

Warszawa, 25 września 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 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 w zakresie waloryzacji, zarówno w zakresie wprowadzonych nw. pismem zmian

dotyczących pierwszego 12 miesięcznego okresu waloryzacji liczonego od dnia wyznaczonego na otwarcie ofert jak i w kolejnych okresach uniemożliwiających lub znacząco utrudniających złożenie wniosku waloryzacyjnego co stanowi również obejście przepisów Pzp, dotyczących obowiązkowych umownych klauzul waloryzacyjnych wynagrodzenia wykonawcy zawartych w art. 439 ust. 1 i 3 Pzp a także do zachwiania celu przepisów waloryzacyjnych i prowadzi do niedopuszczalnego zachwiania równowagi kontraktowej stron umowy o zamówienie publiczne poprzez pełne przerzucenie ryzyk kontraktowych.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i zmianę Projektowanych Postanowień Umowy wraz z załącznikami zgodnie z treścią żądań wskazanych w uzasadnieniu.

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 dokument zamówienia (pismo nr WZP-DZ.271.1.43.2023) stanowiący podstawę złożenia odwołania został zamieszczony na stronie prowadzonego postępowania w dniu 14 września 2023 r. . a zatem odwołanie wnoszone jest z zachowaniem ustawowego terminu.

UZASADNIENIE

W dniu 14 września 2023 r. Zamawiający treścią pisma nr WZP-DZ.271.1.43.2023 opublikował m.in. nowe zasady waloryzacji wynagrodzenia należnego Wykonawcy.

„Zasady waloryzacji wynagrodzenia

1. Stawka jednostkowa za wozokilometr, za świadczone usługi przewozu pasażerów określona w Załączniku numer 8 do Umowy, będzie waloryzowana po 12 miesiącu od dnia otwarcia ofert, a następnie co 6 miesięcy, poczynwszy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych (w przypadku rozpoczęcia świadczenia usług w dniu 1 czerwca 2024 r. umowa będzie waloryzowana w tym dniu, druga waloryzacja nastąpi po 12 miesiącach, a następne waloryzacje będą naliczane co 6 miesięcy) wskaźnikiem obliczonym według następującego wzoru:

$$W = 0,5 ww + 0,3 wn + 0,2 wi$$

gdzie:

- W - wskaźnik waloryzacji stawki za jeden wozokilometr i jedną wozogodzinę;
- ww – półroczny (za okres 6-miesięcy) wskaźnik zmiany przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia brutto, **jako stosunek miesięcznego wynagrodzenia brutto w sektorze przedsiębiorstw za okres 6 miesięcy poprzedzający waloryzację do przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia brutto w sektorze przedsiębiorstw za okres 6 miesięcy poprzedzający rozpoczęcie świadczenia usług; (...)**”
(podkreślenie własne Zamawiającego).

Biorąc pod uwagę zasady świadczenia realizacji przedmiotu umowy, zgodnie z treścią projektu umowy dla obu zadań, przyjęte relacje wskaźników miesięcznego wynagrodzenia brutto stanowiące podstawę do obliczenia waloryzacji za pierwszy okres 12 miesięczny licząc od dnia otwarcia ofert, uniemożliwiają złożenie we właściwym terminie wniosku waloryzacyjnego czyniąc iluzorycznym ww. okres waloryzacyjny.

Zgodnie z treścią projektu umowy (**§ 5 ust 2**): „Wykonawca zobowiązuje się do rozpoczęcia realizacji przewozów na liniach objętych zamówieniem do 11 miesięcy od dnia podpisania umowy ale nie wcześniej niż 01.06.2024 roku.”

Mamy zatem wskazane trzy terminy:

- 1) otwarcia ofert;
- 2) podpisania umowy;
- 3) rozpoczęcia świadczenia usług w terminie do 11 miesięcy od dnia podpisania umowy.

W kontekście ustanowionych ww. regulacji Odwołujący pragnie przywołać następujący przykład:

Otwarcie ofert następuje 2 listopada 2023 r., podpisanie umowy 2 stycznia 2024 r. a rozpoczęcie świadczenia przewozów 2 grudnia 2024 r. zgodnie z regulacją **§ 5 ust 2 projektowanej umowy**. Początkowy termin waloryzacji **to 3 listopada 2024 r.**

Przywołując powyższe rozwiązanie wskazać należy, iż okres 6 miesięcy poprzedzający waloryzację to maj-październik 2024 r., z kolei okres 6 miesięcy poprzedzający świadczenie usług to czerwiec-listopad 2024 r. W istocie zatem strony będą porównywały, w celu ustalenia wskaźnika inflacji, właściwie ten sam okres a ponadto Wykonawca nie będzie mógł przynajmniej przez miesiąc złożyć stosownego wniosku ponieważ nie będzie znał wskaźnika poprzedzającego świadczenie usług.

W skrajnych wypadkach okresy poprzedzające waloryzację i poprzedzający świadczenie usług będą równe co oznacza iż do żadnej waloryzacji nie dojdzie. Z drugiej strony okresy te mogą dotyczyć różnych okresów doprowadzając do faktycznego braku możliwości Wykonawcy do złożenia przez kilka miesięcy wniosku waloryzacyjnego (a jest to także szczególnie istotne ponieważ kolejne waloryzacje będą naliczane co kolejne 6 miesięcy).

Odwołujący pragnie zauważyć iż wprowadzenie okresu 12 miesięcznego liczonego od daty otwarcia ofert jako dodatkowego okresu waloryzacyjnego było samodzielnym działaniem Zamawiającego nie powiązanym z treścią zarzutów i żądań Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2481/23. Dodatkowo pełna treść regulacji została urzeczywistniona dopiero w ww. piśmie z dnia 14 września 2023 r. Na marginesie nowo przywołana regulacja jest dalej niezgodna (względnie nie ujmuje nw. regulacji) z treścią bezwzględnie obowiązującego art. 439 ust. 3 ustawy Pzp: „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.**”

O ile samą propozycję uzależniającą waloryzację od daty wyznaczonej na otwarcie ofert należy ocenić pozytywnie to jednak zauważyć należy iż 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. Obecnie przywołane regulacje nie są dostosowane do treści pierwszego z wprowadzonych przez Zamawiającego okresów i przynajmniej w tym zakresie powinny być zmienione (żądanie Odwołującego) w sposób odnoszący się do poziomu cen obowiązujących w dniu składania ofert oraz w relacji do cen w pierwszym okresie waloryzacyjnym (bez względu na fakt świadczenia bądź nie usług).

Dodatkowo proponowany okres bazowy do waloryzacji jest okresem „z przyszłości” którego w chwili składania oferty nie będziemy znali. Taki sposób określenia waloryzacji mija się z celem bowiem waloryzacja ma niwelować ryzyko i przywracać wartość realną świadczeń. Okres bazowy do waloryzacji powinien obejmować 6 miesięcy przed złożeniem oferty dla pierwszej z waloryzacji a nie 6 miesięcy poprzedzających świadczenie usług.

Dla doprecyzowania należałoby także uszczegółowić zapis określając że rozumiemy tutaj 6 miesięcy (kalendarzowych) poprzedzających waloryzację ewentualnie złożenie oferty (nie możliwym może bowiem być zdobycie niektórych wskaźników od np. 3 maja do 2 czerwca).

Błędem jest także wzmianka jakoby to kolejna waloryzacja była co 6 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług.

Zakładając że procedura wyboru wykonawcy może trwać nawet 6 miesięcy to druga waloryzacja odbyłaby się w grudniu 2025 stosunkiem okresów listopad 2025 – czerwiec 2025 do okresu grudzień 2024 – maj 2025. I znowu „lukę” w okresach. Waloryzujemy najpierw ceny do poziomu kosztów z okresu maj – październik 2024. Następnie bazą dla kolejnej waloryzacji nie jest okres maj – październik 2024 a okres grudzień 2024 – maj 2025 (okres o którym nic nie wiemy).

Przedstawiony obecnie sposób waloryzacji (z punktu okresów jej dokonania) jest nadzwyczaj skomplikowany i nie ma żadnego sensu merytorycznego.

Wnosimy zatem aby przyjąć jednolity sposób dla pierwszego z okresów wprowadzonych ww. zmianą i zastosować go także dla kolejnych okresów tak aby zapis wyglądał następująco:

„Zasady waloryzacji wynagrodzenia

1. *Stawka jednostkowa za wozokilometr, za świadczone usługi przewozu pasażerów określona w Załączniku numer 8 do Umowy, będzie waloryzowana co 6 miesięcy, począwszy od upływu pierwszych 6 miesięcy od momentu otwarcia ofert wskaźnikiem obliczonym według następującego wzoru:*

$$W = 0,5 ww + 0,3 wn + 0,2 wi$$

gdzie:

- W - wskaźnik waloryzacji stawki za jeden wozokilometr i jedną wozogodzinę;
- ww – półroczny (za okres 6-miesięcy) wskaźnik zmiany przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia brutto, jako stosunek miesięcznego (miesiąc kalendarzowy) wynagrodzenia brutto w sektorze przedsiębiorstw za okres 6 miesięcy poprzedzający waloryzację do przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia brutto w sektorze przedsiębiorstw za okres 6 miesięcy poprzedzający okres opisany powyżej (stosunek zmiany dwóch kolejnych następujących po sobie 6 miesięcznych okresów); (...)

W ten sposób po prostu waloryzujemy co 6 miesięcy od momentu otwarcia oferty, pierwsza waloryzacja odnosi się do okresu 6 miesięcy przed złożeniem oferty.

Pierwsze waloryzacje nie mają żadnego skutku finansowego bowiem nie są świadczone usługi, waloryzacji „aktualizacji” podlega jedynie stawka za wozokilometr.

Powyższe żądanie dotyczy odpowiednio każdego ze wskaźników w którym powyższa, błędna regulacja znalazła zastosowanie, tj. w_w , w_n , w_p , w_e , w_g i w_i .

Dodatkowo Odwołujący wskazuje na niejasność a wręcz sprzeczność regulacji wskazanych w nawiasie (w przypadku rozpoczęcia świadczenia usług w dniu 1 czerwca 2024 r. umowa będzie waloryzowana w tym dniu a druga waloryzacja nastąpi po 12 miesiącach (...)) z treścią przepisu regulującego, iż: „stawka jednostkowa za wozokilometr (....) będzie waloryzowana po 12 miesiącu od dnia otwarcia ofert, a następnie co 6 miesięcy.

Odwołujący wnosi o wykreślenie wyrażenia w ww. nawiasie względnie o wyjaśnienie treści w zakresie zgodnym z pozostałą treścią punktu 1 (bez dokonywania modyfikacji czy rozumienia pozostałej treści)

Tomasz Saganowski
Radca prawny