

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 23 sierpnia 2024 roku

Po rozpatrzeniu w dniu 23 sierpnia 2024 roku w Warszawie zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie przez Zamawiającego: **Stowarzyszenie „Obszar Metropolitalny Gdańsk-Gdynia-Sopot”** dotyczących wyniku kontroli doraźnej przeprowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: **„Uruchomienie, Zarządzanie i Eksploatacja Systemu Roweru Metropolitalnego”**, wskazującej na naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 144 ust. 1 pkt 1 oraz art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Agnieszka Trojanowska

Wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu
Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie**

UZASADNIENIE

Przeprowadzona przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrola doraźna dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „**Uruchomienie, Zarządzanie i Eksploatacja Systemu Roweru Metropolitalnego**”,”. Postępowanie zostało przeprowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) w trybie dialogu konkurencyjnego. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego wszczęto w dniu 8 kwietnia 2020 roku. Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy City Bike Global S.A. (dalej: „Wykonawca”), a następnie zawarł z tym Wykonawcą umowę w sprawie zamówienia publicznego w dniu 8 lutego 2022 r.

W prowadzonym postępowaniu kontrolnym Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej jako „PUZP” lub „Kontrolujący”), działając na podstawie art. 603 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zmianami), przeprowadził kontrolę doraźną, w wyniku której na podstawie art. 609 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stwierdził naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 144 ust. 1 pkt 1 oraz art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, polegające na bezpodstawnej zmianie Umowy z dnia 8 lutego 2022 r. poprzez dokonanie modyfikacji rozwiązań technologicznych określonych w OPZ w zakresie dotyczącym rowerów ze wspomaganie elektrycznym, prowadząc do zastąpienia rowerów marki VAIMOO, które zostały pierwotnie zaoferowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, rowerami marki SEGWAY A200, o wadze przekraczającej wagę maksymalną wymaganą pierwotnie w OPZ, pomimo iż nie zachodziły przesłanki zawarte w klauzulach przeglądowych oraz określone przepisem art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Informacja o wyniku kontroli doraźnej została przekazana Zamawiającemu w dniu **22 lipca 2024 roku**.

Na podstawie dokumentów otrzymanych przez Zamawiającego (przesyłanych dwukrotnie) Kontrolujący ustalił, że Zamawiający przeprowadził w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Uruchomienie, Zarządzanie i Eksploatacja Systemu Roweru Metropolitalnego, którego wartość przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W wyniku przeprowadzenia postępowania w dniu 8 lutego 2022 r. Zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego z Wykonawcą City Bike Global S.A., zwaną dalej „Umową”.

Umowa ta przewidywała między innymi, że Wykonawca zobowiązany jest w jej ramach: *„wykonać Przedmiot Umowy, zgodnie z warunkami Umowy, SIWZ oraz złożoną ofertą i Koncepcją funkcjonowania, w tym w szczególności zapewnić rowery (Rowery standardowe oraz Rowery z napędem wspomaganym elektrycznie) zgodne z OPZ i rowerami przedstawionymi w ramach postępowania o udzielenie zamówienia (§ 3 ust. 10 Umowy).”*

Zgodnie z § 6 ust. 1 Umowy, Wykonawca zobowiązał się *„wykonać Przedmiot Umowy wedle najlepszych rozwiązań współczesnej wiedzy technicznej, obowiązujących norm oraz przepisów prawa, SIWZ (w tym OPZ) oraz przy uwzględnieniu wymogu najwyższej staranności.”*

Jednocześnie w § 6 ust. 6 Umowy Zamawiający zawarł postanowienie zgodnie, że *„Wykonawca gwarantuje, że rowery, urządzenia i wyposażenie, które dostarczy i będą wykorzystywane w celu realizacji Przedmiotu Umowy, będą spełniały warunki określone w SIWZ (w tym OPZ) oraz będą: nowe, nieużywane, wyprodukowane według najnowszych osiągnięć technicznych i odpowiadać będą najwyższym standardom jakościowym, bezpieczeństwa i ochrony środowiska dotyczącym materiałów i wykonawstwa. Wykonawca gwarantuje także, że dostarczane rowery oraz elementy SRM MEVO wolne będą od jakichkolwiek wad produkcyjnych, konstrukcyjnych, materiałowych lub wynikających z nienależytej jakości ich wykonania oraz będą zgodne z parametrami technicznymi podanymi przez producenta i zaakceptowaną przez Zamawiającego dokumentacją projektową i SIWZ. Powyższe nie dotyczy elementów SRM MEVO przekazanych Wykonawcy przez Zamawiającego.”*

W § 21 ust.1 Umowy Zamawiający zawarł klauzule przeglądowe, w oparciu o które Strony były uprawnione do dokonania zmian Umowy:

- a) przypadku zmian nieistotnych w rozumieniu art. 144 ust. 1e uPzp;
- b) (...)
- c) zakresie terminu realizacji Przedmiotu Umowy, w tym terminów pośrednich

(poszczególnych etapów) w przypadku:

1.1.c.1 działania siły wyższej, uniemożliwiającej realizację przedmiotu zamówienia w określonym pierwotnie terminie, o czas działania siły wyższej oraz potrzebny do usunięcia skutków tego działania; pod pojęciem „siły wyższej” rozumiane jest zdarzenie zewnętrzne, niemożliwe do przewidzenia, którego skutkom nie można zapobiec, w szczególności: stan wojny, stan klęski żywiołowej, strajk generalny, powódzie, stan epidemii Covid 19;

1.1.c.2 wystąpienia okoliczności niezależnych od Wykonawcy i Zamawiającego, np. niesprzyjające warunki atmosferyczne - tj. np. długotrwałe intensywne opady deszczu, śniegu, podtopienia, temperatura powietrza, przy której niemożliwe jest prowadzenie prac, opóźnienie w uruchomieniu systemu FALA mające wpływ na termin realizacji Etapu IV - których

nie można było przewidzieć przy zachowaniu należytej staranności, o ile Wykonawca wykaże, że okoliczności te miały bezpośredni wpływ na niemożliwość realizacji świadczenia w terminie określonym Umową - w tym przypadku termin wykonania Przedmiotu Umowy może ulec zmianie proporcjonalnie do czasu wystąpienia ww. zdarzeń;

1.1.c.3 (...);

1.1.c.4 (...);

1.1.c.5 (...);

d) (...);

e) w zakresie zmiany rozwiązań technologicznych określonych OPZ spowodowanej w szczególności: niedostępnością na rynku materiałów, technologii lub urządzeń wskazanych w OPZ lub wycofania z rynku tych materiałów, technologii lub urządzeń bądź pojawieniem się na rynku materiałów, technologii lub urządzeń nowszej generacji zapewniających wyższy standard funkcjonowania systemu SRM MEVO (bez zmiany rodzaju i charakteru realizowanej Umowy, a także zmiany celu, jaki ma być osiągnięty w ramach realizacji Umowy);

f) (...).

Stosownie do § 22 Umowy: „Integralną częścią Umowy są: Oferta złożona przez Wykonawcę wraz z Koncepcją funkcjonowania oraz Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), w tym OPZ, których postanowienia wiążą obie strony Umowy.”

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawierał załącznik nr 6 do SIWZ, stanowiącym odrębny dokument. W pkt 3 OPZ, wskazano wymagania względem roweru z napędem wspomaganym elektrycznie, w tym wskazano, że masa roweru z jego wyposażeniem, w tym z baterią, nie może przekraczać 36 kg (ppkt g).

Zgodnie pkt 17. OPZ Wymagania w zakresie reakcji na zdarzenie, ustala się czas reakcji (czyli doprowadzenia do powrotu do stanu pożądanego) dla uszkodzonych elementów SRM MEVO:

b) Usterki istotnej – rower nienadający się do jazdy - usterka do usunięcia między 2:00-5:00 każdego dnia, od momentu zgłoszenia dla usterek istotnych dla funkcjonowania roweru, w tym: uszkodzenie: łańcucha/paska/wału Kardana, opony, koła (w tym rozcentrowanie) w stopniu utrudniającym lub uniemożliwiającym jazdę, oświetlenia, siodełka w tym wspornika lub szybkozacisku (w tym wymagany nacisk w celu jego obsługi wyższy niż określony w punkcie 2d), dzwonka, przrzutek, hamulców lub słabe działanie hamulców, uszkodzenie ramy, kierownicy, mechanizmu korbowego, zapięcia rowerowego, blokady, komputera pokładowego, usterka napędu elektrycznego.

W przypadku braku możliwości wykonania powyższych czynności, należy wymienić rower na inny sprawny.

W pkt 1. 2 d) OPZ wskazano, że: Rowery, z zastrzeżeniem wytycznych, o których mowa w lit. c), winny być udostępnione Klientom w SRM MEVO minimum rok. Po upływie tego okresu Strony (z ewentualnym udziałem wyznaczonego przez Zamawiającego podmiotu) dokonają obowiązkowo wspólnego audytu stanu zniszczenia i zużycia ww. rowerów z punktu widzenia ich dalszej eksploatacji, zaś Wykonawca dostarczy, w miejsce roweru wycofanego z eksploatacji, rower zgodny z OPZ i prototypem przekazanym wraz z Koncepcją funkcjonowania, w ten sposób, iż:

1. w przypadku gdy rowery przekazane przez Zamawiającego będą przeznaczone do wykorzystania jako Rowery standardowe - Wykonawca dostarczy Rower standardowy, a
2. w przypadku gdy rowery przekazane przez Zamawiającego będą przeznaczone do wykorzystania jako Rowery ze wspomaganie elektrycznym - Wykonawca dostarczy Rower ze wspomaganie elektrycznym.

Do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 26 lipca 2021 r., wpłynęły dwie oferty złożone przez:

1. Konsorcjum BikeU sp. z o.o., 00-124 Warszawa, Rondo ONZ 1 i Freebike s.r.o., 186, Praha 8, Krizkova 237/36A z ceną 365 310 000 zł brutto;
2. City Bike Global SA, Av. Via Auugusta 105, 08174 Sant, Cugat del Valles, Barcelona, z ceną 159 266 550 zł brutto.

Na sfinansowanie zamówienia w części podstawowej Zamawiający zabezpieczył kwotę 107 487 162,00 zł brutto.

Jako ofertę najkorzystniejszą wybrano ofertę złożoną przez Wykonawcę City Bike Global SA, który jako rower z napędem elektrycznym zaoferował model VAIMOO FREE, którego waga wynosi 30 kg.

W trakcie realizacji zamówienia, w dniu 23 maja 2023 r., Zamawiający powołując się na art. 144 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp2004 r., oraz postanowienia umowne zawarte w § 21 ust. 1 lit. e i § 21 ust. 1 lit. c pkt 1.1.c.2 Umowy, zawarł z Wykonawcą Aneks nr 1 do Umowy (dalej jako: „Aneks”), w którym w § 1 ust. 1 wskazano, że: *„Strony dokonują zmiany rozwiązań technologicznych określonych OPZ w zakresie dotyczącym rowerów ze wspomaganie elektrycznym, w zakresie określonym szczegółowo specyfikacją techniczną stanowiącą*

Załącznik nr 1 do niniejszego Aneksu". W rezultacie zawartego aneksu do Umowy, w przypadku rowerów z napędem wspomaganym elektrycznie, w miejsce wcześniej oferowanych rowerów VAIMOO dopuszczono realizację rowerami marki SEGAWAY A200, których waga wynosiła ok. 42-43 kg, a zatem przekracza wymaganą w OPZ przez Zamawiającego całkowitą maksymalną wagę 36 kg.

Jednocześnie w treści pkt 2 Aneksu wskazano, że: W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wskutek którego została zawarta Umowa (postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Uruchomienie, zarządzanie i eksploatacja Systemu Roweru Metropolitalnego” nr OMGGS/DK/01/2020; dalej: „Postępowanie”), Wykonawca przedstawił Zamawiającemu, zgodnie z wymogami określonymi dla Postępowania, w szczególności Koncepcję realizacji zamówienia (dalej: „Koncepcja”) uwzględniającą m.in. zastosowanie dla realizacji zamówienia rowerów ze wspomaganie elektrycznym produkcji firmy VAIMOO. W ramach przedmiotowej Koncepcji Wykonawca przedstawił m.in.:

- a) Szczegółową specyfikację nowego roweru ze wspomaganie elektrycznym;
- b) Certyfikaty zgodności, potwierdzania spełniania norm przewidzianych dla rowerów elektrycznych: norma PN-EN 15194:2018-01 lub równoważna oraz PN-EN ISO 4210-3:2014-09, PN-EN ISO 4210-1:2014-09, PN EN ISO 4210-2:2015-12, PN-EN ISO 4210-3:2014-09, PN-EN ISO 4210-4:2014-09, PN EN ISO 4210-5:2014-09, PN-EN ISO 4210-6:2015-10, PN-EN ISO 4210-7:2014-08, PN EN ISO 4210-8:2014-09, PN-EN ISO 4210-9:2014-09 – lub równoważne, jak również przekazał 2 rowery standardowe oraz 2 rowery ze wspomaganie elektrycznym, wraz z niezbędnymi urządzeniami i oprogramowaniem potrzebnymi do uruchomienia i ładowania rowerów, celem dokonania ich stosownego badania. W szczególności, wydane certyfikaty obejmowały również orzeczenie o zgodności ram rowerów z obowiązującymi europejskimi normami dla rowerów miejskich.

Zgodnie z treścią pkt 3 Aneksu: Wskutek przeprowadzonych przez Zamawiającego czynności badania i oceny oferty Wykonawcy, w tym w szczególności weryfikacji informacji i dokumentów przedstawionych wraz z Koncepcją oraz badania rowerów, o których mowa w Koncepcji i które dostarczono Zamawiającemu zgodnie z wymogami dokumentacji Postępowania, przez niezależnego biegłego rzeczoznawcę, Zamawiający ustalił, iż oferta Wykonawcy, a w szczególności przewidziane przezeń dla realizacji zamówienia rowery, są zgodne z wymogami określonymi w Postępowaniu (w tym zwłaszcza wymogami OPZ),

a w szczególności przewidziane do realizacji zamówienia rowery spełniają wszystkie wymagane standardy, w tym zwłaszcza standardy bezpieczeństwa i jakości użytkowania.

W treści pkt 4 Aneksu wskazano, że: W toku realizacji zamówienia przez Wykonawcę Strony stwierdziły, iż – pomimo zgodności rowerów opisanych w Koncepcji z wymogami Zamawiającego i posiadania przez nie wszystkich wymaganych dokumentów (dopuszczeń, certyfikatów, atestów etc.) i spełniania przez nie standardów bezpieczeństwa i jakości użytkowania – występują incydenty polegające na mikropęknięciach ram rowerów ze wspomaganie elektrycznym, mimo ich zgodności z wymaganymi normami i certyfikatami ISO, wpływające negatywnie na niezawodność i możliwość wykorzystywania w funkcjonowaniu Systemu Roweru Metropolitalnego (dalej: „System”), w szczególności w przypadku ich użytkowania przez ogół użytkowników, różniących się m.in. warunkami fizycznymi, sposobem obchodzenia z rowerami, stylem jazdy etc.

Zgodnie z dalszą treścią Aneksu (pkt 5): Z tego względu, w celu zagwarantowania najwyższego bezpieczeństwa użytkowników oraz niezachwianej jakości funkcjonowania Systemu wyeliminowania ww. ryzyk, Wykonawca wskazał i potwierdził Zamawiającemu gotowość do wykorzystania w realizacji Umowy, w miejsce rowerów VAIMOO, rowerów SEGWAY A200 o lepszych (wyższych) w stosunku do rowerów VAIMOO parametrach technicznych, co udokumentował przedstawiając specyfikację techniczną producenta (stanowiącą Załącznik nr 1 do niniejszego Aneksu) oraz modelowy egzemplarz roweru SEGWAY A200. Zamawiający, wskutek przeprowadzonych czynności weryfikacyjnych ustalił, że zaproponowane przez Wykonawcę rowery SEGWAY A200 istotnie spełniają powyższe postulaty oraz istotnie są rowerami o wyższych (lepszych) względem rowerów VAIMOO parametrów technicznych.

Punkt 8 Aneksu stanowił, że zgodnie z:

a) § 21 ust. 1 lit. e Umowy, Strony uprawnione są do dokonania zmian postanowień Umowy w zakresie „zmiany rozwiązań technologicznych określonych OPZ spowodowanej w szczególności: niedostępnością na rynku materiałów, technologii lub urządzeń wskazanych w OPZ lub wycofania z rynku tych materiałów, technologii lub urządzeń bądź pojawieniem się na rynku materiałów, technologii lub urządzeń nowszej generacji zapewniających wyższy standard funkcjonowania systemu SRM MEVO (bez zmiany rodzaju i charakteru realizowanej Umowy, a także zmiany celu, jaki ma być osiągnięty w ramach realizacji Umowy)”;

b) § 21 ust. 1 lit. c pkt 1.1.c.2 Umowy, Strony uprawnione są do dokonania zmian postanowień Umowy w zakresie terminu realizacji Przedmiotu Umowy, w tym terminów pośrednich (poszczególnych etapów) w przypadku „wystąpienia okoliczności niezależnych od

Wykonawcy i Zamawiającego, np. niesprzyjające warunki atmosferyczne, tj. np. długotrwałe intensywne opady deszczu, śniegu, podtopienia, temperatura powietrza, przy której niemożliwe jest prowadzenie prac, opóźnienie w uruchomieniu systemu FALA mające wpływ na termin realizacji Etapu IV - których nie można było przewidzieć przy zachowaniu należytej staranności, o ile Wykonawca wykaze, że okoliczności te miały bezpośredni wpływ na niemożliwość realizacji świadczenia w terminie określonym Umową - w tym przypadku termin wykonania Przedmiotu Umowy może ulec zmianie proporcjonalnie do czasu wystąpienia ww. zdarzeń”;

c) art. 144 ust. 1 pkt 3 (art. 455 ust. 1 pkt 4) Ustawy z dnia 11 listopada 2019 roku Prawo zamówień publicznych, tekst jednolity: Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., przytoczony również w § 21 ust. 3 pkt 2) Umowy) ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp”): „Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: (...) 3) zostały spełnione łącznie następujące warunki:

a) konieczność zmiany umowy lub umowy ramowej spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć,

b) wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej”.

W pkt 9 Aneksu podano, że: W świetle opisanych powyżej okoliczności stwierdzono, że w trakcie realizacji Umowy wystąpiły okoliczności mające wpływ na rozwiązania technologiczne określone OPZ, a także realizację Przedmiotu Umowy w pierwotnie przewidzianych nią terminach określonych w § 2 ust. 1 i 2 Umowy, wypełniające dyspozycje postanowień i przepisów powołanych w pkt 8 powyżej, stanowiących podstawę dopuszczalności zmiany Umowy. W szczególności bowiem:

a) rowery SEGWAY A200 zapewniają wyższy standard funkcjonowania Systemu i posiadają wyższe (lepsze) względem rowerów VAIMOO parametry techniczne;

b) jakkolwiek z formalnego punktu widzenia rozwiązania (materiały, technologie, urządzenia) uwzględnione w rowerach VAIMOO nie zostały wycofane z rynku, jednakże w Świetle opisanych wyżej okoliczności faktycznych i incydentów związanych z ich praktycznym zastosowaniem w Systemie, rozwiązania te należy w rozumieniu funkcjonalnym uznać za niedostępne z punktu widzenia przydatności włączenia ich do Systemu;

c) wystąpienie incydentów związanych z zastosowaniem w Systemie rowerów VAIMOO, wobec ich zgodności z wymogami Zamawiającego (w tym OPZ) i posiadania przez nie

wszystkich wymaganych dokumentów (dopuszczeń, certyfikatów, atestów etc.) i spełniania przez nie formalnie standardów bezpieczeństwa i jakości użytkowania, stanowi okoliczność niezależną od Stron, której zarówno Zamawiający, jak i Wykonawca, nie mogli przewidzieć działając z należytą starannością;

W § 3 ust. 1 Aneksu nr 1 wskazano, że: „Strony zgodnie potwierdzają, że w związku ze zmianami dokonywanymi mocą niniejszego Aneksu wysokość wynagrodzenia Wykonawcy nie ulegnie zmianie.”

Stosownie do § 4 ust. 3 załącznikami do aneksu, stanowiącymi jego integralną całość, są:

- a) Załącznik nr1 – specyfikacja techniczna producenta rowerów SEGWAY A200;
- b) Załącznik nr 2 – certyfikaty ISO rowerów SEGWAY A200;
- c) Załącznik nr3 – raport z testów badania ram rowerów SEGWAY A200;
- d) Załącznik nr 4 – raport z testów badania ram rowerów VAIMOO;
- e) Załącznik nr 5 – certyfikaty ISO rowerów VAIMOO.

Zgodnie z treścią specyfikacji technicznej producenta rowerów SEGWAY A200, będącej załącznikiem nr 1 do ww. Aneksu, maksymalna waga ww. roweru ze wspomaganie elektrycznym to 42-43 kg [oryg. „about 42-43kg (without battery: 35,1 kg)”].

Wyjaśnienia Zamawiającego złożone w toku postępowania wyjaśniającego oraz kontroli doraźnej.

W piśmie z dnia 6 lipca 2023 r. Zamawiający, udzielając wyjaśnień przytoczył treść Aneksu nr 1 podając podstawy prawne zmiany Umowy.

Ponadto, Zamawiający wyjaśnił (por. pkt 8 wyjaśnień z dnia 6 lipca 2023 r.), że wskutek przeprowadzonych czynności weryfikacyjnych, stwierdzono iż:

1) wystąpienie incydentów związanych z zastosowaniem w Systemie rowerów pierwotnie wymaganych oraz wskazanych w Koncepcji (rowery VAIMOO), wobec zgodności rowerów z wymogami Postępowania (w tym OPZ) i posiadania przez nie wszystkich wymaganych dokumentów (dopuszczeń, certyfikatów, atestów etc.) i spełniania przez nie formalnie standardów bezpieczeństwa i jakości użytkowania przewidzianych dla miejskich rowerów cywilnych, stanowiło okoliczność niezależną od Stron (w szczególności zaś niezawinioną przez Wykonawcę), której zarówno Zamawiający, jak i Wykonawca, nie mogli przewidzieć działając z należytą starannością. Wada rozwiązań technicznych pierwotnie

określonych dla rowerów ze wspomaganiem elektrycznym miała charakter ukryty i niemożliwy do wykrycia na etapie poprzedzającym zawarcie Umowy, w tym przy przygotowywaniu przez Zamawiającego OPZ i określaniu rozwiązań, jakie mają zostać zastosowane w rowerach ze wspomaganiem elektrycznym, a wada ta ujawniła się dopiero w toku zintensyfikowanych testów i bezpośredniej długotrwałej eksploatacji rowerów na wyższych (niż wymagane atestami, normami etc. i weryfikowanych podczas standardowych dla tego typu pojazdów testach) poziomach.

2) konieczne i uzasadnione jest dokonanie zmian w odniesieniu do rozwiązań technicznych dla rowerów ze wspomaganiem elektrycznym, które będą zapobiegać opisanym wyżej sytuacjom i ryzykom, w tym w szczególności rozwiązań wzmacniających rowery (zwłaszcza ich ramy) pierwotnie przewidziane do zasilenia Systemu. Zastosowanie m.in. wzmocnionych ram wiąże się przy tym z koniecznością zapewnienia większej baterii dla roweru, aby był on nadal funkcjonalny i umożliwiał jazdę na tożsamym odcinku co pierwotnie zakładany, co w konsekwencji niesie za sobą również wzrost wagi roweru przewidzianego do wykorzystania w Systemie;

3) jakkolwiek z formalnego punktu widzenia rozwiązania (materiały, technologie, urządzenia) uwzględnione w rowerach VAIMOO nie zostały wycofane z rynku, jednakże w świetle opisanych wyżej okoliczności faktycznych i incydentów związanych z ich praktycznym zastosowaniem w Systemie, rozwiązania te należy w rozumieniu funkcjonalnym uznać za niedostępne z punktu widzenia przydatności włączenia ich do Systemu;

4) rowery SEGWAY A200 istotnie zapewniają wyższy standard funkcjonowania Systemu i posiadają wyższe, (lepsze, bardziej zaawansowane technicznie) względem rowerów przewidzianych pierwotnie, parametry techniczne, w tym zastosowano w nich części o wyższej technologii, a rowery te spełniają podwyższone standardy (w tym posiadają certyfikację) analogiczne jak dla rowerów górskich, które to standardy są bardziej rygorystyczne niż te obowiązujące dla miejskich rowerów cywilnych. Przeprowadzone w niezależnym laboratorium we Francji testy wytrzymałościowe ww. rowerów, niezależnie od warunków użytkowania i cech fizycznych użytkowników, nie prowadziły do występowania jakichkolwiek uszkodzeń, wobec czego zastosowane w nich wzmocnione rozwiązania techniczne są adekwatne, aby usunąć ryzyka związane z sytuacjami opisanymi wyżej.

Zamawiający podsumował, że: Z uwagi na powyższe (...) ustalił, że w świetle powołanych wyżej postanowień Umowy i przepisów Pzp, zachodzą podstawy faktyczne i prawne do dokonania zmiany Umowy w zakresie obejmującym rozwiązania techniczne dla rowerów ze

wspomaganiem elektrycznym, w tym prowadzące do zmiany finalnej wagi roweru. W szczególności bowiem incydenty dotyczące pęknięcia ram rowerów ze wspomaganiem elektrycznym pierwotnie przewidywanych Umową stanowiły okoliczności, których przewidzenie nie było możliwe przez Strony i zachodziły z przyczyn niezależnych od Wykonawcy czy podmiotów, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność. Rowery te spełniały wszystkie wymagane standardy, a mimo to w realiach testów funkcjonowania Systemu konieczne stało się wdrożenie dodatkowych środków, celem zmitigowania potencjalnych ryzyk dla przyszłych użytkowników Systemu, wynikających z choćby minimalnego prawdopodobieństwa możliwości występowania ww. incydentów w trakcie pełnej eksploatacji Systemu.

Zamawiający podkreślił również, że:

a) wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu realizacji zamówienia nie uległo zmianie, zaś zgodnie z postanowieniami Umowy Wykonawca nie otrzymuje wynagrodzenia z tytułu realizacji Umowy do momentu pełnego uruchomienia Systemu;

b) zmiana wdrożona Aneksem nie przekroczyła 50% wartości zamówienia określonej w § 14 ust. 1 Umowy;

c) zmiany dokonane mocą Aneksu nie zmieniły rodzaju i charakteru Umowy ani celu, który ma być osiągnięty za pomocą jej realizacji, a ich dokonanie było niezbędne do osiągnięcia tego celu przez zapewnienie najwyższego standardu funkcjonowania Systemu z perspektywy jego użytkowników.

d) konieczność wprowadzenia rozwiązań i rowerów różnych od pierwotnie przyjętych przez Wykonawcę, wpływa na terminy realizacji zamówienia określone Umową;

e) wartość zmian dokonanych na mocy niniejszego Aneksu nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej w § 14 ust. 1 Umowy, tj. kwoty 64.742.500,00 zł (słownie: sześćdziesiąt cztery miliony siedemset czterdzieści dwa tysiące pięćset złotych 00/100) netto, tj. 79.633.275,00 zł (słownie: siedemdziesiąt dziewięć milionów sześćset trzydzieści trzy tysiące dwieście siedemdziesiąt pięć złotych 00/100) brutto. W szczególności bowiem, wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu realizacji zamówienia nie ulega zmianie, ponadto Wykonawca nie otrzymuje wynagrodzenia z tytułu realizacji Umowy do momentu pełnego uruchomienia Systemu (wydłużeniu ulega okres, w którym Wykonawca nie będzie pobierać wynagrodzenia). System po uruchomieniu będzie funkcjonować przez pierwotnie przewidziany okres, tj. 72 miesiące od wdrożenia Etapu III.

f) zmiany w zakresie opisanym niniejszym Aneksem nie zmieniają rodzaju i charakteru Umowy ani celu, który ma być osiągnięty za pomocą jej realizacji, a ich dokonanie

jest niezbędne właśnie do osiągnięcia tego celu przez zapewnienie najwyższego standardu funkcjonowania Systemu z perspektywy jego użytkowników.

Na wezwanie Urzędu, w kolejnych wyjaśnieniach udzielonych pismem z dnia 3 stycznia 2024 r., Zamawiający wskazał, że: Incydenty mikrouszkodzeń ram rowerów z napędem elektrycznym zaobserwowane zostały po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Pierwsze doniesienia o występowaniu incydentów mikrouszkodzeń zarejestrowane zostały przez Zamawiającego wiosną 2023 roku, w drodze bezpośrednich konsultacji z przedstawicielami miasta Sztokholm, w którym zastosowane zostały identyczne (o identycznych rozwiązaniach technicznych co zastosowane w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego) rowery z napędem elektrycznym w rodzimym systemie rowerów miejskich, a które były użytkowane w tym mieście od maja 2022 roku. Mając na uwadze, iż wdrożenie systemu roweru publicznego działającego w Sztokholmie znajdowało się na późniejszym (bardziej zaawansowanym) etapie realizacji (jako że system sztokholmski był już systemem aktywnie działającym, w przeciwieństwie do Systemu wdrażanego w ramach Umowy, który w tym czasie znajdował się na wcześniejszym etapie i nie był jeszcze otwarty dla ogółu użytkowników), Zamawiający w roku 2022 oraz 2023 aktywnie śledził proces wdrażania systemu roweru publicznego w Sztokholmie, jak również na bieżąco monitorował doniesienia o pojawiających się tam usterkach. Celem powyższego, zorganizowane zostały dwie wizyty studyjne oraz kilka spotkań online z przedstawicielami miasta. To właśnie w trakcie ww. spotkań Zamawiający pozyskał informację o pojawiających się tam problemach związanych z mikrouszkodzeniami ram rowerów oraz ich pękaniem podczas jazdy, co skutkowało dużym uszczerbkiem na zdrowiu użytkowników. Doniesienia takie pojawiły się również w sztokholmskiej prasie.

Jak już zostało wskazane w treści wyjaśnień z dnia 7 lipca 2023 r., władze Sztokholmu podjęły próby wdrożenia działań zaradczych, które mogłyby zapobiec występowaniu takich zdarzeń bez jednoczesnego zmieniania rozwiązań technicznych. Takie wysiłki okazały się jednak nieskuteczne i nie doprowadziły do usunięcia stwierdzonych zagrożeń, czego konsekwencją była konieczność zamknięcia przez władze Sztokholmu całego systemu roweru metropolitalnego.

Już po zidentyfikowaniu 2 (dwóch) pierwszych przypadków ww. incydentów mikrouszkodzeń w opisanym wyżej okresie, zlecone zostało przeprowadzenie szczegółowych, profesjonalnych i niezależnych badań laboratoryjnych (których wyniki przekazane zostały przez Zamawiającego przy poprzedniej korespondencji), a które potwierdziły fakt występowania

mikropęknięć w miejscach analogicznych w stosunku do tych zaobserwowanych w trakcie aktywnie użytkowanych rowerów w Sztokholmie. Wskutek przeprowadzonych czynności weryfikacyjnych stwierdzono, iż wada rozwiązań technicznych pierwotnie określonych dla rowerów ze wspomaganie elektrycznym miała charakter ukryty i niemożliwy do wykrycia na etapie poprzedzającym zawarcie Umowy, w tym przy przygotowywaniu przez Zamawiającego OPZ i określaniu rozwiązań, jakie mają zostać zastosowane w rowerach ze wspomaganie elektrycznym, a także na dalszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia (podczas którego Zamawiający również dokonywał oceny przedstawionych rowerów z udziałem biegłego). Jak bowiem ustalono, wskutek dalej opisanych wyżej badań laboratoryjnych, zidentyfikowana wada związana była z przedwczesnym zmęczeniem materiału będącym rezultatem nieodpowiedniego odprowadzania drgań, prowadzącym w dalszej konsekwencji do pęknięcia ramy. Co więcej, wyniki ww. badań wykazały, że mikropęknięcia ram następują w tym samym miejscu i wyłącznie kwestią czasu będzie ich ujawnienie się we wszystkich rowerach, i tym samym zagrożenie utraty zdrowia lub życia przez użytkowników. Z powyższych względów, a także mając na uwadze, że brak wdrożenia stosownych zmian rozwiązań technicznych dla rowerów ze wspomaganie elektrycznym skutkowałby w istocie zniweczeniem całego projektu, zaś przeprowadzone badania potwierdziły, że zaistnienie mikropęknięć ma charakter wspólny dla wszystkich rowerów tego typu, Zamawiający ustalił, że dokonanie stosownych zmian Umowy było konieczne i uzasadnione.

W wyniku kontroli PUZP stwierdził naruszenia wskazane na wstępie niniejszej uchwały Izby.

Zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zasada ta oznacza, iż umowa w sprawie zamówienia publicznego nie może zostać zawarta z podmiotem, który nie został wybrany w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przeprowadzonego w prawidłowym trybie określonym przepisami ustawy Pzp.

Na gruncie przepisów ustawy Pzp daleko idącym ograniczeniom podlega swoboda zmiany umowy o zamówienie publiczne. Potwierdza to wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06, o zasadniczym znaczeniu dla unijnej koncepcji zmiany umowy, w którym ETS podkreślił, że: *„gdyby możliwe było swobodne modyfikowanie zawartej umowy, mogłoby to zagrażać realizacji zasad przejrzystości procedur i równego traktowania oferentów. Możliwość dokonywania zmiany umowy bez ograniczeń,*

mogłaby spowodować, że jej zmieniony kształt istotnie odbiegałby od treści umowy, o której zawarcie oferenci rywalizowali w ramach konkurencyjnego postępowania. To zaś mogłoby prowadzić do nieuzasadnionego różnicowania (uprzywilejowania, (...) lub defaworyzowania) sytuacji wykonawcy realizującego zamówienie względem jego konkurentów z etapu postępowania o jego udzielenie.” Podobnie wypowiedział się Wojewódzki Sąd Administracyjny w Szczecinie w orzeczeniu z 8 marca 2018 r., sygn. akt I SA/Sz 44/18.

Przepis art. 144 ust. 1 ustawy Pzp zakazuje zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z okoliczności wymienionych w tym przepisie.

Zgodnie z przepisem art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, strony umowy w sprawie zamówienia publicznego mają możliwość wprowadzenia zmian umowy, jeżeli zmiany te zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian.

Jak wskazuje art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zakres dopuszczalnych modyfikacji umów w sprawie zamówień przy zastosowaniu klauzul przeglądowych, przewidzianych w umowie na podstawie ww. przepisu może być szeroki, co daje zamawiającemu, jak również wykonawcom ubiegającym się o zamówienie, szansę na ukształtowanie umowy na takim poziomie elastyczności, który jest niezbędny do efektywnego zrealizowania zamówienia.

Jednakże zmiana umowy za pomocą klauzul przeglądowych, wynikających z art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, nie w każdych okolicznościach faktycznych będzie możliwa. Modyfikacja przez strony umowy w sprawie zamówienia publicznego, będzie dopuszczalna tylko wtedy, gdy zostaną spełnione łącznie wszystkie ustawowe warunki.

Po pierwsze, klauzule przeglądowe muszą być przez zamawiającego przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ (np. we wzorze umowy będącym załącznikiem do niego). Celem tego wymogu jest zapewnienie, aby wszyscy wykonawcy już w momencie ubiegania się o udzielenie zamówienia posiadali wiedzę w zakresie dopuszczalnych modyfikacji umowy na etapie wykonywania zamówienia.

Obowiązek przewidzenia zmiany umowy realizują zasadę przejrzystości postępowania, gwarantując równe traktowanie wszystkich wykonawców. Stwarza istotne korzyści dla zamawiającego, ponieważ „przewidując możliwość dokonywania zmian, zamawiający informuje w szczególności o dostrzeganych wyzwaniach, jakie mogą pojawić się na etapie realizacji.

Tym samym doprecyzowuje swoje wymagania i umożliwia wykonawcom optymalne skalkulowanie oferty.”

Po drugie, zamawiający nie może ograniczyć się do ogólnikowego wspomnienia w ogłoszeniu lub SIWZ, że dopuszcza możliwość zmiany umowy. Przepis art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wymaga przewidzenia przez zamawiającego zasady zmiany umowy w postaci jednoznacznych postanowień umownych. Za takie jednoznaczne postanowienia umowy określające zmianę, można uznać te, które w sposób jasny, precyzyjny i dokładny konkretyzują przedmiot ewentualnej modyfikacji, a więc uprzednio zidentyfikowane przez zamawiającego ryzyka specyficzne, typowe dla danego zamówienia, które mogą wystąpić w toku realizacji zamówienia i wymagać adaptowania kontraktu do przewidzianych okoliczności.

Zamawiający musi formułować klauzule przeglądowe tak, aby te wskazywały: „jakie elementy umowy mogą zostać zmienione, tj. wyznacza przedmiotowe granice zmian.” Określając zakres dopuszczalnej modyfikacji, zamawiający:

- wskazuje, które elementy umowy mogą ulec zmianie (np.: termin realizacji, wysokość lub harmonogram zapłaty wynagrodzenia, terminy spełnienia świadczeń wykonawcy oraz ich przedmiot, włączając ich jakość czy też ilość),

- a także wyznacza granice zmiany, w szczególności poprzez określenie wskaźników wpływających na jej kształt lub wskazując cel (oczekiwany rezultat), który miałby zostać zrealizowany przez dokonanie zmiany.

Jednocześnie warunek jasności, precyzyjności i jednoznaczności spełnia klauzula przeglądowa, która opisuje warunki wprowadzenia zmiany. W aspekcie materialnym – poprzez wskazanie okoliczności, których zaistnienie spowoduje możliwość jej dokonania, jak i w aspekcie formalnym – poprzez określenie sposobu procedowania zmiany.

Obowiązek określenia warunków zmiany obejmuje z kolei konieczność sformułowania przesłanek do jej dokonania, tj. okoliczności, których zaistnienie spowoduje zmianę lub upoważni strony umowy do podjęcia negocjacji w przedmiocie zmiany.

Przepis art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, dotyczy natomiast zmian wymuszonych okolicznościami nieprzewidywalnymi. Przepis stanowi, że zmiana umowy o wykonanie zamówienia publicznego może zostać wprowadzona w przypadku, gdy konieczność modyfikacji zobowiązania wynika z okoliczności, których zamawiający działający z należyłą starannością nie mógł przewidzieć, a wartość zmiany nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy.

Możliwość zmiany umowy zamówienia publicznego na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wymaga zatem ustalenia, iż konieczność modyfikacji kontraktu wywołana jest okolicznościami, których nie można było przewidzieć pomimo dochowania przez instytucję

zamawiającą należytej staranności w procesie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołując się do znaczenia pojęcia należytej staranności nadawanego na płaszczyźnie prawa cywilnego, wymóg ten obejmuje obowiązek staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (art. 355 § 1 i 2 k.c.). W konsekwencji, przez niemożność przewidzenia w chwili zawarcia umowy okoliczności skutkujących koniecznością dokonywania w niej zmian, nie należy rozumieć zdarzenia nie przewidywanego przez strony, lecz zdarzenie którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, przy czym niemożliwość przewidywalności określonych zdarzeń przez zamawiającego powinna być określona w sposób obiektywny. Ustalenie to powinno prowadzić do wniosku, iż zamawiający przygotowując się do wszczęcia postępowania przeanalizował swoje potrzeby w zakresie przedmiotu świadczenia, jego zakresu oraz warunków realizacji. Zgodnie z doktryną: „Przesłanka niemożności przewidzenia musi więc być rozpatrywana w kategoriach obiektywnych, niezależnych od zamawiającego. Nie chodzi o sytuację, w której zamawiający konieczności zmiany nie przewidział, lecz o sytuację, w której nie miał możliwości przewidzenia takiej zmiany.”

Okoliczności skutkujące koniecznością wprowadzenia zmian do umowy o wykonanie zamówienia publicznego, z powołaniem się na ww. przesłankę, muszą mieć zatem charakter przekraczający standardowe ryzyka związane z realizacją kontraktu o określonym charakterze. Należy przy tym pamiętać, iż uwzględnienie określonych ryzyk kontraktowych lub przyjętej w danej branży skali ich wystąpienia, które wynikają ze specyfiki zamawianych przez inwestora, dostaw, usług lub robót budowlanych jest obowiązkiem każdego z podmiotów składających ofertę realizacji określonego świadczenia, w tym również ofertę wykonania zamówienia publicznego. Takie działanie jest bowiem naturalnym zjawiskiem towarzyszącym prowadzeniu działalności profesjonalnej lub zarobkowej i występuje również w relacjach między podmiotami niepublicznymi. Warto również wyraźnie wskazać, iż w świetle przesłanek wskazanych treścią art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, okoliczności wywołujące konieczność zmiany umowy o wykonanie zamówienia publicznego powinny być niezależne od jej stron.

W opinii Urzędu Zamówień Publicznych, co do zasady za okoliczności niemożliwe do przewidzenia należy uznać m.in. zjawiska gospodarcze zewnętrzne w stosunku do stron umowy i w pełni od nich niezależne, jak na przykład: gwałtowna dekonstrukcja, ograniczenie dostępności surowców, istotny wzrost cen materiałów. Należy jednak podkreślić, iż wskazane przykładowe okoliczności uzasadniające dokonanie zmiany umowy, muszą one wynikać z okoliczności niemających swojego uzasadnienia w normalnych relacjach gospodarczych.

Zgodnie także ze stanowiskiem Urzędu, aktualnym w odniesieniu do przepisu art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, „niezbędnym warunkiem zmiany umowy na tej podstawie jest również ustalenie, iż zaistnienie wymienionych w tym przepisie zjawisk powoduje konieczność zmiany umowy o wykonanie zamówienia publicznego. W konsekwencji zamawiający w każdym przypadku musi ocenić, czy zaistnienie nieprzewidywalnej sytuacji rzeczywiście wpływa na proces realizacji umowy w taki sposób, że konieczna jest jej zmiana. W tym względzie należy kierować się obiektywną oceną skutków, jakie nieprzewidziana okoliczność wywiera na proces wykonywania umowy o zamówienie publiczne, w szczególności na możliwość realizacji kontraktu zgodnie z pierwotnymi założeniami, a także na sytuację wykonawcy.”

Przepis art. 144 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że możliwa jest zmiana umowy – niezależnie od wartości – jeśli zmiana nie jest istotna w rozumieniu ust. 1e.

Zgodnie z definicją zmian istotnych zawartą w art. 144 ust. 1e ustawy Pzp, zmiany istotne dzieli się na: 1) prowadzące do zmiany charakteru dotychczasowej umowy; 2) nieprowadzące do zmiany charakteru dotychczasowej umowy.

Pierwsze zmiany umowy uznawane są za istotne i jako takie, nie są dopuszczalne. Za zmianę charakteru umowy należy uważać zmianę przedmiotu zamówienia lub zmianę rodzaju zamówienia.

Zmiany nieprowadzące do zmiany charakteru umowy zostaną uznane za istotne w przypadku wystąpienia co najmniej jednej z czterech poniższych okoliczności:

1) zmiana wprowadza warunki, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści;

2) zmiana narusza równowagę ekonomiczną umowy lub umowy ramowej na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie w umowie lub umowie ramowej,

3) zmiana znacznie rozszerza lub zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy lub umowy ramowej,

4) polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą, w przypadkach innych niż wymienione w ust. 1 pkt 4.

Zgodnie z przepisem art. 144 ust. 1b ustawy Pzp, w przypadkach, o których mowa w ust. 1, 3 i 6, zmiany postanowień umownych nie mogą prowadzić do zmiany charakteru umowy.

Zdaniem Kontrolującego zmiana Umowy polegająca na modyfikacji zobowiązania Wykonawcy w drodze, którego zastąpiono rowery ze wspomaganie elektrycznym marki

VAIMOO, rowerami SEGWAY A200, których waga przekraczała masę pierwotnie określoną w OPZ, nie była dopuszczalna na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ani także w oparciu art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 144 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W przypadku przesłanki określonej w art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp postanowienia Umowy, w tym postanowienia zawarte w § 21 ust. 1 lit. e Umowy oraz w § 21 ust. 1 lit. c pkt 1.1. c.2 Umowy, nie zawierają klauzul przeglądowych adekwatnych do stanu faktycznego umożliwiających kontrolowaną zmianę Umowy.

Przesłanka wskazana w § 21 ust. 1 lit. e Umowy, w ocenie Urzędu, nie mogła stanowić podstawy do zmiany Umowy w zaistniałym stanie faktycznym, ponieważ Zamawiający w ramach ww. klauzuli przeglądowej wskazał, że Strony uprawnione są do dokonania zmian postanowień Umowy w zakresie zmiany rozwiązań technologicznych określonych OPZ, spowodowanej w szczególności:

- niedostępnością na rynku materiałów, technologii lub urządzeń wskazanych w OPZ lub
- wycofaniem z rynku tych materiałów, technologii lub urządzeń bądź
- pojawieniem się na rynku materiałów, technologii lub urządzeń nowszej generacji zapewniających wyższy standard funkcjonowania systemu SRM MEVO (bez zmiany rodzaju i charakteru realizowanej Umowy, a także zmiany celu, jaki ma być osiągnięty w ramach realizacji Umowy).

Posłużenie się wyrażeniem „w szczególności” wskazuje, że katalog ma charakter otwartych, przykładowych przyczyn warunkujących dopuszczalność zmiany. Taki zapis stoi w sprzeczności z postulatem jednoznaczności klauzul przeglądowych (adaptacyjnych) zawartym w art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Tym samym, ocena legalności zmiany wprowadzonej Aneksem nr 1 może mieć miejsce wyłącznie w odniesieniu do okoliczności określonych w § 21 ust. 1 lit. e Umowy.

Klauzula, na którą powołał się Zamawiający – w zakresie jej przedmiotu – faktycznie dotyczy możliwości modyfikowania Umowy w odniesieniu do rozwiązań technologicznych określonych w OPZ, stanowiącym załącznikiem nr 6 do SIWZ. W zakresie przedmiotowym klauzula obejmuje więc wszelkie rozwiązania technologiczne /techniczne określone OPZ, w tym także rowerów ze wspomaganie elektrycznym, rozumianych całościowo jako „rozwiązanie technologiczne” lub jego elementy takie jak, np. silnik elektryczny, akumulator, hamulce.

Zamawiający jednakże sformułował warunki takiej zmiany. Stosownie bowiem do literalnego brzmienia przedmiotowej klauzuli chodzi o taką modyfikację ww. rozwiązań

technicznych, opisanych w OPZ, które są wymuszone jedną z trzech kategorii sytuacji, tj. niedostępnością na rynku, lub wycofaniem z rynku materiałów, technologii lub urządzeń, wskazanych w OPZ bądź pojawieniem się nowszych (zapewniających wyższy standard funkcjonowania systemu SRM MEVO). Przywołane klauzule odwołują się do ekonomicznego pojęcia „rynku”, przez który zgodnie ze słownikowym znaczeniem należy rozumieć ogół transakcji kupna–sprzedaży danego dobra lub czynnika produkcji, zawieranych na pewnym terytorium w określonym czasie. Literalne brzmienie § 21 ust. 1 lit. e Umowy zatem wskazuje, że zmiany Umowy w zakresie rozwiązań technicznych opisanych w OPZ, powinny być wynikiem niedostępności („taki, którego nie można mieć, zdobyć lub wykorzystać”) czy wycofania (ze sprzedaży, z obrotu handlowego) danych materiałów, technologii czy urządzeń, spowodowanych działaniem praw rynku, rynku produkcyjnego. Powyższe nakazuje przyjąć, że wycofanie materiałów, technologii czy urządzeń, opisanych w OPZ, powinno mieć źródło w obiektywnych, niezależnych od stron umowy, działaniach praw rynku.

Trzeci warunek, od którego spełnienia Zamawiający uzależnił możliwość zmiany Umowy w zakresie rozwiązań technologicznych opisanych w OPZ, również dotyczy działania rynku, a ściśle rzecz biorąc dokonującego się na nim postępu technologicznego. Zgodnie z postanowieniem umowy, strony za dopuszczalną modyfikację uznały wprowadzenie na rynek, do obrotu handlowego („pojawienie się”) materiałów, technologii lub urządzeń, opisanych w OPZ, „nowszej generacji zapewniających wyższy standard funkcjonowania systemu SRM MEVO (bez zmiany rodzaju i charakteru realizowanej Umowy, a także zmiany celu, jaki ma być osiągnięty w ramach realizacji Umowy)”. Zamawiający posłużył się w klauzuli pojęciami nieostrymi, niejednoznacznymi, nigdzie przez niego nie zdefiniowanymi, jak „nowszej generacji”, czy „wyższy standard funkcjonowania systemu”, co w opinii Urzędu Zamówieni Publicznego eliminowało możliwość zmiany Umowy w oparciu o ww. postanowienie.

Niemniej, analizując treść klauzuli odnoszącej się do postępu technologicznego – wydaje się, że - taka możliwość zmiany Umowy zachodziłaby wtedy tylko, gdy pierwotne rozwiązanie technologiczne zostałyby zastąpione w Umowie przez materiały, technologię, czy urządzenie, opisane w OPZ, które pojawiło się w obrocie handlowym („na rynku”) po zawarciu Umowy, a jednocześnie było nowocześniejsze, o lepszych parametrach („nowszej generacji”), i dodatkowo zapewniało wyższy standard funkcjonowania systemu SRM MEVO.

Zgodnie z treścią klauzuli przewidzianej w § 21 ust. 1 lit. e Umowy, Zamawiający ograniczył na jej podstawie możliwość zmiany Umowy polegającej na zastąpieniu rowerów VAIMOO innymi rowerami, w następujących przypadkach i zakresie, tj.:

(1) w sytuacji, gdy zaoferowane rowery VAIMOO (lub jego elementy) stały się obiektywnie niedostępne na rynku i Wykonawca nie ma do nich dostępu, co uniemożliwiłoby jego dalszą eksploatację zgodnie z warunkami Umowy,

(2) w sytuacji wycofania z rynku rowerów VAIMOO, tj. gdyby producent wycofał je z rynku;

(3) pojawienia się na rynku rowerów nowszej generacji zapewniających wyższy standard funkcjonowania systemu SRM MEVO, przez co, w kontekście wymagań OPZ, należy rozumieć rower ze wspomaganie elektrycznym, który w zakresie przynajmniej jednego z parametrów przewyższałby właściwościami rower VAIMOO, a w zakresie pozostałych parametrów byłby co najmniej zgodny z wymaganiami OPZ (tj. posiadałby przynajmniej nie gorsze niż parametry minimalne), wobec czego zapewniłby lepsze funkcjonowanie Systemu, tj. np. w przypadku parametru wagi byłby rowerem lżejszym i jednocześnie zachowującym wszystkie pozostałe funkcjonalności.

W ocenie Urzędu Zamówień Publicznych, w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy nie miała miejsca żadna z okoliczności. Rowery VAIMOO zostały zastąpione rowerami SEGWAY A200 z uwagi na wadę konstrukcyjną rowerów VAIMOO, skutkującą pękaniem ram. Tak treść Aneksu, jak i wyjaśnienia Zamawiającego, wprost wskazują, że to ta okoliczność była bezpośrednią przyczyną dokonania zmiany Umowy. Powyższą ocenę potwierdza także treść Aneksu nr 1, w którym Zamawiający wprost stwierdził, że: (...) rozwiązania (materiały, technologie, urządzenia) uwzględnione w rowerach VAIMOO nie zostały wycofane z rynku. Brak jest również informacji, aby stały się one niedostępne dla Wykonawcy, a tylko takie okoliczności byłyby podstawą do zamiany rowerów w Systemie na gruncie pierwszych dwóch sytuacji określonych klauzulą § 21 ust. 1 lit. e Umowy.

Odnosząc się do uzasadnienia Zamawiającego dotyczącego przedmiotowej zmiany, w której wskazał, że jednak jego zdaniem – rozwiązania te należy w rozumieniu funkcjonalnym uznać za niedostępne z punktu widzenia przydatności włączenia ich do Systemu, należy potwierdzić, iż istotnie, stały się one nieprzydatne z punktu widzenia funkcjonowania Systemu. Niemniej, klauzula bezspornie nie obejmowała takiej okoliczności. Nie ulega bowiem wątpliwości, że rozumienie funkcjonalne jakie zastosował Zamawiający sprzeciwia się brzmieniu literalnemu klauzuli przeglądowej, na którą się powołuje. Model roweru VAIMOO nie został wycofany z rynku przez producenta, lecz z uwagi na istotne wady konstrukcyjne, przejawiające się w incydentach polegających na pękaniu ram, był niezgodny z wymaganiami § 6 ust. 6

Umowy. Zamawiający natomiast nadinterpretował tę przesłankę, włączając w jej dyspozycję „niedostępność z punktu widzenia przydatności włączenia ich do Systemu”, co w reżimie prawa zamówień publicznych jest niedopuszczalne, bowiem w świetle zasad udzielania zamówień zamawiający ma zagwarantować, że wszyscy wykonawcy już w momencie ubiegania się o zawarcie umowy z zamawiającym posiadają wiedzę na temat tego, w jakim zakresie dopuszczalna będzie modyfikacja umowy na etapie realizacji.

Zamawiający wskazywał również, że rowery SEGWAY A200 zapewniają wyższy standard funkcjonowania Systemu i posiadają wyższe (lepsze) względem rowerów VAIMOO parametry techniczne, w związku z czym, zadaniem Zamawiającego, zmiana umowy wprowadzająca rowery SEGWAY A200 mieści się również w elemencie przesłanki dotyczącym pojawienia się na rynku materiałów, technologii lub urządzeń nowszej generacji zapewniających wyższy standard funkcjonowania systemu SRM MEVO. Tutaj także Kontrolujący nie zgadza się z argumentacją Zamawiającego, ponieważ nie sposób uznać, że mamy do czynienia z sytuacją określoną trzecią z przesłanek umożliwiających zmianę umowy. Klauzula ta została sformułowana przy pomocy nieostrych są pojęć „nowszej generacji”, czy „wyższy standard”, których Zamawiający nie doprecyzował w żaden sposób.

W drugiej kolejności, analiza sprawy nie dostarcza podstaw, aby uznać - wobec wymagań określonych w OPZ - rowery SEGWAY A200 za rowery nowszej generacji (względem rowerów VAIMOO), zapewniających wyższy standard funkcjonowania systemu SRM MEVO. Analiza materiałów i informacji dostępnych w Internecie wskazuje, że rower SEGWAY A200 „pojawił się na rynku” już co najmniej w roku 2021. Nadto, model roweru SEGWAY A200 jest cięższy od modelu VAIMOO i nie spełnia wymagania dotyczącego wagi maksymalnej, wskazanej pierwotnie w OPZ. Tym samym, dokonując oceny z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego, trudno przyjąć, że rowery SEGWAY A200 mogą zapewniać – z punktu widzenia użytkownika końcowego - wyższy standardu funkcjonowania Systemu, w którym waga roweru ze wspomaganie elektrycznym ma istotne znaczenie dla jego funkcjonowania. Zamawiający w wyjaśnieniach skierowanych do Urzędu zaznaczył, że określenie parametru maksymalnej wagi roweru związane było z potrzebą zapewnienia przez Zamawiającego maksymalnej inkluzywności Systemu MEVO 2.0, w stosunku do użytkowników posiadających zwykle mniej siły fizycznej (np. seniorzy, kobiety, młodzież). Określenie wagi maksymalnej roweru ze wspomaganie elektrycznym jako 36 kg, stanowiło tym samym wartość optymalną biorąc pod uwagę pierwotnie oznaczone przez Zamawiającego rozwiązania techniczne rowerów, w tym również biorąc pod

uwagę zasięg jazdy z elektrycznym wspomaganie do 100 km. Wątpliwym jest założenie, iż rower ważący 42 – 43 kg, a więc o masie o ok. 6-7 kg wyższej niż pierwotnie Zamawiający oczekiwał od Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, zapewni lepsze funkcjonowanie Systemu. Informacją o charakterze notoryjnym jest, że masa roweru jest jednym z najważniejszych parametrów, na jakie zwracają użytkownicy. Lekki rower elektryczny jest szybszy, zwrotniejszy i łatwiejszy w obsłudze, czyli po prostu lepszy. Dlatego producenci na rynku próbują ograniczać wagę swoich projektów i w ten sposób wyróżnić się na tle konkurencji. Należy też mieć na uwadze, że lżejsze rowery lepiej prowadzą się także bez wspomagania elektrycznego, czyli z rozładowaną baterią, dlatego jazda na nich jest przyjemniejsza, a w przypadku użytkowników o mniejszej sile fizycznej – w ogóle możliwa.

W tej sytuacji bez znaczenia pozostaje fakt, że rowery SEGWAY A200 posiadają wyższe względem rowerów VAIMOO inne parametry techniczne, bowiem ich obiektywnie wysoka waga (niezgodna z wymaganiami OPZ) wydaje się pozostawać w sprzeczności z niejednoznacznym, nie sprecyzowanym przez Zamawiającego wyrażeniem „wyższego standardu funkcjonowania Systemu”.

Reasumując, stwierdzono, że rozumienie „funkcjonalne” jakie zastosował Zamawiający sprzeciwia się brzmieniu literalnemu klauzuli przeglądowej, na którą się powołuje. Model roweru VAIMOO nie został wycofany z rynku przez producenta, lecz z uwagi na istotne wady konstrukcyjne przejawiające się „w incydentach polegających na pękaniu ram”, co było niezgodny z wymaganiami § 6 ust. 6 Umowy. Dokonana zatem przez Zamawiającego nadinterpretacja tego zapisu Umowy, oceniana w kontekście podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, stanowi o ich naruszeniu. Klauzule przeglądowe należy interpretować w sposób wąski, bowiem przepis art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stanowi wyjątek od generalnej zasady niezmienności umów w sprawie zamówienia publicznego.

Klauzula zawarta w § 21 ust. 1 lit. e Umowy – nie uwzględnia w swej treści przypadków niedostępności elementów systemu z punktu widzenia ich przydatności dla Systemu. Wobec czego należy uznać, że oferenci – przy zachowaniu zwykłej staranności – nie byli w stanie przewidzieć, że klauzula ta może obejmować okoliczność niedostępności elementów Systemu w rozumieniu „ich przydatności w Systemie”, a nie ich niedostępności na rynku.

W odniesieniu do przesłanki, o której mowa w § 21 ust. 1 lit. c pkt 1.1. c.2 Umowy, w konsekwencji zakwestionowania zasadności dokonania przedmiotowej zmiany Umowy, wskazać jedynie należy, że zapis umowny stanowi, że Strony uprawnione są do dokonania

zmian postanowień umowy w zakresie terminu realizacji przedmiotu umowy w przypadku wystąpienia okoliczności niezależnych od Wykonawcy i Zamawiającego. Jak wskazał Zamawiający w pkt 9 d) Aneksu, konieczność wprowadzenia rozwiązań i rowerów różnych od pierwotnie przyjętych przez Wykonawcę, wpływa na terminy realizacji zamówienia określonego Umową, czego Urząd nie kwestionuje. Niemniej, w kontrolowanej sprawie nie wystąpiły okoliczności, o jakich mowa w treści § 21 ust. 1 lit. c pkt 1.1. c.2 Umowy.

Ponadto, w ocenie Urzędu, w zaistniałych okolicznościach nie znajduje uzasadnienia zmiana Umowy na podstawie przepisu art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, na którą Zamawiający powołuje się w treści Aneksu nr 1 oraz w wyjaśnieniach skierowanych do Urzędu.

Zmiana umowy bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, jest dopuszczalna wówczas, gdy zachodzą wszystkie warunki określone normą.

Przepis wymaga, aby konieczność zmiany umowy była spowodowana okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, a więc okoliczności, które były niemożliwe do przewidzenia w sposób obiektywny, a nie okolicznościami, których zamawiający nie przewidział.

Nieprzewidywalne są zatem zdarzenia, które nie mieszczą się w granicach zwykłego ryzyka związanego z działalnością zamawiającego lub z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia, których wystąpienie powinien on przewidzieć. Strony zawierające umowę muszą natomiast ponieść tzw. zwykłe ryzyko kontraktowe, jakie wiąże się ze stałymi, normalnymi zmianami zachodzącymi w stosunkach społeczno-gospodarczych. Tylko zmiany, które mają charakter nadzwyczajny wykraczają poza to ryzyko. Wymóg nieprzewidywalności służy do odróżnienia zwykłego ryzyka kontraktowego od ryzyka o charakterze nadzwyczajnym. Powyższe jest ściśle związane z tym, że treść umów w sprawie zamówienia publicznego nie może być swobodnie zmieniana przez strony. Zostaje ona bowiem zawarta przez działającego w interesie publicznym zamawiającego z wykonawcą wybranym zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych, po przeprowadzeniu sformalizowanego postępowania o udzielenie zamówienia, którym rządzą zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Konieczność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego jest zatem poddana ograniczeniu do jej zmiany tylko i wyłącznie w okolicznościach, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, oraz rzecz jasna – których Zamawiający nie przewidział. Warunek obiektywnie rozumianej nieprzewidywalności gwarantuje bowiem, że zawarcie umowy z wykonawcą oferującym najkorzystniejsze warunki realizacji zamówienia nie jest pozorne.

Zdaniem Kontrolującego OPZ, stanowiący załącznik do Umowy, przewidywał wystąpienie usterki istotnej, zdefiniowanej jako: rower nienadający się do jazdy (...) w tym: uszkodzenie: łańcucha/paska/wału Kardana, opony, koła (w tym rozcentrowanie) w stopniu utrudniającym lub uniemożliwiającym jazdę, oświetlenia, siodełka w tym wspornika lub szybkozacisku (w tym wymagany nacisk w celu jego obsługi wyższy niż określony w punkcie 2d), dzwonka, przerzutek, hamulców lub słabe działanie hamulców, uszkodzenie ramy, kierownicy, mechanizmu korbowego, zapięcia rowerowego, blokady, komputera pokładowego, usterka napędu elektrycznego. Zamawiający przewidział jednocześnie, że: W przypadku braku możliwości wykonania powyższych czynności, należy wymienić rower na inny sprawny.

Definicja usterki istotnej nie wyłącza usterki rowerów spowodowanej wadą produkcyjną, konstrukcyjną, materiałową lub wynikającą z nienależytej jakości ich wykonania. Powyższe prowadzi do wniosku, że Zamawiający brał pod uwagę, że rowery, pomimo ich zgodności z wymaganiami OPZ oraz odpowiednimi normami i certyfikatami ISO, mogą ulec usterce istotnej, tj. usterce powodującej nieprzydatność roweru w Systemie, w tym usterce polegającej na uszkodzeniu ramy. A występujące incydenty mikrouszkodzeń ram, prowadzące do niemożliwości użytkowania rowerów w Systemie, wpisywały się w swej istocie w definicję tej usterki. Powyższe prowadzi do wniosku, że wystąpienie incydentów polegających na mikropęknięciach ram rowerów ani nie stanowiły okoliczności obiektywnie nieprzewidywalnych, ani de facto nie były okolicznościami, których Zamawiający nie przewidział, o czym świadczy treść OPZ dotycząca wymagań w zakresie reakcji na zdarzenia, jak i zobowiązanie Wykonawcy do dostarczenia rowerów wolnych od wad produkcyjnych, konstrukcyjnych, materiałowych lub wynikających z nienależytej jakości ich wykonania (§ 6 ust. 6 Umowy).

Po drugie, zgodnie z OPZ: Rowery, z zastrzeżeniem wytycznych, o których mowa w lit. c), winny być udostępnione Klientom w SRM MEVO minimum rok. Po upływie tego okresu Strony (z ewentualnym udziałem wyznaczonego przez Zamawiającego podmiotu) dokonają obowiązkowo wspólnego audytu stanu zniszczenia i zużycia ww. rowerów z punktu widzenia ich dalszej eksploatacji, zaś Wykonawca dostarczy, w miejsce roweru wycofanego z eksploatacji, rower zgodny z OPZ i prototypem przekazanym wraz z Koncepcją funkcjonowania, w ten sposób, iż:

1. w przypadku gdy rowery przekazane przez Zamawiającego będą przeznaczone do wykorzystania jako Rowery standardowe - Wykonawca dostarczy Rower standardowy, a

2. w przypadku gdy rowery przekazane przez Zamawiającego będą przeznaczone do wykorzystania jako Rowery ze wspomaganiem elektrycznym - Wykonawca dostarczy Rower ze wspomaganiem elektrycznym.

Zamawiający w treści OPZ przewidział zatem również sytuację zużycia rowerów wskutek ich eksploatacji i zastrzegł, że w miejsce roweru wycofanego z eksploatacji Wykonawca dostarczy rower zgodny z OPZ i prototypem przekazanym wraz z Koncepcją funkcjonowania.

W świetle powyższych zapisów OPZ, uszkodzenia ram, które ujawniły się dopiero po zawarciu Umowy, nawet jeśli były trudne do wykrycia na etapie sprawdzania zgodności oferowanego sprzętu z wymaganiami OPZ (wymagały bardziej zintensyfikowanych testów), nie stanowią okoliczności, w której ziszczyłaby się przesłanka określona przepisem art. 144 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp. Nie znajduje bowiem uzasadnienia twierdzenie, że Strony obiektywnie nie mogły przewidzieć wystąpienia wady konstrukcyjnej, jako że jest to ryzyko swoiste dla tego typu kontraktów. Nie zmienia tego fakt, że rowery spełniały określone normy. W praktyce bowiem nawet spełnianie wszystkich wymagań i norm nie gwarantuje odbiorcy pełnego bezpieczeństwa i braku awarii ujawniających się w trakcie użytkowania o większym natężeniu niż w trakcie testów. Zamawiający wyjaśnił, że uszkodzenia ram spowodowane są wadą związaną z przedwczesnym zmęczeniem materiału będącym rezultatem nieodpowiedniego odprowadzania drgań. Powyższa sytuacja – o ile może być zjawiskiem niespodziewanym, to jednak nie jest sytuacją nadzwyczajną, której nie można było przewidzieć, Tym samym należy stwierdzić, że wpisuje się w normalne warunki ryzyka kontraktowego.

Co więcej, treść OPZ świadczy o tym, że Strony Umowy – wbrew twierdzeniom Zamawiającego – brały pod uwagę wystąpienie usterek skutkujących wyłączeniem roweru z eksploatacji w Systemie, określonych jako usterka istotna, przewidywały również sytuację wyeksploatowania roweru w stopniu wykluczającym go z funkcjonowania w Systemie.

Zamawiający w toku kontroli wyjaśnił, że wada ujawniła się dopiero w toku zintensyfikowanych testów i bezpośredniej długotrwałej eksploatacji rowerów na wyższych (niż wymagane atestami, normami etc. i weryfikowanych podczas standardowych dla tego typu pojazdu testach) poziomach. Jednak zapisy OPZ nie wyłączały odpowiedzialności Wykonawcy na okoliczność długotrwałej eksploatacji rowerów, a tym samym bardziej zintensyfikowanej niż w trakcie testów. Przeciwnie, Zamawiający założył, że rowery będą funkcjonowały w Systemie minimum rok i brał pod uwagę, że w wyniku długotrwałego eksploatacji staną się nieprzydatne do funkcjonowania w Systemie, wobec czego zobowiązał Wykonawcę do zastąpienia ich rowerami zgodnymi z wymaganiami OPZ i Koncepcją funkcjonowania.

Podkreślić należy, że ustawodawca wymaga, aby konieczność zmiany umowy była rzeczywista, co oznacza, że zaistnienie nieprzewidzianych okoliczności nie może być tylko pretekstem do zmiany umowy. Okoliczności te muszą mieć bezpośredni wpływ na warunki określone w umowie, czyli muszą powodować konieczność tej zmiany. Tymczasem, Zamawiający za nieprzewidzianą okoliczność, skutkującą koniecznością zmiany umowy, uznał sytuację, która w rzeczywistości była objęta zapisami OPZ, określającymi odpowiedzialność Wykonawcy w tym zakresie.

Wada konstrukcji roweru skutująca pękaniem ich ram nie jest również okolicznością zewnętrzną, niezależną od stron Umowy, w szczególności od Wykonawcy. Jak wyjaśnił Zamawiający, stanowi wadę powstała z przyczyn tkwiących w przedmiocie zamówienia. Przypomnieć należy, że stosowanie do § 6 ust. 6 Umowy, Wykonawca gwarantował, że dostarczy rowery wolne od jakichkolwiek wad produkcyjnych, konstrukcyjnych, materiałowych lub wynikających z nienależytej jakości ich wykonania oraz będą zgodne z parametrami technicznymi podanymi przez producenta i zaakceptowaną przez Zamawiającego dokumentacją projektową i SIWZ.

Zgodnie z art. 577 § 2 k.c., obowiązki gwaranta mogą w szczególności polegać na zwrocie zapłaconej ceny, wymianie rzeczy bądź jej naprawie oraz zapewnieniu innych usług. § 3 stanowi, że jeżeli została udzielona gwarancja co do jakości rzeczy sprzedanej, poczytuje się w razie wątpliwości, że gwarant jest obowiązany do usunięcia wady fizycznej rzeczy lub do dostarczenia rzeczy wolnej od wad, o ile wady te ujawnią się w ciągu terminu określonego w oświadczeniu gwarancyjnym. Zgodnie z § 4, jeżeli nie zastrzeżono innego terminu, termin gwarancji wynosi dwa lata licząc od dnia, kiedy rzecz została kupującemu wydana. Zgodnie natomiast z art. 578 k.c, jeżeli w gwarancji inaczej nie zastrzeżono, odpowiedzialność z tytułu gwarancji obejmuje tylko wady powstałe z przyczyn tkwiących w sprzedanej rzeczy.

Jak wyjaśnił Zamawiający, po wystąpieniu pierwszych przypadków incydentów mikrouszkodzeń zlecone zostało przeprowadzenie szczegółowych, profesjonalnych i niezależnych badań laboratoryjnych, które potwierdziły fakt występowania mikropęknięć. Powyższe sugeruje, że możliwe było przeprowadzenie badań, które wyższym stopniu stanowiłyby o kwestii bezpieczeństwa użytkowania rowerów. Należy zaznaczyć, że – jak wynika z przedłożonych dokumentów – weryfikacja dokonana przez biegłego na etapie oceny oferty nie wykraczała w swym zakresie poza wymogi określone normami oraz zapisami OPZ.

Zatem dokonanie zmiany Umowy polegające na zastąpieniu rowerów VAIMOO rowerami SEGWAY A200, w następstwie zidentyfikowania incydentów wystąpienia pęknięcia ram

rowerów, w ocenie Urzędu nie znajduje oparcia w przepisie art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, jako że nie została spełniona przesłanka określona w ppkt a) przepisu.

Na koniec w ocenie Urzędu, zmiana umowy nie była możliwa na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jako że zmianę umowy, polegającą na dopuszczeniu do realizacji zamówienia rowerów z napędem wspomaganym elektrycznie o wadze przekraczającej wagę maksymalną określoną pierwotnie w warunkach zamówienia, należy uznać za istotną w rozumieniu art. 144 ust. 1e ustawy Pzp.

Przepis ten stanowi w art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, że zmiana istotna ta taka, która chociaż nie zmienia ogólnego charakteru umowy, wprowadza warunki, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści.

W treści OPZ wskazano m.in. wymóg, że maksymalna waga roweru to 36 kg. Natomiast w wyniku zmiany Umowy polegającej na dostarczeniu w miejsce rowerów VAIMOO rowerów SEGWAY A200 dopuszczono do funkcjonowania w Systemie rowery nie spełniające tego parametru, których waga wynosiła 42-43 kg (oraz była większa o 12-13 kg od roweru pierwotnie zaoferowanego). Waga roweru jest istotnym parametrem i czynnikiem decydującym o zastosowanych w nim rozwiązaniach technicznych, a co za tym idzie – mającym wpływ na jego cenę całkowitą, i w końcu zaoferowaną przez Wykonawcę ceną oferty. Nie ulega zatem wątpliwości, że doszło do zmiany warunków umowy między Zamawiającym a Wykonawcą w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy.

Innymi słowy, w okolicznościach faktycznych sprawy mamy do czynienia z wprowadzeniem nowych warunków zamówienia, które gdyby zostały zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęte zostałyby oferty innej treści.

Dokonanie takiej zmiany, w przypadku braku ziszczenia się przesłanek wyznaczonych przepisem art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, jest niezgodne z realizacją zasad przejrzystości procedur udzielania zamówień publicznych i równego traktowania oferentów. Taka zmiana umowy powoduje, że jej zmieniony kształt odbiega od treści umowy, o której zawarcie oferenci rywalizowali w ramach konkurencyjnego postępowania.

Reasumując, Kontrolujący wyraził pogląd, że rowery VAIMOO, wskutek wystąpienia w nich usterek wyłączających je z funkcjonowania w Systemie, zostały zastąpione rowerami SEGWAY A200, które jednak nie spełniały określonego OPZ wymagania dotyczącego wagi maksymalnej. Wobec czego dokonana zmiana stanowiła zmianę wprowadzającą warunki, które

mają wpływ na krąg oferentów i treść złożonych ofert, a zatem zmianę istotną w rozumieniu przepisu art. 144 ust. 1e ustawy Pzp. Jednocześnie zmiana ta nie znajdowała uzasadnienia na gruncie klauzul przeglądowych zawartych w Umowie ani też przesłanki określonej przepisem art. 144 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp.

Zamawiający w ustawowym terminie wniósł pisemne zastrzeżenia od wyniku kontroli.

Zamawiający zakwestionował wynik kontroli w całości oraz wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego eksperta w dziedzinie rowerów: wyceny wartości, oceny stanu technicznego, diagnostyki, kalkulacji kosztów naprawy, budowy oraz eksploatacji, co do faktów:

a) wadliwości (nieadekwatności) pierwotnych rozwiązań technicznych przewidzianych dla rowerów ze wspomaganie elektrycznym w Opisie Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”), uwzględnionych następnie w rowerach marki VAIMOO;

b) prawidłowości i adekwatności przeprowadzenia przez Zamawiającego badań rowerów ze wspomaganie elektrycznym w toku Postępowania;

c) braku możliwości stwierdzenia na etapie Postępowania wadliwości (nieadekwatności) pierwotnych rozwiązań technicznych dla rowerów ze wspomaganie elektrycznym (rowerów VAIMOO) pomimo zachowania przez Zamawiającego należytej staranności;

d) ujawnienia się w toku realizacji Umowy konieczności dokonania zmian rozwiązań technicznych rowerów ze wspomaganie elektrycznym, w szczególności polegających na zastosowaniu rowerów o wzmocnionej konstrukcji, czego skutkiem było m.in. zwiększenie wagi roweru względem wagi pierwotnie przewidzianej OPZ;

e) adekwatności rozwiązań rowerów ze wspomaganie elektrycznym zastosowanych na skutek zawarcia Aneksu nr 1 (SEGWAY A200);

f) nowszej generacji rozwiązań przewidzianych dla rowerów ze wspomaganie elektrycznym zastosowanych na skutek zawarcia Aneksu nr 1 (SEGWAY A200), zapewniających wyższy standard funkcjonowania systemu SRM MEVO, w stosunku do rowerów ze wspomaganie elektrycznym przewidzianych pierwotnie przez Zamawiającego w OPZ i zastosowanych następnie przez Wykonawcę (rowerów VAIMOO).

Zamawiający przytoczył w zastrzeżeniach treść OPZ, w szczególności w pkt. 2 i 3 OPZ, gdzie określono wymogi techniczne, które spełniać miały rowery, w tym rowery z napędem wspomaganym elektrycznie. Dalej podkreślono, że zaoferowane rowery posiadały wszystkie niezbędne dokumenty, ich cechy były zgodne z przywołanymi przez Zamawiającego normami

PN EN i cechy produktu zostały pozytywnie ocenione przez biegłego, jako spełniające wymogi OPZ i SWZ, co doprowadziło do wyboru oferty Wykonawcy, a następnie zawarcia umowy.

Po zawarciu Umowy, w toku dalszej realizacji zamówienia przez Wykonawcę – pomimo zgodności rowerów opisanych w Koncepcji z wymogami Zamawiającego i posiadania przez nie wszystkich wymaganych dokumentów (dopuszczeń, certyfikatów, atestów etc.) i spełniania przez nie standardów bezpieczeństwa i jakości użytkowania – stwierdzono występowanie incydentów polegających na mikropęknięciach ram rowerów ze wspomaganie elektrycznym, mimo ich zgodności z wymaganymi normami i certyfikatami ISO. Skutkiem zdarzających się pęknięć jest następnie „rozpadnięcie się” roweru w trakcie jego użytkowania (jazdy), co rodzi poważne ryzyko uszkodzeń ciała lub wręcz narażenia życia użytkownika.

Zamawiający podkreślił również, że tożsamość rowerów zastosowanych w systemie roweru miejskiego w Sztokholmie z rowerami przewidzianymi w rozwiązaniach OPZ w Postępowaniu oraz przewidzianych w Koncepcji Wykonawcy; możliwość opierania się przez Zamawiającego, w celu ustalenia konieczności dokonania zmian Umowy, na informacjach dotyczących zdarzeń zaistniałych w ramach działania systemu roweru miejskiego w Sztokholmie; nie zostały zakwestionowane przez Urząd w ramach ustaleń kontroli doraźnej.

Zamawiający stwierdził konieczność dogłębnego przeanalizowania zaistniałej sytuacji, w tym ustalenia jej przyczyn i ewentualnych środków zaradczych, jakie winny być podjęte w celu jej przeciwdziałania. Wskutek przeprowadzonych czynności weryfikacyjnych, w tym zwłaszcza na podstawie posiadanych i pozyskanych przez Zamawiającego: dokumentów (w tym certyfikatów, dopuszczeń, atestów, etc.) dla rowerów ze wspomaganie elektrycznym przewidzianych OPZ, Koncepcją (rowery produkcji VAIMOO) oraz wskazanych przez Wykonawcę rowerów SEGWAY A200; wyników testów i badań laboratoryjnych, technicznych i wytrzymałościowych ww. rowerów; opinii rzeczoznawców i ekspertów w zakresie technologii rowerów ze wspomaganie elektrycznym; które to dokumenty zostały przekazane Urzędowi w ramach przeprowadzonej kontroli doraźnej, stwierdzono, iż:

a) wystąpienie incydentów związanych z zastosowaniem w Systemie rowerów pierwotnie wymaganych oraz wskazanych w Koncepcji (rowery VAIMOO), wobec zgodności rowerów z wymogami Postępowania (w tym OPZ) i posiadania przez nie wszystkich wymaganych dokumentów (dopuszczeń, certyfikatów, atestów etc.) i spełniania przez nie formalnie standardów bezpieczeństwa i jakości użytkowania przewidzianych dla miejskich rowerów cywilnych, stanowiło okoliczność niezależną od Stron (w szczególności zaś niezawinioną przez Wykonawcę), której zarówno Zamawiający, jak i Wykonawca, nie mogli przewidzieć działając z należytą starannością. Wada rozwiązań technicznych pierwotnie określonych dla rowerów ze

wspomaganiem elektrycznym miała charakter ukryty i niemożliwy do wykrycia na etapie poprzedzającym zawarcie Umowy, w tym przy przygotowywaniu przez Zamawiającego OPZ i określaniu rozwiązań, jakie mają zostać zastosowane w rowerach ze wspomaganiem elektrycznym, a wada ta ujawniła się dopiero w toku zintensyfikowanych testów i bezpośredniej długotrwałej eksploatacji rowerów na wyższych (niż wymagane atestami, normami etc. i weryfikowanych podczas standardowych dla tego typu pojazdów testach) poziomach;

b) konieczne i uzasadnione jest dokonanie zmian w odniesieniu do rozwiązań technicznych dla rowerów ze wspomaganiem elektrycznym, które będą zapobiegać opisanym wyżej sytuacjom i ryzykom, w tym w szczególności rozwiązań wzmacniających rowery (zwłaszcza ich ramy) pierwotnie przewidziane do zasilenia Systemu. Zastosowanie m.in. wzmocnionych ram wiąże się przy tym z koniecznością zapewnienia większej baterii dla roweru, aby był on nadal funkcjonalny i umożliwiał jazdę na tożsamym odcinku co pierwotnie zakładany, co w konsekwencji niesie za sobą również wzrost wagi roweru przewidzianego do wykorzystania w Systemie;

c) jakkolwiek z formalnego punktu widzenia rozwiązania (materiały, technologie, urządzenia) uwzględnione w rowerach VAIMOO nie zostały wycofane z rynku, jednakże w świetle opisanych okoliczności faktycznych i incydentów związanych z ich praktycznym zastosowaniem w Systemie, rozwiązania te należy w rozumieniu funkcjonalnym uznać za niedostępne z punktu widzenia przydatności włączenia ich do Systemu.

Zamawiający ustalił również, że adekwatne dla usunięcia stwierdzonych zagrożeń i nieprawidłowości związanych z wymogami określonymi pierwotnie w OPZ dla rowerów ze wspomaganiem elektrycznym, będą zastosowanie rowerów o parametrach przewidzianych w rowerach takich jak przewidziane w rowerach takich jak przewidziane w rowerach SEGWAY A200, które zapewniają wyższy standard funkcjonowania Systemu i posiadają wyższe (lepsze, bardziej zaawansowane technicznie) względem rowerów przewidzianych pierwotnie, parametry techniczne, w tym zastosowano w nich części o wyższej technologii, a rowery te spełniają podwyższone standardy (w tym posiadają certyfikację) analogiczne jak dla rowerów górskich, które to standardy są bardziej rygorystyczne niż te obowiązujące dla miejskich rowerów cywilnych. Przeprowadzone w niezależnym laboratorium we Francji testy wytrzymałościowe ww. rowerów, niezależnie od warunków użytkowania i cech fizycznych użytkowników, nie prowadziły do występowania jakichkolwiek uszkodzeń, wobec czego zastosowane w nich wzmocnione rozwiązania techniczne uznano za adekwatne, aby usunąć ryzyka związane z sytuacjami opisanymi wyżej.

Jednocześnie stwierdzono, że skutkiem zastąpienia w toku realizacji Umowy rowerów VAIMOO rowerami SEGWAY A200 jest także zastosowanie Aplikacji dedykowanej rowerom SEGWAY A200 (zamiast dotychczasowej Aplikacji, dedykowanej rowerom VAIMOO), jako że Aplikacja dla Systemu jest elementem funkcjonalnie, technologicznie i organizacyjnie nierozzerwalnie związanym z rowerami konkretnego producenta. Wykonawca oświadczył, że dostarczona w toku realizacji Umowy Aplikacja dedykowana rowerom SEGWAY A200 gwarantować będzie te same funkcjonalności co Aplikacja dedykowana rowerom VAIMOO oraz będzie pozostawać zgodna z wymogami dokumentacji Postępowania, w tym OPZ.

Wykonawca oświadczył Zamawiającemu, że mimo różnicy cenowej pomiędzy rowerami VAIMOO i SEGWAY A200 (z uwagi na wyższą jakość technologiczną rowery SEGWAY A200 są droższe od rowerów VAIMOO o około 500 euro za egzemplarz), Wykonawca nie oczekuje z tego tytułu dodatkowego wynagrodzenia i zobowiązuje się do dostawy rowerów SEGWAY A200 w liczbie przewidzianej postanowieniami OPZ oraz Umową, oraz do realizacji Umowy za określoną w niej dotychczasową kwotę wynagrodzenia.

Zarzut naruszenia art. 7 ust 1 w wz. z art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp4 w zw. z § 21 ust. 1 lit. e Umowy oraz § 21 ust. 1 lit. c pkt 1.1.c2 Umowy

Zdaniem Zamawiającego Urząd potwierdził, że istotnie rozwiązania techniczne rowerów przewidzianych pierwotnie w OPZ stały się nieprzydatne z punktu widzenia funkcjonowania Systemu. Jednak za nieprawidłowe należy uznać poczynione przez Urząd ustalenia i oceny prawne odnoszące się do przyczyn takiego stanu rzeczy i możliwości zastosowania ww. klauzul przeglądowych do zmiany Umowy w zakresie opisanym w Aneksie nr 1.

Z treści Informacji o wyniku kontroli doraźnej wywieść można w szczególności, jakoby Urząd przyjął, że niemożliwość zastosowania w Systemie rowerów VAIMOO była wynikiem wady konstrukcyjnej stricte tychże rowerów i z tego względu ich niezgodności z § 6 ust. 6 Umowy. Tymczasem, jak wynika z § 6 ust. 6 Umowy: *„Wykonawca gwarantuje, że rowery, urządzenia i wyposażenie, które dostarczy i będą wykorzystywane w celu realizacji Przedmiotu Umowy, będą spełniały warunki określone w SIWZ (w tym OPZ) oraz będą: nowe, nieużywane, wyprodukowane według najnowszych osiągnięć technicznych i odpowiadać będą najwyższym standardom jakościowym, bezpieczeństwa i ochrony środowiska dotyczącym materiałów i wykonawstwa. Wykonawca gwarantuje także, że dostarczane rowery oraz elementy SRM MEVO wolne będą od jakichkolwiek wad produkcyjnych, konstrukcyjnych, materiałowych lub wynikających z nienależytej jakości ich wykonania oraz będą zgodne z parametrami technicznymi podanymi przez producenta i zaakceptowaną przez Zamawiającego dokumentacją projektową i SIWZ.* Powyższe nie dotyczy elementów SRM MEVO przekazanych Wykonawcy

przez Zamawiającego". Rowery, które zobowiązany był zaoferować w Postępowaniu wykonawca, musiały być zatem zgodne z wymogami opisanymi w OPZ. Tymczasem, w toku realizacji Umowy ustalono, że geneza stwierdzonych nieprawidłowości związanych z funkcjonowaniem rowerów (występowanie mikropęknięć ram rowerów) leży właśnie w rozwiązaniach i wymogach wynikających z OPZ. Rowery zaoferowane przez Wykonawcę, co potwierdziły ich badania przeprowadzone w toku Postępowania, a także weryfikacja w toku realizacji Umowy, były bowiem zgodne z wymogami SIWZ (OPZ) i posiadały wszystkie wymagane dokumenty (dopuszczenia, certyfikaty, atesty etc.) oraz spełniały standardy bezpieczeństwa i jakości użytkowania przewidziane dla miejskich rowerów cywilnych. Powyższe oznacza zatem (co bezzasadnie zostało pominięte przez Urząd), że zidentyfikowane przez Zamawiającego problemy i zagrożenia byłyby aktualne niezależnie od tego, czy zastosowane zostałyby rowery ze wspomaganie elektrycznym produkcji VAIMOO (wskazane przez Wykonawcę w Koncepcji) czy innego producenta.

Zagadnienia objęte badaniem Urzędu dotyczą okoliczności o charakterze ściśle technicznym, odnoszącym się bezpośrednio do konkretnych rozwiązań rowerów ze wspomaganie elektrycznym, dostępności danych rozwiązań technicznych dla rynku objętego zamówieniem, postępowaniem wiedzy technicznej w zakresie adekwatnych dla danego rynku rozwiązań, czy możliwości ustalenia nieadekwatności rozwiązań wynikających z OPZ na etapie Postępowania. Niewątpliwie zatem zagadnienia stanowiące przedmiot kontroli doraźnej stanowiły materię wymagającą posiadania wiedzy specjalnej. Zagadnienia te zostały samodzielnie ocenione lub ustalone przez Urząd w sposób wewnętrznie sprzeczny i dowolny, niepoparty okolicznościami faktycznymi sprawy i zgromadzonym materiałem dowodowym, bez zasięgnięcia takich wiadomości specjalnych. Zgodnie natomiast z art. 605 ust. 1 pkt 3 Pzp prowadząc kontrolę Prezes Urzędu może zasięgnąć opinii biegłego, jeżeli ustalenie lub ocena stanu faktycznego sprawy lub dokonanie innych czynności kontrolnych wymaga wiadomości specjalnych.

Możliwość zawarcia klauzul przeglądowych (adaptacyjnych) w umowach w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z art. 144 ust 1 pkt 1 Pzp.

Dyspozycja artykułu pozwala instytucji zamawiającej już na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na zabezpieczenie prawidłowego toku realizacji zamówienia, poprzez wprowadzenie klauzul kontraktowych umożliwiających dostosowywanie warunków realizacji zamówienia publicznego do zmieniającego się otoczenia gospodarczego lub warunków rynkowych. Mając na względzie, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest nabycie przez instytucję zamawiającą określonego

świadczenia (dostawy, usługi lub roboty budowlanej) będącej efektem realizacji zawartej umowy, instytucje zamawiające powinny formułować warunki i zasady tej realizacji w taki sposób, by uwzględniać otoczenie społeczno-gospodarcze wykonywania umów, warunki funkcjonowania rynku określonych dostaw, usług lub robót budowlanych, tak aby w określonym zakresie móc reagować na zmiany tego otoczenia bez uszczerbku dla realizacji zamówionego świadczenia. Dlatego też, w zakresie w jakim instytucja zamawiająca jest w stanie przewidzieć określone pola i warunki modyfikacji umów, które wynikają w szczególności z prowadzonej przez te instytucje działalności, dotychczasowego doświadczenia lub wiedzy dotyczącej realiów określonych rynków - celowym jest, by takie zapisy stanowiły element dokumentacji postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Klauzule kontraktowe pozwalające na efektywne dostosowywanie sposobu i warunków realizacji umów do zmieniających się warunków zewnętrznych znajdują swoje uzasadnienie również w zasadach celowości, racjonalności i efektywności wydatkowania środków publicznych. Ograniczają one bowiem ryzyko niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia publicznego.

Możliwość skutecznej zmiany umowy w oparciu o klauzule przeglądowe wymaga dla swej skuteczności przewidzenia takiej możliwości już na etapie ogłoszenia o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian. Art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp potwierdza tym samym możliwość dokonania istotnej zmiany umowy, o ile zamawiający, przygotowując postępowanie spełni warunki wskazane powyżej. Tym samym zakres dopuszczalnych zmian może być szeroki, a prawodawca stwarza uczestnikom rynku zamówień publicznych szansę na ukształtowanie umowy w takim poziomie elastyczności, który jest niezbędny do efektywnego zrealizowania zaplanowanej inwestycji.

Zasadniczym celem klauzul przeglądowych jest określenie pewnej kategorii przypadków kwalifikujących się do zmiany w taki sposób, aby strony umowy miały pewność co do tego, kiedy Zamawiający będzie taką wyrażał, a kiedy Wykonawca ma prawo antycypować, iż zawarta z nim umowa będzie adekwatnie zmodyfikowana.

Odnosząc się następnie do obowiązku określenia zasad modyfikacji umowy w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, to postanowienia umowne zachowują ww. kryteria, gdy wszyscy rozsądnie poinformowani oferenci – zachowując zwykłą staranność – są w stanie dokładnie zrozumieć ich znaczenie oraz interpretują je w ten sam sposób, zaś zamawiający powinien posługiwać się sformułowaniami zrozumiałymi dla potencjalnych wykonawców, adekwatnymi z punktu widzenia potrzeb zamawiającego, ale także

z uwzględnieniem typowego sposobu ich rozumienia w branży, w której działają potencjalni wykonawcy.

Sformułowania zawarte w treści § 21 ust. 1 lit. e Umowy nie budziły jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych uczestników dialogu konkurencyjnego w sprawie przedmiotowego zamówienia, w szczególności zaś na etapie składania przez wykonawców pytań dot. dokumentacji Postępowania. Powyższe potwierdza, iż określone przez Zamawiającego klauzule przeglądowe były zrozumiałe dla wykonawców, zaś UZP w prezentowanej przez siebie argumentacji błędnie wiąże pojęcie precyzyjności z drobiazgowością. Nie sposób bowiem uznać za prawidłowy poczyniony przez UZP wniosek, jakoby treść § 21 ust. 1 lit. e Umowy nie zawierała klauzul przeglądowych adekwatnych do stanu faktycznego sprawy, a umożliwiających kontrolowaną zmianę Umowy, w tym nie jest zgodnym z wykładnią ww. postanowienia przyjęte przez UZP założenie, iż klauzula ta nie uwzględnia w swej treści przypadków niedostępności elementów systemu z punktu widzenia ich przydatności do Systemu, zaś Zamawiający, dokonując jej wykładni dopuścił się nadinterpretacji, poprzez oparcie się o zgodne pomiędzy Stronami rozumienie funkcjonalne (tj. uwzględniające kontekst, w oparciu o który klauzula ta została wprowadzona) ponad znaczenie literalne.

Zamawiający zaznaczył, że podstawowe znaczenie w praktyce dokonywania wykładni oświadczeń woli ma uchwała Sądu Najwyższego z dnia 29.06.1995 r., , zgodnie z którą interpretując oświadczenia woli według polskiego systemu prawnego, należy stosować kombinowaną metodę wykładni, która obejmuje dwie fazy wykładni.

W fazie pierwszej należy ustalić sens oświadczenia woli (zarówno z punktu widzenia nadawcy, jak i adresata oświadczenia). W przypadku rozbieżności w rozumieniu przez strony złożonego oświadczenia należy w fazie drugiej (obiektywnej) ustalić, jak adresat oświadczenia je zrozumiał i jak zrozumieć powinien. Zarówno w literaturze, jak i w orzecznictwie dominuje nadto podejście przyjmujące za obowiązującą zasadę omnia sunt interpretanda, oznaczającą, że umowa podlega interpretacji nawet wtedy, gdy w świetle reguł językowych nie ma wątpliwości co do jej znaczenia.

Zatem interpretacja postanowień umowy w oparciu o wykładnię literalną, z ewidentnym wyłączeniem wykładni funkcjonalnej, jest niedopuszczalne, zaś postanowienia Umowy trzeba adekwatnie interpretować, bez ograniczania się do ich literalnego brzmienia, bez odnoszenia się do celu istnienia tychże zapisów.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów UZP w odniesieniu do okoliczności wskazanych w treści § 21 ust. 1 lit. e Umowy, należy podkreślić, że:

a) nie jest prawidłowym i zgodnym z ww. zasadami wykładni oparcie się przez Urząd wyłącznie na wykładni literalnej, z pominięciem pozostałych metod wykładni, w szczególności wykładni funkcjonalnej i celowościowej. W szczególności, nie jest prawidłowym założenie, iż zastosowanie klauzuli przeglądowej w rozumieniu art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp wymaga dla swej skuteczności użycia w aneksie do umowy w sprawie zamówienia publicznego *expressis verbis* sformułowania jak użyte w danej klauzuli przeglądowej, bez ustalenia, czy okoliczności powołane przez zamawiającego jako podstawa zastosowania danej klauzuli przeglądowej odpowiadają w istocie celowi i funkcji wynikającej z brzmienia tejże klauzuli ustalonym na skutek jej kompletnej i prawidłowej wykładni, zgodnie z zasadami interpretacji tekstów

Dokonana przez Urząd wykładnia postanowienia § 21 ust. 1 lit. e Umowy pomija, że sytuacje „niedostępności na rynku materiałów, technologii lub urządzeń wskazanych w OPZ” zostały wyszczególnione odrębnie od sytuacji „wycofania z rynku tych materiałów, technologii lub urządzeń” – zgodnie zatem z zasadą zakazującą wykładni *per non est*, zgodnie z którą niedopuszczalne jest odczytywanie treści danego aktu w sposób pomijający niektóre jego fragmenty albo czyniące je zbędnymi, a także zasadą racjonalności, ww. przesłanki zmiany Umowy należy traktować jako odnoszące się do odmiennych przypadków, nie zaś – jak uczynił to w rzeczywistości Urząd – jako obejmujące wyłącznie sytuację, w której rozwiązania pierwotnie przewidziane w OPZ zostałyby całkowicie usunięte z rynku i z tego względu nie byłoby możliwe ich zastosowanie w Systemie.

Jakkolwiek rozwiązania (materiały, technologie, urządzenia) wynikające z OPZ, uwzględnione następnie przez Wykonawcę w rowerach VAIMOO, nie zostały wycofane z rynku (rower VAIMOO nie został wycofany z produkcji przez producenta), w świetle okoliczności faktycznych i incydentów związanych z ich praktycznym zastosowaniem w Systemie rozwiązania te należało zatem uznać w rozumieniu funkcjonalnym za niedostępne na rynku z punktu widzenia możliwości i przydatności włączenia ich do Systemu. Zgodnie z przytoczoną przez Urząd definicją słownikową pojęcia „niedostępny produkt” (*vide*: przypis nr 26 na s. 20 Informacji o wyniku kontroli doraźnej), jest to produkt „taki, którego nie można mieć, zdobyć lub wykorzystać”⁹). Z kolei zaś pod pojęciem „wykorzystać” rozumie się „użyć czegoś dla osiągnięcia jakiegoś celu, zysku”¹

Nawet na gruncie wykładni językowej, brak możliwości wykorzystania rozwiązań technicznych opisanych pierwotnie w OPZ, a zastosowanych następnie w rowerach VAIMOO dla osiągnięcia celu w postaci funkcjonowania Systemu, z przyczyn zaistniałych w przedmiotowej sprawie, należy uznać za zgodny z definicją pojęcia „niedostępności” w rozumieniu § 21 ust. 1 lit. e Umowy.

Jeśli klauzula przeglądowa przewidywałaby możliwość zmiany Umowy w przypadku całkowitego wycofania danego rozwiązania technicznego (jego nieistnienia), to tym bardziej za dopuszczalną należy uznać zmianę Umowy w sytuacji, w której rozwiązanie takie podlega wycofaniu dla danego przeznaczenia związanego z realizacją Umowy (funkcjonowania systemu miejskiego roweru cywilnego).

Za nieprawidłowe należy uznać również poczynione przez Urząd ustalenia odnośnie braku ziszczenia się przedmiotowej sprawie okoliczności opisanych w § 21 ust. 1 lit. e Umowy odnoszących się do sytuacji „pojawienia się na rynku materiałów, technologii lub urządzeń nowszej generacji zapewniających wyższy standard funkcjonowania systemu SRM MEVO (bez zmiany rodzaju i charakteru realizowanej Umowy, a także zmiany celu, jaki ma być osiągnięty w ramach realizacji Umowy)”.

Stwierdzenia poczynione należy ocenić jako wzajemnie sprzeczne. Z jednej bowiem strony Urząd wskazał, jakoby w ogóle ww. przesłanka nie mogła mieć zastosowania do zmian Umowy, bowiem zawiera pojęcia „nieostre”, „niejednoznaczne”, „nie zdefiniowane” jak „nowszej generacji”, czy „wyższy standard funkcjonowania systemu”, a z drugiej jednocześnie Urząd wskazał, że przesłanka ta jednak może mieć zastosowanie do sytuacji „pojawienia się na rynku rowerów nowszej generacji zapewniających wyższy standard funkcjonowania systemu SRM MEVO, przez co, w kontekście wymagań OPZ, należy rozumieć rower ze wspomaganie elektrycznym, który w zakresie przynajmniej jednego z parametrów przewyższałby właściwościami rower VAIMOO, a w zakresie pozostałych parametrów byłby co najmniej zgodny z wymaganiami OPZ (tj. posiadałby przynajmniej nie gorsze niż parametry minimalne), wobec czego zapewniłby lepsze funkcjonowanie Systemu, tj. w przypadku parametru wagi byłby rowerem lżejszym i jednocześnie zachowującym wszystkie pozostałe funkcjonalności”.

Za nieprawidłowe należy uznać stwierdzenie, jakoby przedmiotowa przesłanka nie mogła mieć zastosowania wskutek zastosowania w niej pojęć „nieostrych”, „niejednoznacznych”, „nie zdefiniowanych”. Każdy element tekstu prawnego, tekstu umowy, treść przedmiotowej klauzuli przeglądowej podlega wykładni, tj. ustaleniu znaczenia zastosowanych w niej sformułowań. I tak, na gruncie samej tylko wykładni językowej pojęcie:

- „nowszy” to stopień wyższy od pojęcia „nowy” oznaczającego „niedawno zrobiony, nabyty lub właśnie powstały, założony”, „taki, który zajął miejsce poprzedniego”, „od niedawna istniejący, właśnie wynaleziony”, „następny, dalszy”;
- „generacja” oznacza „grupa maszyn, urządzeń, pojazdów konstruowanych na określonym etapie ich rozwoju, według określonej technologii”;

- „wyższy” to stopień wyższy od pojęcia „wysoki” oznaczającego „zajmujący pierwsze lub ważne miejsce w jakiejś hierarchii”, „mający dużą wartość, duże znaczenie”, „znaczny pod względem natężenia, intensywności”;

- „standard” oznacza „poziom towarów lub usług, zwłaszcza spełniający podstawowe wymagania”, „typowy i przeciętny model czegoś”.

Na gruncie samej wykładni językowej pojęcie „nowszej generacji” należy rozumieć jako materiały, technologie lub urządzenia konstruowane według następnych (względem rozwiązań uprzednich) rozwiązań i technologii, zaś „wyższy standard funkcjonowania Systemu” należy rozumieć jako zwiększony względem rozwiązań typowych i przeciętnych poziom funkcjonowania Systemu. Zestawiając niniejsze z wykładnią systemową i funkcjonalną, które wskazują jasno, że celem przedmiotowej klauzuli jest zapewnienie możliwości zmian Umowy w przypadku pojawienia się bardziej zaawansowanych technologicznie rozwiązań pozwalających na bardziej efektywne funkcjonowanie Systemu, nie ulega wątpliwości, że ww. klauzula, wbrew poczynionym przez Urząd ocenom, spełnia kryteria uznania jej za klauzulę przeglądową w rozumieniu art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp, pozwalającą na jej zastosowanie w przypadku ustalenia, że opisane nią przesłanki ziściły się w danym stanie faktycznym.

Za nieprawidłowe należy uznać także poczynione przez Urząd ustalenie, jakoby nie zaistniała sytuacja objęta ww. klauzulą przeglądową. W sytuacji, w której klauzula odnosić miałyby się do roweru ze wspomaganiem elektrycznym, który jest rowerem „łżejszym i jednocześnie zachowującym wszystkie pozostałe funkcjonalności”, w ogóle nie mielibyśmy do czynienia ze zmianą Umowy (OPZ). Rower łżejszy w dalszym ciągu przecież byłby zgodny z pierwotnym wymogiem OPZ co do maksymalnej wagi roweru, a skoro nie ulegałyby zmianie inne funkcjonalności, nie zachodziłaby tym samym w ogóle podstawa do dokonywania zmiany Umowy, a co najwyżej wyrażenia przez Zamawiającego zgody na takie zaktualizowane rozwiązanie, zgodnie z pkt. 2 in fine OPZ, zgodnie z którym Zamawiający przewidział mechanizm umożliwiający zmiany rowerów względem tych określonych Koncepcją w trybie wyłącznie zgody Zamawiającego („Każda istotna zmiana wymaga pisemnej zgody Zamawiającego”). Przedmiotowa klauzula przeglądowa, aby zachowywała ona sens prawny, odnosi się do przypadków, w których zmianie ulegać miałyby np. parametr wagi roweru względem parametru określonego OPZ (tj. gdyby waga roweru miała przekroczyć wskazaną w OPZ wartość maksymalną), a zmiana taka podyktowana byłaby faktem zaistnienia na rynku materiałów, technologii lub urządzeń skonstruowanych według następnych (względem rozwiązań uprzednich) rozwiązań i technologii, których zastosowanie powodowałoby zwiększony względem rozwiązań typowych i przeciętnych poziom funkcjonowania Systemu –

a zatem np. zwiększony poziom bezpieczeństwa użytkowników, niezawodności działania Systemu, etc. W przedmiotowym zakresie Urząd całkowicie dowolnie, niezgodnie ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym, pomimo niedysponowania przezeń informacjami wynikającymi z wiedzy specjalnej wskazuje, że rower SEGWAY A200 „pojawił się na rynku” już co najmniej w roku 2021. Nadto, model roweru SEGWAY A200 jest cięższy od modelu VAIMOO i nie spełnia wymagania dotyczącego wagi maksymalnej, wskazanej pierwotnie w OPZ.

Jak wynika z informacji dostępnych w internecie, przywołanych w kontroli, zapowiedź dotycząca wprowadzenia na rynek rowerów SEGWAY A200 została opublikowana w dniu 17.08.2021 r. Tymczasem, Postępowanie zostało ogłoszone w dniu 10.04.2020 r., składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu miało miejsce w dniu 14.05.2020 r., zaś otwarcie ofert – od którego to momentu wykonawcy i Zamawiający związani są treścią ofert, brzmieniem SIWZ (OPZ) oraz rowerami przedstawionymi w złożonych wraz z ofertami koncepcjach funkcjonowania Systemu, oraz od którego to momentu dokonanie zmiany treści oferty jest niedopuszczalne - miało miejsce w dniu 26.07.2021 r., a zatem przed przytoczoną przez Urząd zapowiedzią pojawienia się dopiero na rynku rozwiązań objętych rowerem SEGWAY A200.

Urząd potwierdził, że istotnie rowery o parametrach przyjętych na skutek zawarcia Aneksu nr 1 (rowery SEGWAY A200) posiadają wyższe parametry względem rowerów VAIMOO, a zatem jedyne zastrzeżenie Urzędu w przedmiotowym zakresie tyczy się zwiększonej wagi roweru. W tym kontekście za ustalenie dowolne, nie oparte na wiedzy specjalnej (którą Urząd nie dysponuje samodzielnie) należy uznać poczynione przez Urząd ustalenie, że tylko rower lżejszy (w sytuacji, gdy pozostałe parametry pojazdu są bezspornie wyższe, tj. lepsze, aniżeli parametry pierwotne) można uznać za zapewniający wyższy/lepszy standard funkcjonowania Systemu oraz za rower „szybszy, zwrotniejszy i łatwiejszy w obsłudze, czyli po prostu lepszy” oraz lepiej prowadzący się bez wspomagania elektrycznego. Uwadze Urzędu umknęło w przedmiotowym zakresie, że rozwiązania pierwotne rowerów ze wspomaganie elektrycznym wynikające z OPZ skutkowały poważnym zagrożeniem bezpieczeństwa dla użytkowników Systemu, tj. realnym zagrożeniem samoczynnego pęknięcia ramy roweru, a zatem „rozpadnięcia się” roweru w trakcie jazdy. Użytkowanie zatem rowerów opartych o rozwiązania pierwotnie opisane w OPZ powodowałoby nieustanne zagrożenia dla zdrowia, a nawet życia użytkowników Systemu (co potwierdziły udokumentowane w toku postępowania kontrolnego sytuacje zaistniałe w systemie roweru miejskiego w Sztokholmie), generując nadto dalej idące konsekwencje o charakterze finansowym (potencjalna

odpowiedzialność odszkodowawcza Zamawiającego za doznane przez osoby fizyczne szkody na osobie i mieniu), wizerunkowym, społecznym, czy wręcz nawet karnym, wynikającym z faktu świadomego dopuszczenia przez Zamawiającego do uruchomienia Systemu z użyciem rowerów o parametrach skutkujących ww. zagrożeniami dla użytkowników. Już zatem choćby z tej perspektywy – zestawiając ze sobą rozwiązanie pierwotne, niosące za sobą ww. zagrożenia i nieprawidłowości, oraz rozwiązania nowowprowadzone, usuwające te zagrożenia i nieprawidłowości (wskutek zastosowanych wzmocnień ram i konstrukcji rowerów, ale co za tym idzie niosące za sobą nieuchronny skutek w postaci zwiększonej wagi rowerów, wobec jednoczesnego zastosowania odpowiedniej baterii, tak aby zapewnić użytkownikom Systemu tożsamy zasięg rowerów ze wspomaganie elektrycznym) należy uznać, że niewątpliwie rozwiązania nowowprowadzone zapewniały wyższy standard funkcjonowania Systemu, w szczególności z uwagi na podstawowy aspekt bezpieczeństwa, hierarchicznie nadrzędny względem wszelkich innych aspektów korzystania z systemu roweru miejskiego i warunkujący w ogóle chęć korzystania przez użytkowników z Systemu.

W zakresie treści klauzuli przeglądowej z § 21 ust. 1 lit. c pkt 1.1.c2 Umowy UZP nie zakwestionował faktu, iż konieczność wprowadzenia rozwiązań i rowerów różnych od pierwotnie przyjętych wpływa na termin wykonania zamówienia określonego Umową (poprzez przesunięcie terminów wdrożenia Etapu I, II oraz III), kwestionując jedynie fakt wystąpienia okoliczności, o których mowa w treści ww. postanowienia (tj. okoliczności niezależnych od Stron, których nie można było przewidzieć przy zachowaniu należytej staranności).

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 144 ust. 1 pkt 3 Pzp

Jak wynika z dokumentacji udostępnionej UZP odnoszącej się do wniosków z analizy parametrów i stanu rowerów ze wspomaganie elektrycznym opisanych w OPZ (rozwiązań zastosowanych następnie w rowerach firmy VAIMOO), ich dokumentacji, charakteru i przyczyn występowania opisanych incydentów związanych z ramami przedmiotowych rowerów, a także parametrów i stanu oraz dokumentacji rowerów ze wspomaganie elektrycznym o parametrach przewidzianych Anekssem nr 1, biorąc pod uwagę zwłaszcza wiedzę techniczną, wystąpienie incydentów związanych z zastosowaniem w Systemie rowerów VAIMOO, w świetle ich zgodności z wymogami Zamawiającego (w tym OPZ) i posiadania przez nie wszystkich wymaganych dokumentów (dopuszczeń, certyfikatów, atestów etc.) i spełniania przez nie standardów bezpieczeństwa i jakości użytkowania, stanowiło okoliczność niezależną od Stron, której zarówno Zamawiający, jak i Wykonawca, nie mogli przewidzieć działając z należyłą starannością.

Incydenty te nie były w szczególności spowodowane przyczynami leżącymi po stronie Wykonawcy czy podmiotów, za które ponosi on odpowiedzialność, w tym wystąpienie incydentów nie było skutkiem zaniedbań czy zaniechań po stronie Wykonawcy (i podmiotów, za które odpowiada), nieprawidłowego wywiązywania się przez Wykonawcę z zobowiązań objętych Umową, etc.

Okoliczności tych nie można było również przewidzieć na etapie wcześniejszym (w tym zwłaszcza na etapie poprzedzającym zawarcie Umowy).

W wyniku przeprowadzonej kontroli Urząd nie zarzucił Zamawiającemu, jakoby dokonał on w sposób nieprawidłowy przygotowania i przeprowadzenia Postępowania poprzez nieprawidłowy czy niedostateczny opis przedmiotu zamówienia w zakresie rozwiązań technicznych rowerów ze wspomaganiem elektrycznym, bądź by Zamawiający w sposób nieprawidłowy lub niedostateczny dokonał badania rowerów zaoferowanych przez Wykonawcę w Postępowaniu (rowerów VAIMOO).

Jak wynika bezpośrednio z brzmienia samego art. 144 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz interpretacji przepisu przedstawionych przez sam Urząd w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, dopuszczalność zastosowania art. 144 ust. 1 pkt 3 Pzp uzależniona jest od tego, czy konieczność zmiany spowodowana była okolicznościami, które nie były możliwe do przewidzenia przez Zamawiającego z należytą starannością, nie zaś od hipotetycznej możliwości przewidzenia danej okoliczności przy zastosowaniu środków nadzwyczajnych czy niestandardowych w danym przypadku.

Konstruując OPZ i oczekiwane przez Zamawiającego parametry rowerów ze wspomaganiem elektrycznym, Zamawiający odnosił się do posiadania przez rowery atestów, certyfikatów i zgodności z normami ISO, a zatem standardów o charakterze uniwersalnym, obiektywnym, potwierdzanych przez niezależne, autoryzowane instytucje – już zatem na tej podstawie Zamawiający mógł zasadnie, racjonalnie, zgodnie ze standardem należytej staranności, zakładać, że sformułowane przezeń wymogi co do rozwiązań rowerów, potwierdzone następnie w odniesieniu do konkretnych modeli rowerów zaoferowanych przez danego wykonawcę, poprzez m.in. przedłożone dla tych rowerów odpowiednie certyfikaty i atesty, będą wystarczające dla zapewnienia prawidłowości działania Systemu, w szczególności zapewnienia niezbędnego poziomu bezpieczeństwa użytkownikom Systemu, i tym samym Zamawiający nie mógł wówczas racjonalnie zakładać, że rowery posiadające takie certyfikaty i atesty co do zastosowanych w nich rozwiązań mogłyby jednak ulec awariom takiego rodzaju jak zidentyfikowane w przedmiotowej sprawie.

Wbrew ocenom poczynionym przez Urząd, sytuacji takiej nie można uznać za wpisującą się w normalne ryzyko kontraktowe.

Okolicznością niekwestionowaną przez Urząd jest, iż Zamawiający dokonał na etapie Postępowania prawidłowego badania rowerów oferowanych przez wykonawców, w tym rowerów VAIMOO – zarówno w oparciu o przedstawione dla tych rowerów certyfikaty i atesty, jak i w oparciu o bezpośrednie badanie egzemplarzy rowerów przez biegłego rzeczoznawcę - oraz że rowery te były zgodne z wymogami postawionymi przez Zamawiającego w OPZ.

Co więcej, hipotetyczne nawet wykrycie ryzyk pęknięć ram w toku Postępowania (na etapie badania ofert) nie zmieniłoby zaistniałego w sprawie stanu rzeczy, bowiem wskazane problemy związane były z rozwiązaniami dla rowerów ze wspomaganiami elektrycznymi wynikającymi z OPZ (którym, po terminie składania ofert, związany jest zarówno Zamawiający, jak i wykonawca). Sytuacja ta zatem ujawniłaby zatem jedynie wcześniej konieczność dokonania odpowiednich zmian OPZ na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Badania rowerów w zakresie przewidzianym przez Zamawiającego w Postępowaniu były adekwatne z punktu widzenia zapisów OPZ, przepisów prawa, jak również niezbędnych norm technicznych i norm ISO. Skoro zatem badania w ukształtowanym w ten sposób zakresie nie wykazały zidentyfikowanych obecnie pęknięć, to możliwość ich wystąpienia w normalnym toku rzeczy uznać należało za mało prawdopodobną i niemożliwą do przewidzenia przez Zamawiającego z perspektywy zachowania przez Zamawiającego należytej staranności.

Zamawiający dokonał tym samym określenia i oceny technologii rowerów z zachowaniem staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju. Za oczekiwanie nadmierowe z punktu widzenia kryterium należytej staranności należy tym samym uznać wyrażone obecnie przez Urząd założenie, że hipotetycznie można było przeprowadzić dalsze szeroko zakrojone badania rowerów (np. badania laboratoryjne odnoszące się każdego jednego elementu technicznego roweru), wykraczające poza standard określony dla nich w SIWZ, celem wykrycia wad, których zaistnienie w normalnym toku rzeczy w oparciu o ówczesny stan wiedzy naukowej co do funkcjonowania rowerów elektrycznych) było mało prawdopodobne.

Okoliczności analizowane w przedmiotowym przypadku mają charakter ściśle techniczny, w tym odnoszą się one do postępu wiedzy technicznej w stosunkowo młodej, nadal intensywnie rozwijającej się branży rowerów elektrycznych, co do rozwiązań adekwatnych dla takich rowerów w zależności od ich przeznaczenia (przewidywanego sposobu użytkowania). Dla prawidłowej oceny przez Urząd ww. kwestii, zasadne było zasięgnięcie wiedzy specjalnej, w szczególności poprzez pozyskanie stosownej opinii biegłego na podstawie art. 605 ust. 1 pkt 3 Pzp, czego jednak Urząd nieprawidłowo w przedmiotowej sprawie zaniechał.

Niezależnie od powyższego za chybione, niezgodne z treścią przytaczanych przez Urząd postanowień, uznać należy argumenty UZP, jakoby okoliczności związane z mikropęknięciami ram rowerów były w rzeczywistości brane pod uwagę przez Zamawiającego oraz by nie stanowiły one okoliczności niezależnej od Stron, w szczególności od Wykonawcy. W tym zakresie wskazać bowiem należy, że:

a) rower VAIMOO – co nie jest kwestionowane przez UZP – był i jest w pełni zgodny zarówno z wiążącą Strony Umową, jak również wymaganiami określonymi w treści OPZ. Z uwagi na powyższe w analizowanym przypadku nie jest możliwe przyjęcie, że rower VAIMOO posiada wady podlegające odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu gwarancji i rękojmi. „Wada” w rozumieniu przepisów o rękojmi (art. 5561 § 1 ustawy z dnia 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny) odnosi się bowiem do niezgodności rzeczy sprzedanej z umową, zaś w przypadku przepisów o gwarancji odpowiedzialność gwaranta dotyczy przypadku, gdy rzecz sprzedana nie ma właściwości określonych w oświadczeniu gwarancyjnym (w tym wypadku: Umowie).

Umowa w przedmiotowej sprawie, poprzez treść OPZ, narzucała natomiast takie, a nie inne rozwiązania techniczne (w tym konstrukcyjne) rowerów. Jeśli zatem produkt dostarczony przez wykonawcę pozostaje zgodny z wymogami określonymi przez zamawiającego, nie jest możliwe przyjęcie, jakoby w takim przypadku zachodziła odpowiedzialność wykonawcy na gruncie rękojmi czy gwarancji. Urząd ponownie pominął tym samym w przedmiotowym zakresie, że okoliczności związane z występującymi mikropęknięciami wynikają z parametrów technicznych dla rowerów ze wspomaganiami elektrycznymi określonych w OPZ, a nie z np. nieprawidłowości wykonania zamówienia przez Wykonawcę, i zidentyfikowane problemy i zagrożenia analogicznie wystąpiłyby również w przypadku innych typów rowerów dopóty, dopóki nie zostałyby zmienione wynikające z OPZ parametry techniczne rowerów uwzględniające konieczność zastosowania dodatkowych wzmocnień konstrukcyjnych (których dalszym skutkiem było właśnie kwestionowane przez Urząd zwiększenie się wagi roweru).

Zgodnie z § 6 ust. 6 Umowy: *„Wykonawca gwarantuje, że rowery, urządzenia i wyposażenie, które dostarczy i będą wykorzystywane w celu realizacji Przedmiotu Umowy, będą spełniały warunki określone w SIWZ (w tym OPZ) oraz będą: nowe, nieużywane, wyprodukowane według najnowszych osiągnięć technicznych i odpowiadać będą najwyższym standardom jakościowym, bezpieczeństwa i ochrony środowiska dotyczącym materiałów i wykonawstwa. Wykonawca gwarantuje także, że dostarczane rowery oraz elementy SRM MEVO wolne będą od jakichkolwiek wad produkcyjnych, konstrukcyjnych, materiałowych lub wynikających z nienależytej jakości ich wykonania oraz będą zgodne z parametrami technicznymi podanymi przez producenta i zaakceptowaną przez Zamawiającego dokumentacją*

projektową i SIWZ. Powyższe nie dotyczy elementów SRM MEVO przekazanych Wykonawcy przez Zamawiającego". Postanowienie zakładało, że Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć rowery, które odpowiadają wymogom SIWZ (OPZ).

Prawidłowa zatem wykładnia postanowienia winna prowadzić do wniosku, że odnosi się ono do, innych niż zaistniałe w przedmiotowej sprawie, przypadków np. wad konstrukcyjnych wynikających np. z niezastosowania się przez Wykonawcę do wymogów OPZ, niezgodności rowerów zastosowanych przez Wykonawcę z deklarowanymi normami ISO etc. (czego w sprawie bezspornie nie stwierdzono), natomiast nie uwzględnia ono sytuacji, w której – ujawniona nieadekwatność rozwiązań technicznych rowerów wynika z samej ich konfiguracji określonej OPZ. Przyjęcie bowiem takiej wykładni prezentowanej przez Urząd, prowadziłoby do wewnętrznie sprzecznej i niemożliwej do pogodzenia konkluzji, iż z jednej strony Wykonawca musi dostarczyć rower zgodny z OPZ, ale z drugiej strony ma zapobiec występowaniu pęknięć ram, którym nie da się przeciwdziałać w inny sposób aniżeli tylko poprzez odpowiednią zmianę wymogów konstrukcyjnych rowerów wynikających właśnie z OPZ.

Również powołane przez Urząd postanowienia dot. usterek istotnych rowerów, wynikające z § 1 pkt 32 Umowy, pkt 17 ust. 1 lit b) OPZ czy też dotyczące okresu eksploatacji rowerów i obowiązku zastępowania rowerów wycofanych z eksploatacji rowerami nowymi, dokonując ich prawidłowej wykładni, nie mogą być uznane za odnoszące się do kategorii zdarzeń takich jak zaistniałe w przedmiotowej sprawie.

Procedura usuwania usterek istotnych czy wymiany rowerów zużytych w toku eksploatacji, opisana postanowieniami Umowy i OPZ, odnosiła się do przypadków innych aniżeli wady rozwiązań technicznych rowerów określonych w samym OPZ, tj. np. uszkodzeń rowerów wynikających z działań użytkowników Systemu czy wykrytej niezgodności rowerów z wymogami opisanymi Umową i OPZ. W żadnym bowiem przypadku zastosowanie ww. procedury nie prowadziłoby do usunięcia zagrożeń w postaci pęknięć ram rowerów w trakcie ich użytkowania, skoro Wykonawca zobowiązany byłby do zastępowania rowerów już „rozpadniętych” rowerami obciążonymi tym samym ryzykiem (rowerami o parametrach opisanych pierwotnie w OPZ i przewidzianych Koncepcją).

Wykładnia postanowień prezentowana w przedmiotowym zakresie przez Urząd nie może być zatem uznana za prawidłową zarówno na gruncie wykładni literalnej, ale także funkcjonalnej czy systemowej. Za błędne należy uznać poczynione przez Urząd ustalenie, jakoby istotnie Zamawiający już z góry przewidział (bądź działając z należytą starannością był w stanie przewidzieć) sytuację możliwego występowania uszkodzeń rowerów takiego rodzaju i pochodzenia jak zaistniałe w przedmiotowej sprawie.

Za nieprawidłowe należy zatem uznać także poczynione przez Urząd ustalenie, że w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy nie zaszły okoliczności opisane w klauzuli przeglądowej z § 21 ust. 1 lit. c pkt 1.1.c2 Umowy, zgodnie z którą dopuszczalna jest zmiana Umowy w zakresie terminu realizacji Przedmiotu Umowy, w tym terminów pośrednich (poszczególnych etapów) w przypadku wystąpienia okoliczności niezależnych od Wykonawcy i Zamawiającego, których nie można było przewidzieć przy zachowaniu należytej staranności, o ile Wykonawca wykaże, że okoliczności te miały bezpośredni wpływ na niemożliwość realizacji świadczenia w terminie określonym Umową.

PUZP odnosząc się do zastrzeżeń, podtrzymał dotychczasowe stanowisko i argumentację przedstawioną w informacji o wyniku kontroli. W zakresie wniosku o powołanie biegłego, zauważono, że kontrola legalności udzielenia zamówienia publicznego, jak również zmian umowy, przeprowadzana jest w oparciu o przekazane przez kierownika zamawiającego kopie dokumentów związanych z danym postępowaniem o udzielenie zamówienia, potwierdzonych za zgodność z oryginałem, w formie pisemnej albo w formie elektronicznej oraz udzielone wyjaśnienia w sprawach dotyczących przedmiotu kontroli, w formie pisemnej albo w formie elektronicznej. W kontrolowanej sprawie zebrany materiał dowodowy w sposób nie budzący wątpliwości nie wymagał uzupełnienia o dodatkową wiedzę techniczną i był wystarczający do stwierdzenia naruszeń wskazanych w wyniku kontroli. Przedmiotem kontroli doraźnej nie było wszakże kwestionowanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie parametrów technicznych ustalonych dla rowerów ze wspomaganie elektrycznym, lecz legalność zmiany umowy dokonanej w drodze Aneksu nr 1, w świetle ustalonego stanu faktycznego sprawy (występowanie mikrouszkodzeń ram rowerów ze wspomaganie elektrycznym) oraz klauzul przeglądowych zawartych w umowie i przesłanek ustawowych.

Kontrolujący podkreślił niekonsekwencję w stanowisku Zamawiającego, który z jednej strony przyczynę zmiany Umowy wiąże z wadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, polegającą na niewłaściwym opisaniu przedmiotu zamówienia, a jednocześnie konsekwentnie podtrzymuje, że w okolicznościach faktycznych sprawy ziściły się przesłanki określone m.in. klauzulą z § 21 ust. 1 lit. Umowy, tj. że Strony uprawnione są do dokonania zmian postanowień Umowy w zakresie zmian rozwiązań technologicznych.

Ad. Zarzut naruszenia art. 7 ust 1 w zw. z art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z § 21 ust. 1 lit. e Umowy oraz § 21 ust. 1 lit. c pkt 1.1.c2 Umowy

Kontrolujący zwrócił uwagę na konieczność ścisłego interpretowania klauzul przeglądowych, które powinny zawierać katalog okoliczności, w których możliwe byłoby

wprowadzenie zmian do Umowy – z uwagi na ograniczenia zmiany umów w sprawie zamówień publicznych, wynikające z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. Nie zaprzeczono także, że postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego mogą być poddawane wykładni na podstawie art. 65 kc, w tym z zastosowaniem, tzw. kombinowanej metody wykładni. Przy czym, należy zastrzec, że wykładnia ta nie może zmieniać zakresu postanowień umowy, a jej celem jest wyjaśnienie rzeczywistej treści zawartej umowy, a nie zmiana jej postanowień.

Co do możliwości zmiany umowy na podstawie przesłanek określonych w § 21 ust. 1 lit. e Umowy, zauważono w odpowiedzi na zastrzeżenia, że zmiany Umowy w zakresie rozwiązań technicznych opisanych w OPZ, powinny być wynikiem niedostępności („taki, którego nie można mieć, zdobyć lub wykorzystać”) czy wycofania (ze sprzedaży, z obrotu handlowego) danych materiałów, technologii czy urządzeń, spowodowanych działaniem praw rynku, rynku produkcyjnego. Przywołana klauzula nie obejmowała – wbrew twierdzeniom Zamawiającego, że w rozumieniu funkcjonalnym rozwiązanie to należy uznać za niedostępne na rynku z punktu widzenia możliwości i przydatności włączenia do Systemu - okoliczności dotyczących praktycznego zastosowania rowerów VAIMOO w Systemie. W klauzuli pojęcie niedostępności odnosiło się do niedostępności na rynku, a nie niedostępności w Systemie rowerowym Zamawiającego.

Co do przesłanki *„pojawienia się na rynku materiałów, technologii lub urządzeń nowszej generacji zapewniających wyższy standard funkcjonowania systemu SRM MEVO (bez zmiany rodzaju i charakteru realizowanej Umowy, a także zmiany celu, jaki ma być osiągnięty w ramach realizacji Umowy)”* Urząd powtórzył, że posłużono się pojęciami nieostrymi, niedookreślonymi. Klauzula nie precyzowała, w jakim zakresie, do których konkretnie rozwiązań technologicznych, do których aspektów funkcjonowania Systemu należy odnieść te pojęcia. W ocenie Kontrolującego możliwość zmiany Umowy zachodziłaby wtedy tylko, gdy pierwotne rozwiązanie technologiczne zostałyby zastąpione w Umowie przez materiały, technologię, czy urządzenie, opisane w OPZ, które pojawiło się w obrocie handlowym („na rynku”) po zawarciu Umowy, a jednocześnie było nowocześniejsze, o lepszych parametrach („nowszej generacji”), i dodatkowo zapewniało wyższy standard funkcjonowania systemu SRM MEVO.

Ad. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp

W Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zakwestionowano należytej staranności Zamawiającego w zakresie przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, jak również badania ofert. Art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wymaga, aby konieczność zmiany umowy była spowodowana okolicznościami, których zamawiający, działając z należyłą starannością, nie

mógł przewidzieć, a więc okoliczności, które były niemożliwe do przewidzenia w sposób obiektywny, a nie okolicznościami, których zamawiający nie przewidział.

Ziszczenie się przesłanki zmiany umowy określonej w art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie może i nie odnosi się do wad opisu przedmiotu zamówienia. Okoliczności powodujące konieczność zmiany umowy muszą mieć nie tylko charakter nadzwyczajny, ale również co do zasady wywołany czynnikami zewnętrznymi, niezależnymi od zamawiającego. „Wady OPZ”, nawet jeśli miałyby mieć miejsce, nie mogą stanowić ani okoliczności nadzwyczajnych, ani okoliczności, których Zamawiający przy zachowaniu należytej staranności nie mógł przewidzieć.

W Informacji o wyniku kontroli doraźnej wykazano, że Zamawiający wziął pod uwagę ewentualną awarię takiego rodzaju. Załącznik do Umowy, przewidywał wystąpienie usterki istotnej, zdefiniowanej jako: *rower nienadający się do jazdy (...) w tym: uszkodzenie: łańcucha/paska/wału Kardana, opony, koła (w tym rozcentrowanie) w stopniu utrudniającym lub uniemożliwiającym jazdę, oświetlenia, siodelka w tym wspornika lub szybkozacisku (w tym wymagany nacisk w celu jego obsługi wyższy niż określony w punkcie 2d), dzwonka, przerzutek, hamulców lub słabe działanie hamulców, uszkodzenie ramy, kierownicy, mechanizmu korbowego, zapięcia rowerowego, blokady, komputera pokładowego, usterka napędu elektrycznego.* Zamawiający przewidział jednocześnie, że: *W przypadku braku możliwości wykonania powyższych czynności, należy wymienić rower na inny sprawny.*

Definicja usterki istotnej nie wyłącza usterki rowerów spowodowanej wadą produkcyjną, konstrukcyjną, materiałową lub wynikającą z nienależytej jakości ich wykonania. Zatem Zamawiający brał pod uwagę, że rowery, pomimo ich zgodności z wymaganiami OPZ oraz odpowiednimi normami i certyfikatami ISO, mogą ulec usterce istotnej, tj. usterce powodującej nieprzydatność roweru w Systemie, w tym usterce polegającej na uszkodzeniu ramy. A występujące incydenty mikrouszkodzeń ram, prowadzące do niemożliwości użytkowania rowerów w Systemie, wpisywały się w swej istocie w definicję tej usterki. Powyższe prowadzi do wniosku, że wystąpienie incydentów polegających na mikropęknięciach ram rowerów ani nie stanowiły okoliczności obiektywnie nieprzewidywalnych, ani de facto nie były okolicznościami, których Zamawiający nie przewidział, o czym świadczy treść OPZ dotycząca wymagań w zakresie reakcji na zdarzenia, jak i zobowiązanie Wykonawcy do dostarczenia rowerów wolnych od wad produkcyjnych, konstrukcyjnych, materiałowych lub wynikających z nienależytej jakości ich wykonania (§ 6 ust. 6 Umowy).

Zamawiający w treści OPZ przewidział zatem również sytuację zużycia rowerów wskutek ich eksploatacji i zastrzegł, że w miejsce roweru wycofanego z eksploatacji Wykonawca dostarczy rower zgodny z OPZ i prototypem przekazanym wraz z Koncepcją funkcjonowania.

W świetle powyższych zapisów OPZ, uszkodzenia ram, które ujawniły się dopiero po zawarciu Umowy, nawet jeśli były trudne do wykrycia na etapie sprawdzania zgodności oferowanego sprzętu z wymaganiami, nie stanowią okoliczności, w której ziściłaby się przesłanka określona przepisem art. 144 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp. Zapisy OPZ nie wyłączały odpowiedzialności Wykonawcy na okoliczność długotrwałej eksploatacji rowerów, a tym samym bardziej zintensyfikowanej niż w trakcie testów. Przeciwnie, Zamawiający założył, że rowery będą funkcjonowały w Systemie minimum rok i brał pod uwagę, że w wyniku długotrwałego eksploataowania staną się nieprzydatne do funkcjonowania w Systemie, wobec czego zobowiązał Wykonawcę do zastąpienia ich rowerami zgodnymi z wymaganiami OPZ i Koncepcją funkcjonowania.

Zamawiający za nieprzewidzianą okoliczność, skutkującą koniecznością zmiany umowy, uznał sytuację, która w rzeczywistości była objęta zapisami OPZ, określającymi odpowiedzialność Wykonawcy w tym zakresie.

Reasumując, Prezes UZP podtrzymał stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej i nie uwzględnił zastrzeżeń od wyniku kontroli.

W związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej w zakresie wykazanych naruszeń przekazano je do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpatrując zastrzeżenia Zamawiającego zgłoszone wobec informacji o wyniku kontroli, uznała, iż nie zasługują one na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza, w składzie wyznaczonym do rozpatrzenia zastrzeżeń, wskazuje w pierwszej kolejności w ramach uwag natury ogólnej odnoszących się do poczynionych przez organ dokonujący kontroli ustaleń stanu faktycznego, że ustalenia kontroli odzwierciedlają stan faktyczny przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ocenę ofert i oferowanego rozwiązania, zawarcie umowy i precyzują okoliczności, które doprowadziły do zmiany umowy. Za stanowisko własne Izba przyjmuje przywołane w dokumentach kontroli orzecznictwo i doktrynę dla pojęć mających istotne znaczenie dla sporu.

Przechodząc do oceny ustalonego stanu faktycznego i zasadności stwierdzonych w toku kontroli naruszeń ustawy Pzp Izba podziela stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli, iż niemożliwa była zmiana umowy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Jak celnie podkreślił Kontrolujący Strony wyraźnie w Umowie zdefiniowały pojęcie wady istotnej, za które uważano także uszkodzenie ramy i określiły obowiązki wykonawcy w postaci wymiany roweru na wolny od wad. Taka wymiana tkwiła zatem w treści obowiązującej umowy i nie wymagała jej zmiany.

Z opisu przedmiotu zamówienia i umowy jasno wynikało, że dostarczone rowery mają być wolne od jakichkolwiek wad produkcyjnych, konstrukcyjnych, materiałowych lub wynikających z nienależytej jakości ich wykonania oraz mają być zgodne z parametrami technicznymi podanymi przez producenta. Tym samym postanowieniami umowy zostały objęte takie usterki, jak związane z wadami produkcyjnymi czy konstrukcyjnymi (także ukrytymi), których przy dochowaniu należytej staranności nie można było zidentyfikować przed zawarciem umowy. Zamawiający określił jakie obowiązki ma wówczas Wykonawca. Dlatego też nie są uprawnione twierdzenia Zamawiającego, że ujawniona na etapie eksploatacji wada w postaci mikrouszkodzeń ramy mogła prowadzić do podpisania aneksu do umowy. Wystąpienie takich okoliczności rodziło po stronie Wykonawcy jasno i precyzyjnie określone w umowie obowiązki. Zamawiający na etapie prowadzenia postępowania i podpisania umowy nie identyfikował wad konstrukcyjnych i produkcyjnych jako okoliczności ekstraordynaryjnych, których nie dało się przewidzieć i za które żadna ze Stron umowy nie ponosi odpowiedzialności. Zamawiający określił warunki procedury gwarancyjnej więc jak celnie zauważono w odpowiedzi na zastrzeżenia *„Zamawiający brał pod uwagę, że rowery, pomimo ich zgodności z wymaganiami OPZ oraz odpowiednimi normami i certyfikatami ISO, mogą ulec usterce istotnej, tj. usterce powodującej nieprzydatność roweru w Systemie, w tym usterce polegającej na uszkodzeniu ramy”*. Co więcej, Zamawiający opisał również procedurę postępowania z produktem związaną z jego eksploatacją i utratą właściwości użytkowych.

Możliwość wystąpienia wad konstrukcyjnych jest ryzykiem kontraktowym, spotykanym przy tego typu kontraktach. Wystąpienie lub ujawnienie takiej wady Zamawiający uznał za nieprzewidzianą okoliczność, skutkującą koniecznością zmiany umowy, podczas gdy sytuacja ta była objęta zapisami OPZ, określającymi odpowiedzialność Wykonawcy w tym zakresie. Dlatego też ujawnienie się wad konstrukcyjnych nie mogło prowadzić do zmiany umowy. Wykonawca był bowiem wówczas zobowiązany do dostarczenia rowerów wolnych od wad produkcyjnych, konstrukcyjnych, materiałowych lub wynikających z nienależytej jakości ich wykonania. Przy czym ani w kontroli ani w zastrzeżeniach nie dokonano analizy zagadnienia, czy na tej podstawie Wykonawca mógł dostarczyć inny model roweru niż oferował w postępowaniu, skoro wada dotyczyła wszystkich egzemplarzy roweru, czy też niemożliwość wykonania zobowiązania umownego prowadzić powinna do rozwiązania umowy.

Jak zauważono w protokole z kontroli, zgodnie z art. 577 § 2 k.c., obowiązki gwaranta mogą w szczególności polegać na zwrocie zapłaconej ceny, wymianie rzeczy bądź jej naprawie oraz zapewnieniu innych usług. Zatem, biorąc pod uwagę zapisy umowy i postanowienie przepisów prawa cywilnego, Zamawiający nie był uprawniony do zmiany umowy, a obowiązkiem Wykonawcy było naprawienie szkody.

W ocenie Izby nie była także możliwa zmiana umowy przy zastosowaniu art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w powiązaniu z § 21 ust. 1 lit. e Umowy oraz § 21 ust. 1 lit. c pkt 1.1.c2 Umowy.

Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający przewidział we wzorze umowy warunki jej zmiany, określono przesłanki, przy zaistnieniu których zmiana umowy będzie możliwa, zostały one prawidłowo zakomunikowane w postępowaniu, ich brzmienie nie było kwestionowane w toku prowadzonego dialogu konkurencyjnego.

W § 21 ust. 1 pkt e Umowy Zamawiający zawarł klauzule przeglądowe, zgodnie z którymi zmiana umowy była możliwa w przypadku w zakresie zmiany rozwiązań technologicznych określonych OPZ spowodowanej w szczególności: niedostępnością na rynku materiałów, technologii lub urządzeń wskazanych w OPZ lub wycofania z rynku tych materiałów, technologii lub urządzeń bądź pojawieniem się na rynku materiałów, technologii lub urządzeń nowszej generacji zapewniających wyższy standard funkcjonowania systemu SRM MEVO (bez zmiany rodzaju i charakteru realizowanej Umowy, a także zmiany celu, jaki ma być osiągnięty w ramach realizacji Umowy).

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że do oceny, czy możliwe jest zastosowanie konkretnej klauzuli możliwe jest zastosowanie wykładni mieszanej, a nie tylko językowej. Poglądu tego nie kwestionuje również PUZP, co wynika z odpowiedzi na zastrzeżenia.

Przesłanki niedostępności na rynku materiałów wskazanych w OPZ i wycofania z rynku tych materiałów co do zasady nie budziły wątpliwości, zarówno po stronie Kontrolującego, jak również po stronie Zamawiającego, o tyle sporną okazała się wykładnia i możliwość zastosowania przesłanki pojawienia się na rynku materiałów, urządzeń nowszej generacji, zapewniających wyższy standard funkcjonowania systemu.

O ile za kontrowersyjne uznać można poglądy Kontrolującego odnoszące się do analizy rynkowej dla produktu wskazanego w ofercie – roweru VAIMOO i zastąpienia go rowerem SEGWAY A200, oraz czy spełnione zostały wszystkie warunki określone w analizowanym punkcie umowy, zwłaszcza dla określenia poszczególnych parametrów produktów, to w ocenie Izby głównym powodem zawarcia aneksu do umowy było wystąpienie w dostarczanych

rowerach wad określonego rodzaju. Głównym powodem zawarcia aneksu nie było więc pojawienie się urządzeń nowszej generacji, zapewniających wyższy standard świadczenia usługi, ale wystąpienie w konstrukcji oferowanego ofertą modelu roweru wad, których w inny sposób niż przez zmianę tego modelu nie dało się wyeliminować. W ocenie Izby Zamawiającej, szukając sposobu na kontynuację zawartej umowy i dalsze świadczenie usług, próbował niejako rozszerzyć możliwość zastosowania przesłanki pojawienia się urządzeń nowszej generacji.

Następnie dostrzeżenia wymaga, iż nawet gdyby zastosować wykładnię funkcjonalną postanowienia odnoszącego się do niedostępności produktu na rynku, to zapisu umowy dopuszczającego jej zmianę nie sposób interpretować jako „*niedostępność produktu z punktu widzenia przydatności włączenia ich do Systemu*”. Postanowienie umowy jasno i precyzyjnie odnosi się do wycofania z rynku materiałów lub ich niedostępności na rynku a nie niedostępności dla systemu Zamawiającego. Zamawiający nie definiował pojęcia niedostępności przez odniesienie do przydatności produktu dla systemu. Nie określono także w umowie, że „niedostępność” należy rozumieć jako „nieprzydatność”. Wówczas bowiem każda, nawet drobna i możliwa do usunięcia, usterka produktu mogłaby być odczytywana jako nieprzydatność produktu dla systemu, a Zamawiający mógłby dowolnie weryfikować zapisy umowne, wybierając produkty, które nie były oferowane w postępowaniu. Słusznie w odpowiedzi na zastrzeżenia podkreślono, że Zamawiający dokonał nieuprawnionej interpretacji rozszerzającej przywołanych przesłanek umożliwiających zmianę umowy.

Konkludując, złożone przez Zamawiającego zastrzeżenia od wyniku kontroli nie zasługiwały na uwzględnienie. Zmiana Umowy dokonana została z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym zasad udzielania zamówień publicznych, co stanowiło także naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Reasumując powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 617 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyraża opinię, jak wyżej.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....