

Warszawa, 4 listopada 2019 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**

ul. Postępu 17a  
02-676 Warszawa

**Odwołujący:**

Trebor Robert Tomaszewski  
ul. Kościelna 63  
05-200 Wołomin  
E-mail: trebor@post.pl

**Zamawiający:**

**Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie**

**ul. Żelazna 61**

**00-848 Warszawa**

działający w imieniu i na rzecz M. st. Warszawa

E-mail: [zamowienia@ztm.waw.pl](mailto:zamowienia@ztm.waw.pl)

strona www: [www.ztm.waw.pl](http://www.ztm.waw.pl)

**ODWOŁANIE**

1. Działając na podstawie art. 179 ust. 1 w związku z art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: ustawą Pzp, wnoszę odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej: siwz, których postanowienia naruszają przepisy ustawy Pzp w sposób określony w treści niniejszego odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na **Konserwację i naprawę infrastruktury przystankowej, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, oznaczonego numerem 70/2019.**
2. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 października 2019 r. pod numerem S 205 – 500799-2019-PL.
3. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 5 oraz art. 487 §2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp poprzez sporządzenie załącznika nr 4 do SIWZ - Wzoru Umowy (dalej: „umowa”), w sposób naruszający zasady współzycia społecznego w zakresie, w jakim:

- 1) w § 1 ust. 3 umowy Zamawiający wskazał, że wykonawca zobowiązany jest do spełnienia wymogu określonego w art. 68 ust. 3 Ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych z dnia 11 stycznia 2018 roku (Dz. U., poz. 317), jednak nie zawarł w tym względzie żadnych szczegółowych informacji odnośnie wymogów wobec wymaganych środków transportu;
- 2) w § 2 lit. c) umowy Zamawiający wskazał, że baza musi udostępniać odpowiednio przygotowany i wyrównany plac na tymczasowe przechowywanie zdemontowanych 20 wiat, w tym na wiaty zdemontowane przez inne podmioty, mimo, że powyższe nie jest związane przedmiotem zamówienia;
- 3) w § 3 pkt 14 umowy Zamawiający wskazał, że do obowiązków wykonawcy należy wykonywanie, na żądanie Zamawiającego, dokumentacji fotograficznej zleconych prac dotyczących napraw i konserwacji infrastruktury przystankowej i udostępnianie jej Zamawiającemu celem weryfikacji poprawności wykonania zlecenia, co wskazuje na przerzucenie na wykonawcę nie tylko odpowiedzialności za poprawność realizacji zlecenia, ale także wykonywania czynności niewchodzących w skład przedmiotu zamówienia, za które wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia;
- 4) w § 4 ust. 2 umowy Zamawiający wskazał, że wykonawca nie może odmówić realizacji zlecenia z powodu braku materiałów, a jednocześnie nie dopuścił sformułowania, że powyższy obowiązek ma być realizowany z uwzględnieniem terminów na zgromadzenie materiałów niezbędnych do realizacji zlecenia, co powoduje, że wykonawca może ponosić odpowiedzialność nawet za zaniechania Zamawiającego, co stoi w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego;
- 5) w § 6 pkt 5 umowy Zamawiający wskazał, że jest uprawniony i zobowiązany do przekazywania najpóźniej na 8 godzin przed momentem wystawienia zleceń o zakresie przekraczającym 100 jednostek rozliczeniowych w ciągu 1 doby, co stoi w sprzeczności w terminem otrzymania przedmiotowego zlecenia przez wykonawcę i możliwością jego wykonania;
- 6) w § 6 pkt 7 umowy Zamawiający wskazał, że jest uprawniony i zobowiązany do informowania wykonawcy najpóźniej na 2 dni robocze przed momentem wystawienia zleceń o planowanym zleceniu prac remontowych, co stanowi zbyt krótki czas, nie uwzględniający rzeczywistego przebiegu realizacji zamówień;
- 7) w § 7 ust. 2 i 3 umowy Zamawiający wskazał na obowiązek realizacji prac przy wykorzystaniu materiałów nietypowych bez uwzględnienia uwarunkowań rynkowych mających kluczowe znaczenie dla realizacji przedmiotowych zleceń;



- 8) w § 14 ust. 4 umowy Zamawiający określił rażąco wygórowane kary umowne, mimo zawarcia w załączniku nr 2 do umowy szerokiego katalogu naliczania kar umownych w zupełności zabezpieczających jego interes;
  - 9) w pkt 8. 1 załącznika nr 2 do umowy Zamawiający wskazał, że ” (...) „, czynności nie podlegają dodatkowej płatności przez Zamawiającego, co rażąco narusza prawo wykonawcy do otrzymania wynagrodzenia za zrealizowane i odebrane zlecenie;
  - 10) w pkt 10. 1 załącznika nr 2 do umowy Zamawiający określił wysokość kary umownej jako dziesięciokrotną wartość zakwestionowanego zlecenia, co stanowi karę nieproporcjonalną i niewspółmierną do przewinienia wykonawcy skutkującego naliczeniem przedmiotowej kary;
  - 11) Zamawiający w pozycjach wskazanych w uzasadnieniu odwołania ustalił współczynniki wej z pominięciem uwarunkowań rynkowych i gospodarczych na poziomie uniemożliwiającym realizację zamówienia za rzeczywiście poczyniony nakład pracy;
  - 12) Zamawiający w pozycjach wskazanych w uzasadnieniu odwołania pominał elementy składowe podlegające wycenie poprzez nieprzypisanie współczynnika wej lub ustalił współczynniki w wysokości 0, 00, co uniemożliwia ich wycenę i implikuje konieczność realizowania zlecenia bez wynagrodzenia.
4. W związku z zarzutami wskazanymi w punkcie 3 odwołania Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i:
1. nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ poprzez zmianę wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ w ten sposób, że:
    - 1) Zamawiający w § 1 ust. 3 umowy jednoznacznie określi wymagania wobec środków transportu, o których mowa w art. 68 ust. 3 Ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych;
    - 2) § 2 lit. c ) umowy otrzymuje brzmienie: *bazę, której lokalizacja zagwarantuje podjęcie i wykonanie działań w wymaganej normie czasowej (dojazd do dowolnie wybranego przystanku lub pętli w granicach m. st. Warszawy, w godzinach 2000 – 600, w czasie nie przekraczającym ..... min, zaoferowanym w ofercie Wykonawcy), wyposażoną w całodobowe stanowisko dyspozytorskie z minimum jednym funkcjonującym telefonem stacjonarnym i jednym telefonem komórkowym, faksem, pocztą elektroniczną i cyfrową łącznością radiową kompatybilną z systemem stosowanym przez Zamawiającego. Baza musi udostępniać odpowiednio przygotowany i wyrównany plac na tymczasowe przechowywanie zdemontowanych 20 wiat do czasu wskazania lokalizacji ich montażu przez Zamawiającego. Teren do przechowywania wiat musi być ogrodzony i całodobowo strzeżony.;*

- 3) uchyla się § 3 pkt 14 umowy;
- 4) § 4 ust. 2 umowy otrzymuje brzmienie: *Wykonawca nie może odmówić realizacji zlecenia z powodu braku materiałów, z zastrzeżeniem ust. 3. Obowiązek, o którym mowa w § 3 ust. 12 oznacza zapewnienie ciągłości realizacji zleceń, poprzez wykorzystanie posiadanych materiałów w sposób zapewniający terminowe wykonanie zleconych prac zgodnie z zapisami Załącznika nr 2 do Umowy.;*
- 5) w § 4 umowy wprowadza się ust. 3, który otrzymuje brzmienie: *Wykonawca może odmówić realizacji zlecenia z wykorzystaniem materiałów, o których mowa w § 7 ust. 3 umowy w przypadku braku możliwości pozyskania materiałów w terminie określonym w § 7 ust. 3 umowy.;*
- 6) § 6 pkt 5 umowy otrzymuje brzmienie: *Przekazywania najpóźniej na 8 godzin przed momentem wydania i doręczenia zleceń o zakresie przekraczającym 100 jednostek rozliczeniowych w ciągu 1 doby pisemnej informacji o planowanych zleceniach i ich zakresie.;*
- 7) pkt 2 załącznika nr 2 do umowy otrzymuje brzmienie: *Zlecenia wykonania prac stanowiących przedmiot Umowy są wydawane i doręczane w formie formularzy (zwanymi dalej „zleceniami”) wydawanych w imieniu Zamawiającego przez upoważnione osoby. Wzory formularzy zleceń oraz aktualne wykazy osób upoważnionych do wydawania zleceń będą przekazywane Wykonawcy wraz z objaśnieniami.*
- 8) § 6 pkt 7 umowy otrzymuje brzmienie: *Informowania Wykonawcy najpóźniej na 7 dni roboczych przed momentem wydania i doręczenia zleceń o planowanym zleceniu prac remontowych, a w szczególności napraw nawierzchni, remontów wiat lub przeniesienia wiat.;*
- 9) § 7 ust. 2 i 3 umowy otrzymuje brzmienie: *2. Zamawiający będzie uzgadniał na bieżąco z Wykonawcą szczegółowy podział kompetencji w zakresie zapewnienia poszczególnych materiałów. Wszelkie zmiany w treści ww. uzgodnień będą przekazywane Wykonawcy najpóźniej na 15 dni roboczych przed terminem realizacji zlecenia, którego dotyczą. 3. O potrzebie użycia materiałów o charakterze nietypowym Zamawiający będzie informował Wykonawcę telefonicznie lub pisemnie najpóźniej na 21 dni roboczych przed terminem realizacji zlecenia, którego dotyczą. Jako materiały o charakterze nietypowym należy rozumieć materiały niezbędne do realizacji prac, których Zamawiający nie zlecał przez co najmniej 3 miesiące poprzedzające termin realizacji zlecenia, o którym mowa powyżej.;* po ust. 3 dodaje się ust. 4 w brzmieniu: *Zamawiający zapłaci wykonawcy równowartość wynikającą z wydanego i doręzonego zlecenia w przypadku braku możliwości jego wykonania z jego winy, lub błędnie wydanych do zlecenia materiałów;*



- 10) uchyla się § 14 ust. 4 umowy;
- 11) pkt 8. 1 załącznika nr 2 do umowy otrzymuje brzmienie: *Zlecenie może zostać poddane rozliczeniu po zdaniu materiałów z następującym zastrzeżeniem: - przed zdaniem słupka przystankowego należy zdemontować (odkręcić) kotwę i TDW, - po dokładnym i szczegółowym wypełnieniu przez brygadę przystankową wszystkich rubryk dotyczących wykonanych prac oraz wykorzystanych i zwracanych materiałów, a także naniesieniu stosownych adnotacji dotyczących czynności, których wykonanie nie było możliwe, oraz których zakres został zmieniony zgodnie z zapisami Umowy i niniejszego załącznika. Powyżej wymienione czynności podlegają płatności przez Zamawiającego na zasadach określonych w Umowie.*
- 12) pkt 10. 1 załącznika nr 2 do umowy otrzymuje brzmienie: *Niewykonanie zleconych prac lub nieprawidłowe wykonanie zleconych prac – Zamawiający potrąci kwotę równą trzykrotnej wartości zakwestionowanych prac obliczonej jako iloczyn współczynnika wcy przypisanego do tych prac oraz ceny jednostkowej wynikającej z umowy (§ 9 pkt 1). Jako współczynnik wcy przypisany do tych prac należy rozumieć współczynnik odpowiadający kodowi użytemu w zleceniu (kolumna 3 w Tabeli nr 1), bez dzielenia prac na czynności składowe (kolumna 7 w Tabeli nr 1).*
- 13) ustalenia dla kodów stanowiących podstawę rozliczania zleceń, wskazanych w kolumnie nr 1 załącznika nr 1 do SIWZ: wykaz zleczanych prac wartości współczynnika wcy w wysokości: kod U16W – 0, 12; kod U16M – 0, 08; kod U16D – 0, 08; kod S16M – 0, 20; kod S16W – 0, 41; kod W11W- 0, 38; kod W11M – 0, 19; kod W11D- 0, 19; kod W15C – 1, 28; kod G01W- 0, 48; kod G01M- 0, 52; kod G01D- 0, 38; kod G04W- 0, 11; kod G04M – 0, 09; kod G04D- 0, 09; kod G08W- 0, 28; kod G08M – 0, 20; kod G08D – 0, 20; kod G19C – 1, 02;
- 14) ustalenia dla wskazanych kodów **wszystkich części składowych**, w tym dla: kodu S19M, gdzie brak jest składowej kodu " umieszczenie tabliczki "zakaz Palenia w miejscu mocowania oraz brak składowej kodu " zabranie tabliczki "zakaz Palenia z miejsca mocowania; kodu S19W – gdzie brak jest składowej kodu "zabranie tabliczki, umieszczenie tabliczki" zakaz Palenia w miejscu mocowania; kodu W03M - brak jest składowej kodu " umieszczenie tabliczki ze strzałką w miejscu mocowania; kodu W03D - brak jest składowej kodu " zdjęcie tabliczki ze strzałką z miejsca mocowania; kodu W09D - zmiana składowej kodu na Montaż przykręcenie na Demontaż śruby / wkrętu / nitu; kodu W12W - brak jest czynności składowych na zdjęcie i założenie tabliczki identyfikacyjnej; kodu W12M - brak jest czynności składowych na założenie tabliczki identyfikacyjnej; kodu W12D - brak jest czynności składowych na zdjęcie tabliczki



identyfikacyjnej; kodu W16W - brak jest składowej kodu na założenie arkusza poliwęglanu; kodu W19M – brak jest składowej kodu zdjęcia dekla tablicy lub otwarcia gabloty, analogicznie zamknięcia; kodu G009W - w składowej kodu brakuje czynności polegających na rozkręceniu i ponownym dokręceniu dekla; kodu G009M - w składowej kodu brakuje czynności polegających na rozkręceniu i ponownym dokręceniu dekla; kodu G009D - w składowej kodu brakuje czynności polegających na rozkręceniu i ponownym dokręceniu dekla;

15) uzupełnienia przyjętych kodów o elementy niezbędne do prawidłowej realizacji zlecenia, w tym: kod L09C - uzupełnienie o kod L01D i L01M; kod L10C - uzupełnienie o kod L02D i L02M;

16) przyjęcia dla kodu W09M współczynnika  $w_{cj}$  w wysokości 0, 14;

17) uzupełnienia wartości składowych operacji w współczynnikach pracochłonności  $w_{cj}$  dla kodów: W21M ; W21D; W21W.

2. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego wedle norm przepisanych.

5. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 23 października 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2019/S 205-500799. W tym samym dniu na stronie internetowej Zamawiającego zamieszczona została specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Tym samym termin na wniesienie odwołania upływa w dniu 2 listopada 2019 r. Dzień 2 listopada 2019 r. przypada w sobotę. Zgodnie z art. 14 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy, w tym przypadku, w dniu 4 listopada 2019 r. Niniejsze odwołanie jest zatem odwołaniem wniesionym z zachowaniem terminu ustawowego.

6. Odwołujący uiszczył wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania wraz z załącznikami (potwierdzenie w załączeniu).

#### 7. Interes i szkoda

Odwołujący posiada legitymację do wniesienia niniejszego odwołania, ponieważ prowadzi działalność gospodarczą w zakresie przedmiotu objętego prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniem. Niezgodne z przepisami ustawy Pzp działania Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu (jak również innym potencjalnym wykonawcom) złożenie rzetelnej, prawidłowo skalkulowanej oferty w postępowaniu, co w konsekwencji może prowadzić do poniesienia szkody w postaci braku zysku stanowiącego wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do zniesienia postawionego przez zamawiającego

nadmiernie rygorystycznego i nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców, w tym Odwołującego, którzy będą mogli złożyć ofertę z realną szansą na uzyskanie zamówienia. Tym samym uwzględnienie odwołania umożliwi Odwołującemu udział w postępowaniu, a co za tym idzie umożliwi mu uzyskanie zamówienia i osiągnięcie zysku.

### UZASADNIENIE

Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne należy zatem rozpatrywać, o ile ustawa Pzp nie stanowi inaczej, w świetle art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, czyli m.in. nie może być sprzeczny z dyspozycją art. 5 kc. Powyższe znajduje potwierdzenie m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2010 r. (sygn. akt: KIO/2036/10): *„Tym samym niedopuszczalne jest ustanowienie wzoru umowy czy innych części specyfikacji kształtujących przyszłe stosunki umowne zamawiającego i wykonawcy w sposób niezgodny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami Kodeksu cywilnego jako podstawowego aktu prawnego regulującego stosunki cywilnoprawne. Postanowienia wzoru umowy kształtowane na zasadzie swobodnego uznania zamawiającego na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, będą w tym zakresie podlegać badaniu m.in. pod względem ich zgodności czy to z przepisami regulującymi stosunku umowne danego typu o charakterze iuris cogentis, jak i ocenie ich zgodności z klauzulami i zasadami ogólnymi Kc, w szczególności wynikającymi z art. 5, art 58 i art 353<sup>1</sup> Kc.”*

Treść postanowień umownych jest również istotna ze względu na interes Wykonawcy związany z uzyskaniem i prawidłową realizacją zamówienia. Dlatego w orzecznictwie przyznaje się Wykonawcy prawo do wnoszenia odwołania również na niezgodne z przepisami prawa postanowienia umowy. Tak wskazała m.in. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 marca 2011 r. (Sygn. akt: KIO/459/11): *„Na etapie przygotowywania postępowania, każdy wykonawca zainteresowany realizacją przedmiotowego zamówienia posiada interes w tym, aby zapewnić zgodne z przepisami powszechnie obowiązującymi zasady realizacji umowy. Postanowienia kontraktowe mogą mieć istotny wpływ na zakres świadczeń, jakie będzie zobowiązany ponieść wykonawca z tytułu realizacji umowy i mogą one prowadzić do uszczerbku w mieniu wykonawcy.”*

Zamawiający w załączonym do SIWZ projekcie umowy zawarł szereg postanowień, które naruszają przepis art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w związku z art. 7 w zw. z art. 14 w zw. z art. 29

oraz art. 139 ust. 1 Pzp, w tym:

**Ad. § 1 ust. 3 umowy**

Zamawiający wskazał, że wykonawca zobowiązany jest do spełnienia wymogu określonego w art. 68 ust. 3 ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych z dnia 11 stycznia 2018 roku (Dz. U., poz. 317). Z brzmienia wskazanego przepisu wynika, że *Jednostka samorządu terytorialnego, o której mowa w art. 35 ust. 2, od dnia 1 stycznia 2020 r., wykonuje zadanie lub zleca wykonywanie zadania publicznego podmiotowi, którego udział pojazdów elektrycznych we flocie użytkowanych pojazdów przy wykonywaniu tego zadania wynosi 10%*. Tym samym z uwagi na znaczny stopień ogólności wskazanego postanowienia, niezbędnym jest nawet nie doprecyzowanie, ale w ogóle zawarcie szczegółowych informacji odnośnie wymogów wobec wymaganych środków transportu. Powyższe bowiem w sposób niebudzący wątpliwości przekłada się na cenę oferty. Stąd w celu wyeliminowania zagrożenia związanego z nieporównywalnością ofert złożonych w postępowaniu w aspekcie uwzględnienia przez wykonawców przedmiotowego wymogu w kalkulacji ceny oferty, niezbędnym jest podjęcie przez Zamawiającego działań zmierzających do wyjaśnienia kwestionowanego postanowienia.

**Ad. § 2 lit. c ) umowy**

Zamawiający wskazał, że baza musi udostępniać odpowiednio przygotowany i wyrównany plac na tymczasowe przechowywanie zdemontowanych 20 wiat, w tym wiaty zdemontowane przez inne podmioty. Zauważyć jednak w tym miejscu wymaga, że powyższy obowiązek nie jest w żaden sposób związany z przedmiotem zamówienia. Obowiązkiem wykonawcy może być bowiem wyłącznie zapewnienie miejsca na jego czy też zamawiającego materiały niezbędne do realizacji zamówienia, w szczególności wiaty, które z uwagi na swoje wymiary zajmują bardzo dużo miejsca, a tym samym ograniczają zasadniczo miejsce niezbędne do realizacji przez wykonawcę innych zadań związanych z realizacją umowy. Obowiązkiem wykonawcy powinno zatem być przechowywanie zdemontowanych wiat albo w wyniku zrealizowanego zlecenia albo wiaty dostarczonej przez zamawiającego. Postanowienia umowy nie regulują także spraw związanych z odpowiedzialnością za przechowywanie wiat składanych przez inne podmioty. Całkowicie niezrozumiałym jest zatem dla Odwołującego kto ponosił będzie odpowiedzialność z tytułu uszkodzenia złożonych wiat z tytułu występowania np. niekorzystnych warunków atmosferycznych. Tym samym, brak jest podstaw do utrzymania postanowienia § 2 lit. c ) umowy w brzmieniu dotychczasowym gdyż jego pozostawienie naraża Odwołującego na poniesienie dodatkowych kosztów, które nie są związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Już tylko na marginesie Odwołujący wskazuje, że ewentualne przechowywanie zdemontowanych jakichkolwiek elementów infrastruktury przystankowej winno leżeć w gestii co najmniej



Zamawiającego, jeśli nie podmiotu realizującego wskazaną czynność.

**Ad. § 3 pkt 14**

Zamawiający wskazał, że do obowiązków wykonawcy należy wykonywanie, na żądanie Zamawiającego, dokumentacji fotograficznej zleconych prac dotyczących napraw i konserwacji infrastruktury przystankowej i udostępnianie jej Zamawiającemu celem weryfikacji poprawności wykonania zlecenia. Powyższe stanowi przeniesienie na wykonawcę nie tylko odpowiedzialności za poprawność realizacji zlecenia, ale także jednostronnego nakazania wykonywania czynności niewchodzących w skład przedmiotu zamówienia, za które wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia. To z kolei stanowi wykorzystanie przez Zamawiającego swojej pozycji i jej nadużycie względem wykonawcy. Logicznym bowiem jest, że jeśli zamawiający prowadzi kontrolę poprawności wykonywanych zleceń – to on powinien wykonać dokumentację w celu wykazania nieprawidłowego wykonania prac, oraz ją archiwizować, a przede wszystkim ponosić koszty z tego tytułu.

**Ad. § 4 ust. 2 umowy**

Zamawiający wskazał, że wykonawca nie może odmówić realizacji zlecenia z powodu braku materiałów. Przy formułowaniu wskazanego postanowienia Zamawiający zatem całkowicie pominął okoliczność polegającą na tym, że wykonawca nie odmawia realizacji zamówienia bez konkretnych powodów. Na uwagę zasługuje, że Odwołujący będący wykonawcą dotychczasowej umowy, nawet gdy brak było możliwości zdobycia materiałów niezbędnych do realizacji zlecenia w terminie określonym w umowie, jak np. szkło hartowane klejone pokryte sitodrukiem do naprawy infrastruktury przystankowej w okolicy Dworca Centralnego, i tak podejmuje się realizacji zlecenia ryzykując zapłatę kar umownych. Dziwi jednak, że Zamawiający mając wiedzę o problemach występujących w gromadzeniu materiałów, powieli postanowienia, których nie da się rzeczywiście realizować bez szkody dla wykonawcy bez żadnych zmian, mimo zgłaszanych na etapie realizacji umowy postulatów, co zostanie jeszcze szczegółowo przedstawione w uzasadnieniu ad. § 7 ust. 2 i 3 umowy. Przedmiotowe postanowienie stanowi zatem jednoznaczny przykład nadużywania przez Zamawiającego swojej pozycji przy formułowaniu postanowień umowy, gdzie mimo dobrej woli i zaangażowania Odwołującego w realizację aktualnie obowiązującej umowy, Zamawiający w dalszym ciągu nie dopuszcza możliwości żadnych zmian w zakresie sposobu i terminu realizacji niektórych zleceń poprzez prosty zabieg wprowadzający wyjątki od generalnych zasad realizacji zamówienia.

**Ad. § 6 pkt 5 umowy**



Zamawiający wskazał, że jest uprawniony i zobowiązany do przekazywania najpóźniej na 8 godzin przed momentem wystawienia zleceń o zakresie przekraczającym 100 jednostek rozliczeniowych w ciągu 1 doby. W przedmiotowym postanowieniu istnieją dwie płaszczyzny kwestionowane przez Odwołującego. Po pierwsze, Odwołujący z całą stanowczością wskazuje, że przyjęty przez Zamawiającego przelicznik jednostki rozliczeniowej nie ma pokrycia w rzeczywistości, co obrazuje poniższe wyliczenie:

- w postępowaniu przedmiotowo tożsamym w 2011 r. na 100 jednostek rozliczeniowych przypadła montaż 625 rozkładów przy  $w_{cj}=0,16$ ,
- w postępowaniu przedmiotowo tożsamym 2015 r. na 100 jednostek rozliczeniowych przypadła montaż 1111 rozkładów przy  $w_{cj}=0,09$ ,
- w aktualnie prowadzonym postępowaniu na 100 jednostek rozliczeniowych przypada montaż aż 1666 rozkładów przy współczynniku  $w_{cj}=0,06$ .

Innymi słowy, w 2011 roku za montaż na 625 przystankach rozkładów Wykonawca otrzymał równowartość 100 wcyj, w 2015 roku za montaż na 625 przystankach rozkładów Wykonawca otrzymał równowartość 56,25 wcyj, a w ogłoszonym przetargu za montaż na 625 przystankach rozkładów Wykonawca otrzymał równowartość 37,5 wcyj. Oznacza to, że Zamawiający od 2011 r. zmniejszył współczynnik wcyj przy montażu rozkładów o ponad 260%.

Z przedstawionego wyliczenia wynika, że Wykonawca aby otrzymać to samo wynagrodzenie w wysokości 100 wcyj będzie musiał dokonać montażu rozkładów jazdy w porównaniu do 2011 r., przy czym za 1041 rozkładów nie otrzyma wynagrodzenia.

Po drugie natomiast, brak jest podstaw do przyjęcia biegu początku terminu realizacji zlecenia liczonego od wystawienia zlecenia. Termin wystawienia zlecenia określa jego podpisanie przez osoby uprawnione po stronie Zamawiającego, a nie ich fizyczne otrzymanie przez wykonawcę. Tym samym wystawienie zlecenia, które nie jest natychmiast wysłane do wykonawcy, który w związku z tym nie wie, że już biegnie mu czas na realizację zamówienia, stanowi o działaniu sprzecznym z zasadami współżycia społecznego. Po otrzymaniu zleceń z materiałami, Wykonawca musi podzielić zlecenia na poszczególne brygady. Brygady po otrzymaniu zleceń muszą je rozdysponować zgodnie z trasami linii w celu maksymalnego skrócenia czasu dojazdu do poszczególnych przystanków. Wobec powyższego, zmiana postanowienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu jest w pełni uzasadniona i konieczna.

#### Ad. § 6 pkt 7 umowy

Zamawiający wskazał, że jest uprawniony i zobowiązany do informowania wykonawcy najpóźniej na 2 dni robocze przed momentem wystawienia zleceń o planowanym zleceniu prac remontowych, a w szczególności napraw nawierzchni, remontów wiat lub przeniesienia wiat.

Termin 2-dniowy stanowi jednak zbyt krótki czas, który nie uwzględnia rzeczywistego przebiegu realizacji zleceń i czasu niezbędnego na prawidłową realizację. Tym samym Zamawiający już z chwilą powzięcia wiedzy o konieczności zlecenia napraw, o których mowa w kwestionowanym postanowieniu, winien informować wykonawcę o planowanych pracach, przy czym termin ten nie może być krótszy niż 7 dni roboczych. W przeciwnym wypadku Odwołujący zmuszony jest pozostawiać w zasadzie w gotowości więcej zasobów niż jest to rzeczywiście niezbędne do realizacji zamówienia, a to z kolei w sposób oczywisty przekłada się na ponoszenie przez niego nieuzasadnionych kosztów związanych z realizacją zamówienia.

#### Ad. § 7 ust. 2 i 3 umowy

Z postanowienia § 7 ust. 2 umowy wynika, że Zamawiający będzie uzgadniał na bieżąco z Wykonawcą szczegółowy podział kompetencji w zakresie zapewnienia poszczególnych materiałów. Wszelkie zmiany w treści ww. uzgodnień będą przekazywane Wykonawcy najpóźniej na 10 dni roboczych przed terminem realizacji zlecenia, którego dotyczą.

Z kolei, ust. 3 § 7 stanowi, że o potrzebie użycia materiałów o charakterze nietypowym Zamawiający będzie informował Wykonawcę telefonicznie lub pisemnie najpóźniej na 4 dni robocze przed terminem realizacji zlecenia, którego dotyczą. Jako materiały o charakterze nietypowym należy rozumieć materiały niezbędne do realizacji prac, których Zamawiający nie zlecał przez co najmniej 3 miesiące poprzedzające termin realizacji zlecenia, o którym mowa powyżej.

Zamawiający określił zatem obowiązek realizacji prac przy wykorzystaniu materiałów nietypowych bez uwzględnienia uwarunkowań rynkowych mających kluczowe znaczenie dla realizacji przedmiotowych zleceń. Na uwagę w tym miejscu zasługuje po pierwsze, że uzgodnienia mają być dokonywane między zamawiającym a wykonawcą, następnie zamawiający może je jednostronnie zmienić i jeszcze oczekiwać, że wykonawca zdąży w 10 dni roboczych zamówić i sprowadzić materiały do realizacji zlecenia. W praktyce, co pokazuje realizacja aktualnej umowy, zaprezentowany sposób procedowania jest wyjątkowo niekorzystny dla wykonawcy i może powodować po jego stronie naliczanie kar umownych bez jego winy.

Z ust. 3 omawianego paragrafu wynika z kolei, jakie materiały mają charakter nietypowy. Tyle, że przyjęcie takiego sposobu rozumienia powoduje, że w celu realizacji zlecenia, wykonawca ma 4 dni robocze na zgromadzenie materiałów niezbędnych do realizacji. To powoduje natomiast, że albo wykonawca ma zgromadzony materiał i przechowuje go u siebie, choć trudno sobie wyobrazić przy tak wysoce zróżnicowanym przedmiocie zamówienia, by wykonawca był w stanie zgromadzić cały asortyment, albo dopiero zamawia go u dostawców. Przyjęcie drugiego wariantu nie uwzględnia w żadnym zakresie aktualnych uwarunkowań rynkowych, uwzględniających

choćby termin dostawy, co obrazuje przykład złożenia zamówienia nietypowych szyb zadaszania pętli Dw. Centralny, gdzie termin dostawy od momentu zamówienia wyniósł 45 dni. Już tylko z wiedzy życiowej wynika, że nawet produkty powszechnie dostępne dla konsumenta nie są dostarczane w terminie 4 dni od daty złożenia zamówienia, co dopiero materiały o większym wolumenie i stopniu skomplikowania. Tym samym nie sposób przyjąć, że określony przez Zamawiającego termin 4 dni roboczych jest wystarczający nie tylko do zgromadzenia materiałów, ale przede wszystkim do realizacji zamówienia.

#### **Ad. § 14 ust. 4 umowy**

Kara umowna ma na celu zdyscyplinowanie wykonawcy, który będzie realizował umowę w sprawie zamówienia publicznego, jednakże określenie jej na rażąco wysokim poziomie (tak jak w przypadku przedmiotowego projektu umowy) narusza zasady współzycia społecznego i wprowadza nadmierną nierówność stron umowy.

Zgodnie z § 14 ust. 4 umowy, w każdym przypadku zaniechania lub wstrzymania przez wykonawcę wykonywania usług stanowiących przedmiot niniejszej umowy, wykonawca zobowiązany jest do zapłaty na rzecz ZTM kary umownej w wysokości 50 000 zł za każdy dzień w którym usługi nie były wykonywane przez wykonawcę. Z kolei w punkcie 10 załącznika nr 2 do umowy, stanowiącego o zasadach organizacji pracy, obiegu i rozliczaniu dokumentów i materiałów oraz weryfikacji wykonania usług, zawarty został katalog uchybień w realizacji umowy i kar potrącanych z płatności wynagrodzenia wykonawcy, gdzie m. in. w pkt 10.1 wskazano, że niewykonanie zleconych prac lub ich nieprawidłowe wykonanie skutkuje potrąceniem kwoty równej dziesięciokrotności wartości zakwestionowanych prac obliczonej jako iloczyn współczynnika wej przypisanego do tych prac oraz ceny jednostkowej wynikającej z umowy (co wykonawca zresztą kwestionuje w dalszej części odwołania).

Tym samym katalog kar zawarty w załączniku nr 2 do umowy stanowczo wyczerpuje prawo zamawiającego do dochodzenia należnych mu kar umownych. Ustalenie natomiast kary umownej z powodu bliżej nieokreślonego zaniechania lub wstrzymania przez wykonawcę wykonywania usług, co i tak jest sanowane na gruncie załącznika nr 2 do umowy, stanowi niedopuszczalne podwójne karanie za takie samo uchybienie, z tym, że w przypadku wzoru umowy, odmiennie niż w załączniku nr 2, wysokość kary została ustalona na poziomie nieakceptowalnym przez Odwołującego, jako, że jest ona rażąco wysoka w stosunku do przedmiotu zamówienia.

#### **Ad. pkt 8. 1 załącznika nr 2 do umowy**

Zgodnie z pkt 8. 1 załącznika nr 2 do umowy, zlecenie może zostać poddane rozliczeniu po zdaniu materiałów z następującym zastrzeżeniem:

- przed zdaniem słupka przystankowego należy zdemontować (odkręcić) kotwę i TDW,
- po dokładnym i szczegółowym wypełnieniu przez brygadę przystankową wszystkich rubryk dotyczących wykonanych prac oraz wykorzystanych i zwracanych materiałów, a także naniesieniu stosownych adnotacji dotyczących czynności, których wykonanie nie było możliwe, oraz których zakres został zmieniony zgodnie z zapisami Umowy i niniejszego załącznika.

Powyżej wymienione czynności nie podlegają dodatkowej płatności przez Zamawiającego.

Na uwagę w tym miejscu zasługuje, że powyższe sformułowanie wymaga od Odwołującego realizacji zamówienia bez wynagrodzenia, mimo, że można je obliczyć na podstawie zasad zawartych w umowie. Każda z wymienionych operacji zawiera kod, czyli powinna zostać dopisana do zlecenia zgodnie z § 8 pkt 2 wzoru umowy. Wycenienie więc następuje poprzez: kod s06d zabranie wyrwanego słupka z przystanku wynosi 0,10wcj, a demontaż kotwy kod s01d = 0,10 wcj + demontaż tarczy przystankowej ze słupka - s09d = 0,11wcj.

Tym samym całkowicie niezrozumiałe jest oczekiwanie Zamawiającego realizacji zamówienia bez wynagrodzenia przysługującego Odwołującemu. Powyższe oczekiwanie bowiem w sposób rażący narusza równowagę stron przedmiotowej umowy i jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego.

#### **Ad. pkt 10.1 załącznika nr 2 do umowy**

Zamawiający w punkcie 10.1 załącznika nr 2 do umowy wskazał w jaki sposób zostanie naliczona kara w przypadku niewykonania lub nieprawidłowego wykonania zleconych prac. Zamawiający określił wysokość kary jako dziesięciokrotną wartość zakwestionowanego zlecenia. Wykonawca zwraca uwagę, iż kara taka jest niewspółmierna i nieproporcjonalna oraz nieadekwatna do naruszenia przez wykonawcę jego obowiązków. W tym względzie wykonawca podtrzymuje w całości argumentację dotyczącą kar umownych zaprezentowaną odnośnie § 14 ust. 4 umowy i wskazuje, że utrzymanie kary na zaprezentowanym poziomie, pełni rolę wyłącznie odstrasżającą od złożenia oferty, a nie służy zabezpieczeniu interesów Zamawiającego.

#### **Ad. punktu 3.11) i 3.12) odwołania, co znalazło swoje odzwierciedlenie w żądaniach zawartych w punkcie 4.13)-4.17) odwołania**

Uwzględniając znaczną liczbę błędów Zamawiającego dla opracowanych przez niego współczynników pracochłonności wcj, Odwołujący w celu zapewnienia czytelności odwołania usystematyzował je w dwie kategorie zarzutów, które następnie przełożyły się na pięć żądań. Dla Odwołującego jest całkowicie niezrozumiałym z jakich powodów Zamawiający albo obniżył współczynniki w stosunku do aktualnie obowiązującej umowy dla kodów: U16W; U16M; U16D; S16M; S16W; W11W; W11M; W11D; W15C; G01W; G01M; G01D; G04W; G04M; G04D;



G08W; G08M; G08D czy G19C, albo ustalił ich wartość na poziomie 0, 00 (kod W09M). Zamawiający wykorzystując swoją pozycję ustalił dla wskazanych powyżej kodów wartości z pominięciem uwarunkowań rynkowych i gospodarczych na poziomie uniemożliwiającym realizację zamówienia za rzeczywiście poczyniony nakład pracy. Ceny usług z pewnością w stosunku do roku 2015 wzrosły, a mimo to Zamawiający nie tylko nie utrzymał wartości przyjętych ponad 4 lata temu, a jeszcze je obniżył, gdzie tylko na marginesie Odwołujący wskazuje, że technologia wykonania poszczególnych elementów zamówienia nie uległa żadnej zmianie. To z kolei stawia pod znakiem zapytania racjonalność jego działań, a także oczekiwań odnośnie realizacji przyszłego kontraktu.

Powyższa argumentacja jest także aktualna dla konieczności ustalenia dla wskazanych kodów wszystkich części składowych niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia w tym dla: kodu S19M, gdzie brak jest składowej kodu " umieszczenie tabliczki "zakaz Palenia w miejscu mocowania oraz brak jest składowej kodu " zabranie tabliczki "zakaz Palenia z miejsca mocowania; kodu S19W – gdzie brak jest składowej kodu "zabranie tabliczki, umieszczenie tabliczki" zakaz Palenia w miejscu mocowania; kodu W03M - brak jest składowej kodu " umieszczenie tabliczki ze strzałką w miejscu mocowania; kodu W03D - brak jest składowej kodu " zdjęcie tabliczki ze strzałką z miejsca mocowania; kodu W09D - zmiana składowej kodu na Montaż przykręcenie na Demontaż śruby / wkrętu / nitu; kodu W12W - brak jest czynności składowych na zdjęcie i założenie tabliczki identyfikacyjnej; kodu W12M - brak jest czynności składowych na założenie tabliczki identyfikacyjnej; kodu W12D - brak jest czynności składowych na zdjęcie tabliczki identyfikacyjnej; kodu W16W - brak jest składowej kodu na założenie arkusza poliwęglanu; kodu W19M – brak jest składowej kodu zdjęcia dekla tablicy lub otwarcia gabloty, analogicznie zamknięcia; kodu G009W - w składowej kodu brakuje czynności polegających na rozkręceniu i ponownym dokręceniu dekla; kodu G009M - w składowej kodu brakuje czynności polegających na rozkręceniu i ponownym dokręceniu dekla; kodu G009D - w składowej kodu brakuje czynności polegających na rozkręceniu i ponownym dokręceniu dekla.

Powyższe wskazuje bowiem w sposób jednoznaczny na niestaranność Zamawiającego w opracowywaniu dokumentacji przetargowej, co winno zostać wyeliminowane poprzez dokonanie przez niego stosownych zmian w treści siwz. To samo dotyczy konieczności uzupełnienia wartości składowych operacji we współczynnikach pracochłonności wej dla kodów: W21M; W21D czy W21W, gdyż ich brak uniemożliwia prawidłową realizację zamówienia, jak też następnie rozliczenie prac objętych wskazanymi kodami. Brak staranności Zamawiającego dla opracowywania wartości współczynników wej potwierdza choćby rozbieżność w wartościach dla kodów W21P i W21 (różnica 2 wej), mimo, że wszystkie składowe kodu są takie same.

Mając zatem na uwadze argumentację przedstawioną w treści uzasadnienia niniejszego odwołania, potwierdzającą jednoznacznie, że podczas formułowania postanowień umowy, w tym w szczególności wymagań, obowiązków dla wykonawców czy też współczynników pracochłonności, nie zostały uwzględnione uwarunkowania rynkowe, przez co Zamawiający wykorzystał swoją pozycję formując postanowienia wyłącznie dla niego korzystne, co w sposób niebudzący wątpliwości narusza zasady współżycia społecznego, złożenie odwołania jest w pełni uzasadnione i konieczne.

Załączniki:

1. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania
2. Aktualny odpis z CEIDG
3. Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu

**Rebot**® Tomaszewski Robert  
05-200 WOŁOMIN, ul. Kościelna 63  
tel./fax 22 787-30-31 ©  
REGON 002043315, NIP 125-001-43-86

DYREKTOR  
  
Robert Tomaszewski

