

Warszawa, 21 sierpnia 2023 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
Ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Odwołujący:
„Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w
Grodzisku Mazowieckim” Spółka z o.o.
Ul. Chełmońskiego 33, 05-825 Grodzisk Mazowiecki

Adres do korespondencji:
Adamczyk, Saganowski Radcowie Prawni
Al. Solidarności 113/57, 00-140 Warszawa
e-mail: t.saganowski@aswkancelaria.pl

Zamawiający:
Gmina Wrocław - Urząd Miejski Wrocławia
pl. Nowy Targ 1-8 , 50-141 Wrocław

ODWOŁANIE

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie: **„Świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego organizowanego przez Gminę Wrocław na terenie Wrocławia oraz Gmin Wisznia Mała, Długołęka i Czernica”** znak postępowania: **ZP/PN/44/2023/WTR**

Nr ogłoszenia o zamówieniu: opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 sierpnia 2023 r. pod nr **2023/S 152-484525**

Działając na podstawie art. 513 ustawy dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2022, poz. 1790, dalej: „ustawa Pzp”), wnoszę w imieniu Wykonawcy - **Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim” Spółka z o.o.** (dalej: „Odwołujący”) odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia opublikowanych przez Zamawiającego – **Gmina Wrocław - Urząd Miejski Wrocławia** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie: **„Świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego organizowanego przez Gminę Wrocław na terenie Wrocławia oraz Gmin Wisznia Mała, Długołęka i Czernica.”**

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 99 ust 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty w zakresie opisanie przewozów specjalnych
- 2) art. 95 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zobowiązanie Wykonawcy do zatrudnienia, na dzień podpisania umowy, kierowców do wykonywania przewozów na okres równy okresowi realizacji zamówienia mimo iż przepis ustawy wskazuje wyłącznie możliwość zobowiązania Wykonawcy do wykonania określonych czynności w trakcie trwania umowy, bez wskazywania trwania okresu umów o pracę.
- 3) Naruszenie art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny („KC”) w zw. z art. 16 pkt 3) Pzp poprzez nieproporcjonalne ukształtowanie warunków umowy w zakresie postanowień dotyczących możliwości odstąpienia przez Zamawiającego od umowy w przypadku ziszczenia się naruszeń o skali i wadze naruszenia nieadekwatnej do skutków lub opisanie tych naruszeń w sposób subiektywny lub nieprowadzący do nienależytego wykonania zamówienia.
- 4) naruszenie przepisów art. 431 i art. 439 ust. 1 i 3 Pzp, w zw. z art. 16 pkt 3) Pzp, w zw. z art. 17 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny („KC”), poprzez ukształtowanie warunków umowy wskazujących iż wynagrodzenie będzie waloryzowane co 6 miesięcy, począwszy od 12 pełnego miesiąca od rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych co nastąpi do 11 miesięcy od dnia podpisania umowy ale nie wcześniej niż 01.06.2024 roku a co stanowi obejście przepisów Pzp dotyczących obowiązkowych umownych klauzul waloryzacyjnych wynagrodzenia wykonawcy zawartych w art. 439 ust. 1 i 3 Pzp i prowadzi do niedopuszczalnego zachwiania równowagi kontraktowej stron umowy o zamówienie publiczne poprzez nieproporcjonalne przerzucenie na wykonawcę ryzyk związanych ze wzrostem cen na rynku usług przewozów autobusowych w okresie ok. 30 miesięcy liczonych od dnia złożenia oferty oraz ryzykiem ustalenia podstawy waloryzacji;
- 5) naruszenie przepisów art. 439 ust. 2 pkt 3) Pzp, w zw. art. 433 pkt 3) Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ KC, poprzez ukształtowanie postanowień umowy w zakresie waloryzacji wynagrodzenia w ten sposób, że:
 - a) przyjęto w ramach wskaźnika waloryzacji proporcję 0,85 % co podważa rzeczywisty koszt zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia przyjęty jako podstawa ustalenia zwaloryzowanego wynagrodzenia,
 - b) nie doprecyzowano, w zakresie objętym uzasadnieniem, podstaw sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia (wskaźników ujętych w załączniku nr 9)
 - c) nie ujęto wszystkich okoliczności mających wpływ na zmiany cen materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia,
 - d) nie doprecyzowano przepisów zobowiązujących Zamawiającego do wiążącego przekazania Wykonawcy informacji jakich danych ujętych w punkcie 1 Załącznika nr 9 do Umowy nie ma lub są błędnie przez Wykonawcę wyliczone co ma wpływ na zakres i termin wypłaty zwaloryzowanego wynagrodzenia.co, w konsekwencji, powoduje iż Zamawiający nieproporcjonalnie przerzuca na wykonawców wszystkie ryzyka związane z wahaniami cen na rynku przewozów autobusowych oraz prowadzi do oderwania wynagrodzenia od rzeczywistych kosztów realizacji zamówienia przez Wykonawcę w okresie w którym powinna nastąpić waloryzacja.
- 6) Naruszenie przepisu art. 439 ust 1 w związku z art. 455 ust 1 ustawy Pzp poprzez brak opisanie w przesłankach istotnych zmian umowy okoliczności skutkującej zmianą wynagrodzenia

należnego Wykonawcy przypadku wprowadzenia nowych opłat/podatków powszechnie obowiązujących a mających wpływ na koszt wykonania zamówienia.

- 7) naruszenie przepisu art. 433 pkt 1 i 2) Pzp w zw. z art. 16 pkt 3) Pzp w związku z art. 353¹ KC, oraz art. 436 pkt 3) ustawy Pzp poprzez:
- a) wprowadzenie do projektowanych postanowień umowy (załącznik nr 8) instrumentu (a w istocie kary umownej) który pozwala na pomniejszenie wynagrodzenia wykonawcy, z powodu okoliczności za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności (opóźnienie) lub ustanawia wartość instrumentu na poziomie nieadekwatnym do przewinienia (kwestia ramek, lub niezrozumiałej, bądź błędnej (nieodpowiadającej trasie przejazdu) zapowiedzi głosowej;
 - b) omijanie regulacji dotyczących maksymalnej wysokości kar umownych, które mogą dochodzić strony ponieważ instrument pomniejszania wynagrodzenia będący w istocie karami umownymi nie wchodzi w zakres maksymalnej wysokości kar umownych.
- 8) Naruszenie art. 241 ust 1 w związku z art. 239 ust 2 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie kryterium procent autobusów tego samego producenta wśród wszystkich autobusów typu D i De (wszystkie podstawowe i rezerwowe), które nie jest związane z przedmiotem zamówienia i w żaden sposób nie wpływa na jakość świadczonych usług oraz narusza zasadę uczciwej konkurencji ograniczając w sposób niezasadny rynek.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i zmianę Projektowanych Postanowień Umowy wraz z załącznikami zgodnie z treścią żądań przywołanych każdorazowo przy opisie każdego z zarzutów.

Ukształtowane zasady i przepisy dokumentów zamówienia, niezgodne z przepisami ustawy Pzp, uniemożliwiają lub znacząco utrudniają złożenie przez Odwołującego złożenie konkurencyjnej oferty a w konsekwencji możliwość uzyskania zamówienia wywołując jednocześnie szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący wskazuje iż dokumenty zamówienia zostały zamieszczone na stronie prowadzonego postępowania w dniu 9 sierpnia 2023 r. a zatem odwołanie wnoszone jest z zachowaniem ustawowego terminu.

UZASADNIENIE

Zarzut nr 1 – Przewozy specjalne

W § 3 ust 3 Projektowanych Postanowień Umowy (dla obu części zamówienia) Zamawiający zdefiniował iż przewozy specjalne to: *„(...) przewozy realizowane w przypadku potrzeb obsługi imprez, koncertów, meczów i tym podobne, a także czasowego wprowadzenia komunikacji zastępczej za linię tramwajową (oznaczoną numerami z zakresu 700-799 lub oznaczeniem „za tramwaj” na wybranym odcinku przebiegu linii tramwajowej) (...)”*

Zamawiający dodatkowo wskazał:

Punkt 3.5: *„wymagana liczba taboru określona w Załączniku numer 1a nie uwzględnia realizacji tych przewozów”.*

Punkt 3.7: *„do realizacji tych przewozów mogą być wykorzystane autobusy podstawowe, rezerwowe i dodatkowe (w przypadku ich wcześniejszego uruchomienia w ramach realizacji Umowy).*

Jednocześnie Zamawiający nie wskazuje żadnego choćby przybliżonego zakresu jaki miałyby być potencjalnie wykonywane w ramach realizacji przewozów specjalnych np. w oparciu o dane

historyczne. Wykonawca-Operator nie wie zatem ile pojazdów powinien zabezpieczyć i jednocześnie jakie musiałby ponieść koszty, w szczególności z uwagi na fakt iż nie wiadomo ile pojazdów Zamawiający może zamówić na jednorazową usługę. Takie działanie Zamawiającego narusza przepis art. 99 ust. 1 ustawy Pzp zgodnie z którym: „*Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie.*”

Odwołujący wnosi o uzupełnienie dokumentacji zamówienia o dane pozwalające choćby w przybliżeniu na skalkulowanie oferty Wykonawcy w tej części tj. przewidywaną liczbę przewozów specjalnych oraz liczbę pojazdów które Wykonawca powinien zabezpieczyć na jednorazową usługę. Dodatkowo Odwołujący zwraca uwagę iż często nie będzie, bez uszczerbku dla świadczenia usług podstawowych „przekierowanie” odpowiedniej, nieznanej liczby pojazdów do świadczenia usług specjalnych. Odwołujący wnioskuje o opisanie maksymalnej liczby pojazdów (i ewentualnie ich struktury) którymi ma dysponować Wykonawca w celu realizacji przejazdów specjalnych, ponad minimum w zakresie autobusów podstawowych.

Zarzut nr 2 – Wymóg zatrudnienia na umowę o pracę przez cały okres realizacji zamówienia.

Zgodnie z **§ 3 ust 13 Projektowanych Postanowień Umowy:** „*Zamawiający, stosownie do art. 95 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia, tj.: wykonywanie przewozów przez kierowców. Wykonawca oświadcza, że te osoby zatrudnione będą na okres realizacji zamówienia, tj. co najmniej na okres podany w § 5 ust. 1.* „

Powyższy przepis narusza zasadę uczciwej konkurencji bowiem uzależnia realizację zamówienia od posiadania na dzień podpisania umowy, tudzież rozpoczęcia realizacji zamówienia podpisanych umów o pracę na okres równy okresowi realizacji umowy. Tymczasem istotą zobowiązania o którym mowa w art. 95 ust 1 ustawy Pzp jest zapewnienie wykonywania danych, określonych przez Zamawiającego czynności w oparciu o umowę o pracę a nie określanie czasu trwania samych umów. Tym samym Wykonawca może być zobowiązany do wykonywania przewozów przez kierowców na podstawie stosunku pracy osób, natomiast zobowiązanie do zatrudnienia ich na okres równy okresowi realizacji zamówienia jest zobowiązaniem nadmiernym.

Odwołujący żąda wykreślenia w § 3 ust 13 Projektowanych Postanowień Umowy zdania: „**Wykonawca oświadcza, że te osoby zatrudnione będą na okres realizacji zamówienia, tj. co najmniej na okres podany w § 5 ust. 1.**”

Zarzut nr 3 – Przesłanki dotyczące odstąpienie od umowy.

Jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, w tym kształtowania umów jest zasada proporcjonalności. Tymczasem ukształtowane przez Zamawiającego przepisy projektowanej umowy w zakresie podstaw do odstąpienia od umowy rażąco naruszają ww. zasadę.

- 1) Zgodnie z **§ 6 pkt 1.3 Projektowanych Postanowień Umowy:** „*Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od Umowy w całości lub w części jeżeli Wykonawca nie zrealizował w ciągu trzech kolejnych dni więcej niż 10% (dziesięć procent) wozokilometrów z przyczyn zależnych od Wykonawcy, Zamawiający ma prawo odstąpienia od Umowy;*

Odwołujący wskazuje, iż skutki w postaci odstąpienia od umowy są nieadekwatne do opisanego wyżej naruszenia. Tytułem przykładu Wykonawca-Operator odpowiedzialny jest za należyłą realizację

przedmiotu zamówienia, w tym utrzymanie odpowiedniej liczby kierowców ponad określone minimum także w przypadkach losowych. W okresie jesienno-zimowym przy zwiększonej liczbie zachorowań na choroby sezonowe typu grypa okoliczności wskazane w ww. przepisie można spełnić w bardzo łatwy sposób co może wywołać co najmniej spór co do możliwości zastosowania przesłanki odstąpienia (kwestia przypisania winy).

Odwołujący zwraca uwagę, iż przepis ten, inaczej niż inne regulacje przewidziane w przedmiotowym paragrafie, nie zawiera obowiązku uprzedniego wezwania przez Zamawiającego do wypełnienia przez Wykonawcę obowiązków objętych wezwaniem.

Odwołujący wnioskuje o wykreślenie ww. przepisu lub jego modyfikację poprzez:

- a) Wydłużenie terminu do okresu minimum 30 kolejnych dni;
- b) Zwiększenia wartości wozokilometrów z 10 do 15%;
- c) Uzależnienia odstąpienia od umowy od uprzedniego otrzymania pisemnego wezwania do wypełnienia obowiązków.

- 2)** *Zgodnie z § 6 pkt 5.2 Projektowanych Postanowień Umowy: „Zamawiający może rozwiązać Umowę w trybie natychmiastowym bez jej wypowiedzenia, ze skutkiem na dzień otrzymania przez Wykonawcę oświadczenia o jej rozwiązaniu w przypadkach, gdy:*

5.2 Wykonawca stracił płynność finansową lub nastąpiło zagrożenie płynności finansowej, a Wykonawca nie powiadomił o tym fakcie Zamawiającego;”

Odwołujący wnosi o wykreślenie ww. przepisu. Przesłanki jego zastosowania mają zupełnie subiektywny charakter, w szczególności dotyczy to stwierdzenia: „nastąpiło zagrożenie płynności finansowej”. Odwołujący wskazuje iż właściwy cel przepisu jest już ujęty w treści **§ 6 pkt 5.4** bowiem trwała utrata płynności finansowej doprowadzi do przerwania realizacji usług, z kolei zagrożenie płynności finansowej lub czasowa utrata płynności finansowej Wykonawcy nie musi mieć żadnego wpływu na niewłaściwą realizację zamówienia.

- 3)** *5.4 Wykonawca przerwał w całości lub w części świadczenie usług przewozowych i nie realizuje ich pomimo pisemnego wezwania z 2-dniowym terminem do ich podjęcia;”*

Odwołujący wnosi o modyfikację ww. przepisu poprzez wprowadzenie w zakresie części pojęcia istotności lub wprowadzenia wartości procentowej o charakterze istotnym (np. *”lub w części obejmującej co najmniej 30 % pracy przewozowej”*).

Obecne brzmienie uprawnia Zamawiającego do rozwiązania umowy już w przypadku braku realizacji zamówienia w przypadku jednego zadania przewozowego jednym autobusem.

Zarzut nr 4 – zasady waloryzacji.

Ukształtowane przez Zamawiającego w treści załącznika nr 9 umowy zasady waloryzacji przeczą samej idei waloryzacji, jednocześnie obchodząc przepisy dotyczące waloryzacji ukształtowane w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Po pierwsze waloryzacja ma na celu zrekompensowanie Wykonawcy lub Zamawiającemu odpowiednio utraty lub wzrostu siły nabywczej pieniądza po powstaniu zobowiązania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. Ponadto ustawodawca wprowadził przepis, który

wskazuje iż „*umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.*„ Zauważyć przy tym należy iż poprzednie brzmienie tego przepisu obejmowało okres 12 miesięcy. Dodatkowo ustawodawca wskazał, iż: „*Jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, chyba że Zamawiający określi termin wcześniejszy.*”

Z całokształtu uregulowań waloryzacyjnych wynika zatem fakt, iż waloryzacja, co do zasady, powinna być przeprowadzana raz na 6 miesięcy oraz w sposób ciągły/cykliczny tak aby zrekompensować Wykonawcom ewentualne wzrosty poszczególnych kosztów realizacji zamówienia.

Tymczasem Zamawiający powyższą zasadę realizuje, ale jedynie „*w kolejnych okresach trwania Umowy*” w których wskaźnik waloryzacyjny będzie obliczany na podstawie stosunku zmiany dwóch kolejnych następujących po sobie 6-miesięcznych okresów. Natomiast „*pierwszy okres*” w którym waloryzacja nie następuje składa się z następujących faz:

- 1) Okres od daty wyznaczonej na składanie ofert do daty podpisania umowy;
- 2) Okres od daty podpisania umowy do czasu rozpoczęcia realizacji zamówienia, który zgodnie z § 5 ust 2 Projektowanych Postanowień Umowy nastąpi do 11 miesięcy od dnia podpisania umowy ale nie wcześniej niż 01.06.2024 roku.
- 3) Okres od daty rozpoczęcia realizacji zamówienia do początku 12 pełnego miesiąca od rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych plus pierwszy 6 miesięczny okres waloryzacyjny.

W konsekwencji pierwsza waloryzacja nastąpi po 29 miesiącach od daty podpisania umowy. Nawet biorąc pod uwagę ukształtowany sposób waloryzacji zgodnie z którym wskaźnik waloryzacji oblicza się jako stosunek danych cen/przeciętnego wynagrodzenia za poprzedzający okres 6 miesięcy poprzedzający waloryzację do cen/przeciętnego wynagrodzenia za okres 6 miesięcy poprzedzający rozpoczęcie świadczenia usług to stwierdzić należy, iż:

- 1) Przez okres 29 miesięcy stawki za jeden wozokilometr i jedną wozogodzinę mają charakter stały a ukształtowane zasady waloryzacji nie przewidują zwrotu Wykonawcy zwiększonych kosztów z tytułu realizacji zamówienia przez ww. okres;
- 2) Maksymalna wartość waloryzacji za pierwszy i drugi okres waloryzacyjny, zgodnie z punktem 7 załącznika nr 9 do Umowy wynosi 15 % którą to wartość maksymalną należy przemnożyć przez wskaźnik 0,85. Z oczywistych względów może to nie pokryć rzeczywistego wzrostu kosztów bowiem łączna skala inflacji w ww. okresie może wręcz wielokrotnie przekraczać ww. poziom.

W istocie zatem przez pierwszy okres to Wykonawca kredytuje Zamawiającego bez zwrotu kosztów w czasie późniejszym. Zwrócić należy również uwagę, iż żaden z Wykonawców nie jest w stanie rzetelnie złożyć oferty i skalkulować ryzyka niezwracanego wzrostu kosztów realizacji zamówienia przez ww. okres. W konsekwencji może zdarzyć się że Wykonawcą wybranym będzie ten podmiot który okaże się lekkomyślnością w ocenie ww. ryzyka, co będzie skutkowało nienależytą realizacją zamówienia a wręcz rozwiązaniem umowy.

Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący żąda:

- 1) ustanowienia tej samej zasady waloryzacyjnej co przy kolejnych okresach, obejmującej następujące po sobie okresy 6 miesięczne poczynając od początku 6 pełnego miesiąca obowiązywania umowy.

- 2) Zlikwidowania mnożnika waloryzacyjnego 0,85 efektywnie pomniejszającego rzeczywisty wskaźnik waloryzacji. Wskazane przez Zamawiającego podstawy wskaźnika waloryzacyjnego mają obiektywny charakter odnoszący się do rzeczywistych zmian cen. Wprowadzenie ww. mnożnika zaburza proporcje zmian.

Dodatkowo wnosimy o:

- 1) Zlikwidowanie punktu 8 Załącznika nr 9 – „*Minimalny poziom zmiany (wzrost lub spadek) co najmniej dwóch ze wskaźników, o których mowa w pkt. 1 w wyniku którego wynagrodzenie zostanie zmienione powinien wynosić 2% w stosunku do wzrostu lub spadku tych wskaźników za okres poprzedzający.*” Zdaniem Odwołującego powyższy przepis nie jest podyktowany żadnym obiektywnym interesem Zamawiającego. Z kolei może zdarzyć się że dwa wskaźniki nie zmieniają się, natomiast 3 dość istotnie co będzie miało wpływ na rzeczywiste koszty realizacji zamówienia. Ponadto przepis ten jest nieprecyzyjny bowiem nie wiadomo o jakie dokładnie wskaźniki chodzi, czy tylko te objęte wzorem $W = 0,5 ww + 0,3 wn + 0,2 wi$ czy też wszystkie wymienione w punkcie 1 (np. $wn = 0,7 wp + 0,15 we + 0,15 wg$).
- 2) Doprecyzowanie przepisów poprzez zobowiązanie Zamawiającego do wiążącego przekazania Wykonawcy informacji jakich danych ujętych w punkcie 1 Załącznika nr 9 do Umowy nie ma lub są błędnie przez Wykonawcę wyliczone. Informacje ujęte w punkcie 1 Załącznika nr 9 są niezbędne do wyliczenia poziomu wzrostu wynagrodzenia. Obecnie Zamawiający może jedynie odmówić, bez uzasadnienia przyjęcia informacji przygotowanych przez Wykonawcę a co więcej rozpocząć obniżanie wynagrodzenia Wykonawcy do poziomu 0,25, zgodnie z załącznikiem nr 8 do umowy
- 3) Doprecyzowanie wskaźnika wi w którym znalazły się dwie sprzeczne informacje – o okresach miesięcznych i okresie półrocznym – „*wi - półroczny (za okres 6-miesięcy) miesięczny wskaźnik zmiany cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem.*”
- 4) Doprecyzowanie sposobu obliczania wskaźnika w przypadku w którym zawarcie umowy/rozpoczęcie świadczenia usług nie rozpocznie się z początkiem I lub II półrocza w zakresie:
 - a) wskaźnik zmiany przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia brutto;
 - b) ceny sprzedaży energii elektrycznej na rynku konkurencyjnym na podstawie ogłaszanych przez Urząd Regulacji Energetyki;
 - c) wskaźnika zmiany cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem.

Odwołujący zwraca uwagę, iż publikowane są przez właściwe urzędy miesięczne wskaźniki, wskaźniki narastająco od początku roku oraz wskaźnik półroczny ale za okres I półrocza (styczeń-czerwiec) i II półrocza (lipiec-grudzień) roku. Brak jest natomiast wskaźnika półrocznego za dowolne następujące po sobie 6 miesięcy w roku.

- 5) Doprecyzowanie wskaźników energii elektrycznej oraz cen gazu ziemnego w sposób który nie będzie powodował różnych interpretacji na etapie realizacji zamówienia. Przykładowo dla energii mamy rynek dnia następnego oraz Rynek Dnia Bieżącego. Rynku dnia z kolei dzieli się na TGeBase, TGeOFFPEak, TGe24, TGe15 itd.
- 6) Uwzględnienie we wskaźniku waloryzacyjnym zmian kosztów dostarczenia energii oraz opłat z tym związanych. W chwili obecnej koszty te to około 40% rachunku a ich wartość rośnie niezależnie od wzrostów lub spadków ceny energii czynnej. Wykonawca nie ma wpływu na wysokość tych opłat oraz ich ilość. Przykładowo mowa tutaj o opłatach stałych (takich jak opłata handlowa, opłata przejściowa, opłata abonamentowa, opłata stała sieciowa) jak i o opłatach zmiennych (opłata jakościowa, OZE, kogeneracyjna, mocowa etc.).

Zarzut nr 5 – Brak

Zgodnie z § 11 ust 5 Projektowanych Postanowień Umowy:

„5. (...) wynagrodzenie Wykonawcy może ulec korekcie w przypadku zmiany:

5.1 stawki podatku od towarów i usług;

5.2 stawki podatku akcyzowego;

5.3 wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę;

5.4 zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne;

5.5 zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 roku o pracowniczych planach kapitałowych; jeśli opisane powyżej zmiany będą miały wpływ na koszty realizacji Umowy przez Wykonawcę (...)”

Odwołujący wskazuje, iż wśród ww. okoliczności brakuje przepisu umożliwiającego zmianę wynagrodzenia w przypadku wprowadzenia nowych opłat/podatków powszechnie obowiązujących. Takimi opłatami mogą być opłaty od diesla, ETS-y na diesel, Gaz, Węgiel, nowe opłaty stałe i zmienne w prądzie. Odwołujący zwraca uwagę obecnie jesteśmy w okresie transformacji energetycznej i żaden z uczestników podmiotów nie wie ile i w jakiej wysokości opłaty/podatki zostaną nałożone na źródła energii. Tym samym przepis powinien być sformułowany możliwie szeroko aby objąć potencjalnie wszystkie nowo wprowadzone opłaty i podatki wpływające na koszt realizacji zamówienia. Opisany przez Zamawiającego mechanizm zmiany wynagrodzenia określony w § 11 ust 7 i 8 Projektowanych Postanowień Umowy byłby właściwy także do przeprowadzenia ww. zmiany wysokości wynagrodzenia.

Zarzut nr 6 – nieproporcjonalne i nieadekwatne zmniejszanie wartości wynagrodzenia przynależnemu Wykonawcy

Kolejnym przykładem nieproporcjonalności w przygotowaniu i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest katalog pomniejszeń wynagrodzenia określony w załączniku nr 8 do Umowy. Stanowi on w istocie katalog kar umownych których wysokość i brzmienie jest zupełnie nieadekwatna do ewentualnych przewinień Wykonawcy. Ponadto pomniejszenie to następuje bez względu na faktyczne zawinienie Wykonawcy w wykonaniu swoich obowiązków.

Tytułem przykładu wskazać należy na punkt 2.16 w którym w przypadku *„odjazdu opóźnionego na podstawie danych z SAKP (a w przypadku braku jego działania na podstawie własnych kontroli w terenie) bez względu na liczbę odjazdów z tym uchybieniem na danym kursie (w tym spowodowane opóźnieniem w wyniku uruchomienia autobusu zastępczego i/lub rezerwowego)”* Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie pomniejszone do wysokości 0,75 wozokilometra dla danych typów autobusów wymienionych w ust. 1 pomnożonej przez liczbę planowanych wozokilometrów dla kursu, na którym zostało stwierdzone uchybienie a w przypadku *„znacznego opóźnienia”* (uregulowanie w punkcie 2.2.3) co jest pojęciem nieostrym wartość wynagrodzenia spada do wartości 0,50. Przepisy te wskazują, że stawka zostaje zmniejszona w zasadzie za chociażby jeden (znacznie) opóźniony odjazd

na danym kursie z danego przystanku. Wrocław jest dużym miastem, na którym występują różne ograniczenia na drodze, korki, zatory ruchu, co może spowodować opóźnienie zupełnie nie zawinione przez Wykonawcę. Ponadto na danym przystanku może wsiadać np. duża ilość pasażerów, przez co kurs także będzie opóźniony. Należy zwrócić uwagę, iż przepis posługuje się pojęciem „opóźnienie” a nie „zwłoka” co oznacza, iż dla zastosowania ww. pomniejszenia bez znaczenia będzie okoliczność braku zawinienia przez Wykonawcę.

Kolejnym przykładem niewłaściwego i nieproporcjonalnego zastosowania przepisu pomniejszającego wartość jest punkt 2.1.7 w którym wartość wynagrodzenia zostanie pomniejszona wedle ww. reguły do wartości 0,75 wynagrodzenia w przypadku „*braku lub niewłaściwej lokalizacji ramek*” tj. ramek podsufitowych do wyświetlenia ekspozycji z możliwością szybkiej wymiany zawartości.

Zamawiający przewidział również pomniejszenie wynagrodzenia do wartości 0,25 wynagrodzenia za brak dostarczenia przez Wykonawcę wymaganych danych do obliczenia waloryzacji. Uregulowanie to stanowi zatem karę za brak działania przez Wykonawcę na swoją korzyść. Skoro bowiem Wykonawca nie dostarczy stosownych dokumentów stawka nie będzie zwaloryzowana a co za tym idzie Wykonawca będzie ponosił realną szkodę a dodatkowo jego wynagrodzenie będzie pomniejszone o 75 %.

Za niezasadny i nieproporcjonalny uznać należy także punkt 2.3.1 w którym wynagrodzenie zostanie pomniejszone o 75 % w przypadku w którym braku, niezrozumiałej, bądź błędnej (nieodpowiadającej trasie przejazdu) zapowiedzi głosowej;

W konsekwencji Odwołujący wnioskuję o wykreślenie punktów 2 i w konsekwencji punktu 3 z załącznika nr 8 do umowy.

Zarzut nr 7 – kryterium oceny ofert.

Zamawiający ustanowił jako kryterium oceny ofert o wadze 5 % - procent autobusów tego samego producenta wśród wszystkich autobusów typu D i De (wszystkie podstawowe i rezerwowe).

Odwołujący wnioskuję o wykreślenie tego kryterium ponieważ:

- a) Nie jest ono uzasadnione rzeczową potrzebą Zamawiającego. Odwołujący wskazuje, iż z treści dokumentów zamówienia nie wynika jakkolwiek przewaga takiego rozwiązania, nie wskazuje jej również Zamawiający;
- b) Dyskryminuje Wykonawców korzystających z taboru producentów którzy nie oferują autobusów z napędem diesla, w szczególności z uwagi na ich przestarzałość oraz względy ekologiczne.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi jak w petitum.

Tomasz Saganowski
Radca prawny