min. - 0 pkt.

W przypadku nie wskazania w ofercie czasu podstawienia pojazdu zastępczego, Zamawiający przyjmie, iż Wykonawca oferuje czas podstawienia pojazdu od 31 do 45 min. i przyzna 0 pkt. Punkty zostaną przyznane na podstawie oświadczenia złożonego przez Wykonawcę na Formularzu ofertowym – Załącznik nr 1.

W treści kryterium zamawiający pozwala na deklarację, iż autobus zastępczy zostanie podstawiony w terminie 15 minut od momentu zgłoszenia. Mając na uwadze specyfikę przedmiotowego zamówienia należy wskazać, iż nie jest technicznie możliwe podstawienie autobusu zastępczego w dowolne miejsce gminy w czasie 15 minut, nawet w sytuacji, gdyby w autobusie zastępczym cały czas pełnił dyżur kierowca czekający na zgłoszenie. Dopuszczenie przez zamawiającego do złożenia oferty z tak sformułowanym oświadczeniem będzie powodowało składanie ofert, które z założenia nie są możliwe do realizacji zgodnie z deklaracją wykonawcy. Jedynym czynnikiem dla którego wykonawcy będą deklarowali 15 minutowy czas na podstawienie pojazdu zastępczego będzie chęć zdobycia maksymalnej liczby punktów, co prowadzi do złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Ponadto tak sformułowane kryterium o wadze 40% premiuje w sposób niezadany wykonawców mających siedzibę na terenie gminy.

5. Zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 oraz art. 98 ust. 6 pkt 3 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 pzp.

Zamawiający w treści opisu przedmiotu zamówienia nie sprecyzował wymagań dotyczących parametrów pojazdów, jakimi mają być wożone dzieci. Podał jedynie ich liczbę oraz wskazał na zapewnienie miejsca siedzącego dla każdego dziecka.

Jednocześnie w rozdziale 21 Zamawiający wskazuje:

„21. INFORMACJE O FORMALNOŚCIACH, JAKICH NALEŻY DOPEŁNIĆ PO WYBORZE OFERTY W CELU ZAWARCIA UMOWY

21.1. Warunkiem podpisania umowy jest okazania/prezentacji pojazdów przeznaczonych do wykonania zamówienia, w liczbie wymaganej w opisie przedmiotu zamówienia (na każde zadanie odrębnie). Zamawiający dokona weryfikacji, czy pojazd zapewnia stosowną liczbę miejsc siedzących oraz spełnia warunki zapewniające prawidłowe wykonania zamówienia.



21.2. Nie zaprezentowanie pojazdów stanowi podstawę do uznania przez Zamawiającego, że Wykonawca uchyła się od podpisania umowy (w myśl art. 263 ustawy Pzp) oraz do zatrzymania wadium (w myśl art. 98 ust. 6 pkt. 3 ustawy Pzp).

21.3. Wykonawca, zostanie poinformowany przez Zamawiającego o miejscu i terminie prezentacji pojazdów i podpisania umowy.”

Nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia w połączeniu z zapisem „spełnia warunki zapewniające prawidłowe wykonania zamówienia.” wskazuje na zbyt daleko idącą dowolność na etapie podpisania umowy, dającą w zasadzie niczym nieograniczone prawo zamawiającemu uznania, że prezentowane pojazdy nie są odpowiednie do wykonania zamówienia. Za tak daleko idącą, arbitralną decyzją zamawiającego idzie uprawnienie do zatrzymania wadium z bliżej nieokreślonych – znanych tylko zamawiającemu przyczyn. Tak daleko idące uprawnienie zamawiającego narusza zarówno zasady równego traktowania wykonawców jak i zasadę proporcjonalności.

6. Naruszenie art. 99 ust. 1 pzp w zw. z art. 433 pkt 4 pzp oraz art. 16 pkt 1-3 pzp.

Zgodnie z treścią PPU - §2 ust. 2 – 6 oraz §3 ust. 2 – 6 Zamawiający zastrzega niczym nieograniczone prawo zmiany zakresu przedmiotu zamówienia przyznając sobie uprawnienie do jednostronnej zmiany:

- liczby biletów
- przebiegu tras
- godzin odjazdu/przyjazdu.

W ocenie Odwołującego sformułowania umowy w połączeniu z zapisami tomu II swz:

Pojazdy zatrzymywać się będą na wyznaczonych przystankach autobusowych zlokalizowanych na poszczególnych trasach, przystanki będą wyposażone w rozkłady jazdy, a z pojazdów przewożących uczniów w miarę wolnych miejsc, korzystać będą mogli inni pasażerowie.

4. *Dowóz i odwóz uczniów odbywał się będzie według rozkładów opisanych w poniższych tabelach, z zastrzeżeniem możliwości ich zmiany po ostatecznym ustaleniu planu zajęć w placówkach oświatowych.*

5. *Za wykonanie przedmiotu zamówienia, Wykonawca otrzyma wynagrodzenie miesięczne w wysokości wynikającej z zaoferowanych cen miesięcznego dowozu jednego ucznia (wynikającej z kalkulacji kosztu miesięcznego dowozu i odwozu jednego ucznia z danej miejscowości przy uwzględnieniu ceny brutto biletu miesięcznego ulgowego dla ucznia), według tras i odległości oraz imiennych list uczniów, przedstawionych przez Dyrektorów poszczególnych placówek.*



- przesądzą o nieprecyzyjnym i niejednoznacznym opisie przedmiotu zamówienia. Zapisy zarówno swz jak i projektowanych postanowień umowy nie zawierają wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczeń stron, co wprost narusza art. 433 pkt 4 pzp.

7. Zarzut naruszenia art. 439 ust. 1 pzp poprzez brak klauzul waloryzujących wynagrodzenie wykonawcy.

Zgodnie z art. 439 ust. 1 umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Projektowane postanowienia umowy nie przewidują zapisów pozwalających na waloryzację wynagrodzenia co prowadzi do naruszenia art. 439 ust. 1 pzp.

8. Zarzut naruszenia art. 353¹ Kodeksu cywilnego oraz art. 484 §2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 99 ust. 1 pzp i 16 pkt 1 i 3 i art. 8 ust. 1 oraz art. 433 pzp

Zamawiający zawarł w treści wzoru umowy szereg zapisów naruszających przepisy ustawy oraz Kodeksu cywilnego:

- §7 ust. 1 pkt 2 – kara za opóźnienie w postawieniu pojazdu – winno być za zwłokę - art. 433 pkt 1) pzp,

- §7 ust. 4 – potrącić można wymagalne należności – zapis umowy stanowi, że Wykonawca upoważnia Zamawiającego do potrącenia kar umownych z należnego Wykonawcy wynagrodzenia,

- § 9 ust. 4 Zamawiający może wypowiedzieć Umowę, ze skutkiem natychmiastowym, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy tylko z ważnych powodów. Ważny powód istnieje w szczególności, gdy:

1) kiedy Wykonawca **w sposób rażący** nie będzie realizował postanowień niniejszej umowy,

2) zasadnych co najmniej **dwóch skarg osób korzystających z usług Wykonawcy, które zostaną uznane przez Zamawiającego za zasadne**,

3) utraty przez Wykonawcę technicznych lub organizacyjnych możliwości wywiązania się z umowy,

4) zmiany przepisów prawnych mających bezpośredni lub pośredni wpływ na realizację niniejszej umowy, uniemożliwiających jej wykonanie w sposób zgodny z wolą stron.



W doktrynie i orzecznictwie ugruntował się już pogląd zgodnie z którym zastrzeżenie na rzecz zamawiającego możliwości rozwiązania umowy bez wskazania konkretnych i zależnych od wykonawcy okoliczności (poza wyjątkami wynikającymi z ustawy) przeczy idei trwałości zobowiązań stron nawiązanych w reżimie ustawy pzp. Tytułem przykładu wskazać należy na wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2014 r. (KIO 24/14), (który choć wydany pod rządami poprzednio obowiązującej ustawy pzp zachowuje aktualność) zgodnie z którym *cechą stosunku obligacyjnego zawiązanego w wyniku zawarcia umowy o udzielenie zamówienia jest jego trwałość, rozumiana w ten sposób, że ustawa nie przewiduje możliwości dowolnego rozwiązywania tego stosunku przez żadną ze stron, co jest podyktowane faktem, że wykonawcy mogą racjonalnie skalkulować cenę, wysokość opłat oraz inne parametry finansowe, a także przewidzieć ryzyko związane z kontraktem (w tym ryzyko czy poniesione przez nich nakłady zostaną zrekompensowane przychodami uzyskanymi w określonym okresie obowiązywania umowy), jedynie wówczas, gdy mogą przewidzieć przez jaki czas, strony umowy pozostaną nią związane. Niezależnie od wszelkich innych okoliczności prawidłowości realizacji kontraktu, czy zaistnienia przesłanek ustawowych z art. 145 ust. 1 p.z.p., które mogą zaważyć na trwałości takiej umowy. (...) Nieuprawnione zawężanie dostępu do zamówienia - poprzez działania zamawiającego bezpośrednie, lub o skutku równoważnym, jak stwarzanie nadmiernego ryzyka podjęcia się danego zamówienia - muszą być uznane za zaprzeczające wytycznym art. 29 ust. 2 p.z.p., że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję. Mogą bowiem mieć wpływ na wynik postępowania, który zawsze jest pochodną ilości złożonych ofert i proponowanych cen za zrealizowanie zamówienia.*

W nowszym orzecznictwie pogląd został zaprezentowany w wyroku z dnia 5 lipca 2021 r. (KIO 1669/21).

Wskazane w treści projektowanych postanowień umowy przesłanki natychmiastowego rozwiązania umowy pozawalają na arbitralne i w zasadzie dowolne zakończenie umowy przez zamawiającego, przy jednoczesnym zastrzeżeniu braku możliwości dochodzenia odszkodowania z tego tytułu przez wykonawcę. Takie postanowienia wprost naruszają art. 433 pkt 4 pzp.

Wskazanie limitu naliczenia kar umownych na poziomie 100% jest w ocenie wykonawcy również nadmierne i w zasadzie przeczy idei art. 436 pkt 3. Limit 100% w zasadzie oznacza brak limitu.

II. Podsumowanie.



Mając na uwadze powyższe, w ocenie Odwołującego zamawiający naruszył przepisy wskazane w treści odwołania, co czyni je koniecznym i uzasadnionym.

Załączniki:

- 1) CEIDG Odwołującego oraz pełnomocnictwo wraz z opłatą skarbową,
- 3) dowód uiszczenia wpisu w wymaganej wysokości,
- 4) dowód przestania odwołania Zamawiającemu (dot. egzemplarza dla KIO).