



ZARZĄD TRANSPORTU MIEJSKIEGO

ul. Żelazna 61, 00-848 Warszawa, tel. 22 459 41 00, faks 22 459 42 43
ztm@ztm.waw.pl, www.ztm.waw.pl

ZTM-NZ.2610.54.2018.ASZ

Warszawa, dnia 06.02.2017 r.

Wykonawcy

Dotyczy: przetarg nieograniczony nr 7/2018 na świadczenie usług przewozu regularnego na liniach autobusowych nadzorowanych przez ZTM, funkcjonujących w ramach systemu komunikacji miejskiej przy wykorzystaniu 50 autobusów o długości ok. 18 metrów

Działając na podstawie art. 185 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie informuje, że w toku niniejszego postępowania w dniu 05.02.2018 r. wpłynęło odwołanie. W związku z powyższym zamawiający wzywa do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

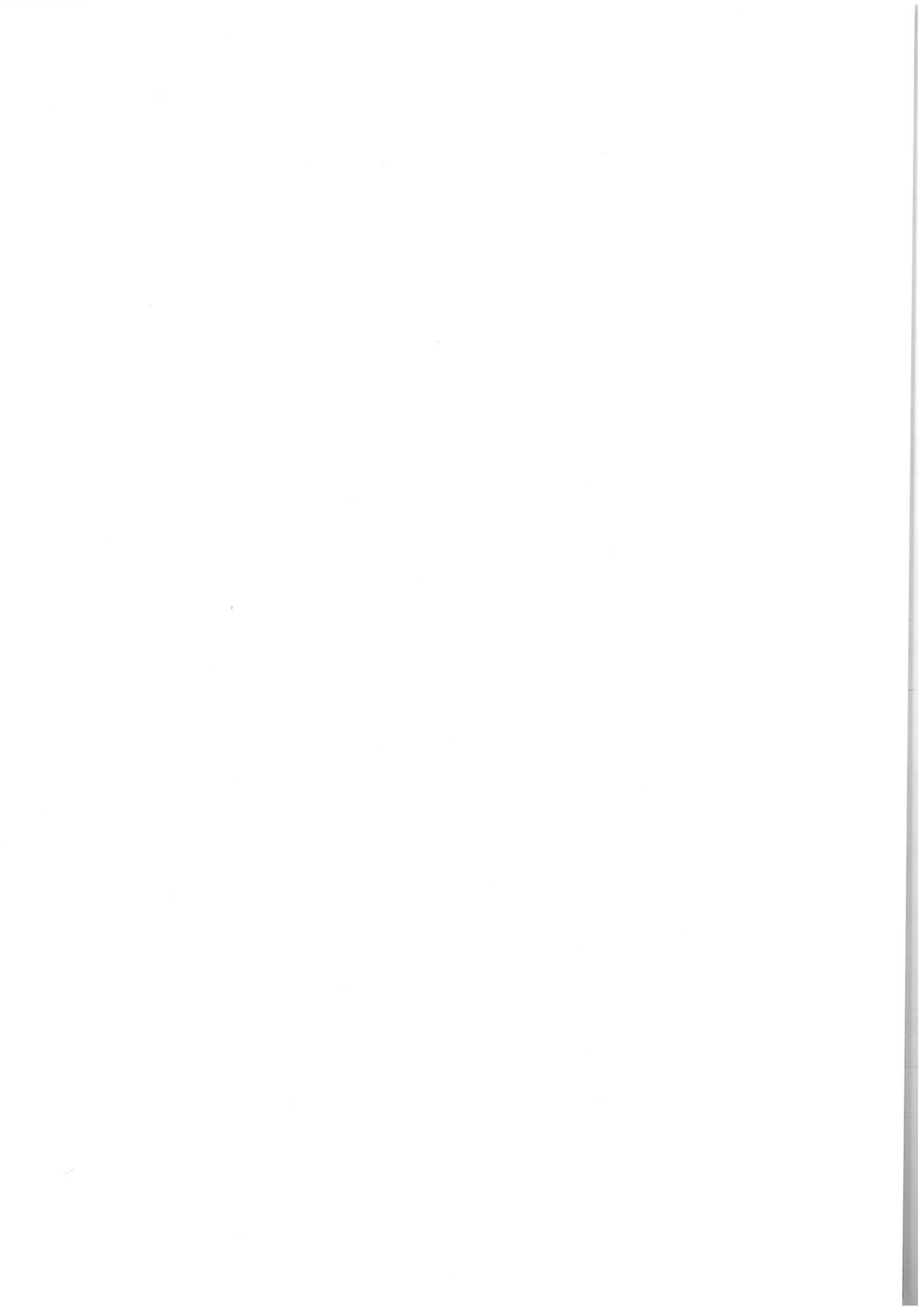
Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłasza się w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania wskazując stronę, do której się przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której się przystępuje.

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego doręcza się Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie: Mobilis Sp. z o.o. z siedzibą w Mościskach, Mościska 4A, 05-080 Mościska.

Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.

W załączeniu kopia odwołania wraz załącznikami.

DYREKTOR
Zarządu Transportu Miejskiego
Władław Witek



PARTNERZY | OF COUNSEL

prof. zw. dr hab. STANISŁAW SOŁTYSIŃSKI
dr ANDRZEJ W. KAWECKI*
dr hab. ANDRZEJ SZŁĘZAK
PIOTR ANDRZEJAK
LUKASZ BERAK
JAROSŁAW BIEROŃSKI
KRZYSZTOF CICHOCKI
ROBERT GAWALKIEWICZ
SZYMON GOGULSKI
KRZYSZTOF KANTON
TOMASZ KAŃSKI
TOMASZ KONOPKA
SŁAWOMIR LUCZAK
dr KATARZYNA MICHAŁOWSKA
JUSTYNA MŁODZIANOWSKA
prof. zw. dr hab. AURELIA NOWICKA
* Admitted also in New York

ul. Jasna 26 | 00-054 Warszawa
tel. +48 22 608 70 00 | fax +48 22 608 70 70
office@skslegal.pl

ul. Mickiewicza 35 | 60-837 Poznań
tel. +48 61 856 04 20 | fax +48 61 856 05 67
office.poznan@skslegal.pl

ul. Chorzowska 152 | 40-101 Katowice
Silesia Business Park | budynek A
tel. +48 32 731 59 86 | fax +48 32 731 59 90
office.katowice@skslegal.pl

pl. Solny 16 | 50-062 Wrocław
tel. +48 71 346 77 00 | fax +48 71 346 77 09
office.wroclaw@skslegal.pl

www.skslegal.pl

PARTNERZY | OF COUNSEL

dr MARCIN OLECHOWSKI
dr RUDOLF OSTRIHANSKY
ROCH PALUBICKI
KRZYSZTOF PAWLISZ
JANUSZ SIEKANSKI
JACEK SIŃSKI
dr hab. EWA SKRZYDŁO-TEFELSKA
DARIUSZ SKUZA
MIKOŁAJ SOWIŃSKI
SŁAWOMIR STAWCZYK
AGATA SZELIGA
SŁAWOMIR USS
RADOSŁAW WASZKIEWICZ
RAFAL WASZKIEWICZ
ZBYSZKO WIZNER

Warszawa, dnia 5 lutego 2018 r.

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

Zamawiający:

Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie
działający w imieniu i na rzecz Miasta Stołecznego Warszawy
ul. Żelazna 61
00-848 Warszawa
fax (48) 22 459 42 24
e-mail: zamowienia@ztm.waw.pl

Odwołujący:

Mobilis sp. z o.o. z siedzibą w Mościskach
Mościska 4A
05-080 Mościska

reprezentowany przez pełnomocnika:

radcę prawnego Agatę Szelię
z kancelarii Sołtysiński Kaweck & Szlęzak
– Kancelaria Radców Prawnych i sp.k.
z siedzibą w Warszawie

Adres do doręczeń dla Odwołującego się:

ul. Jasna 26, 00-054 Warszawa
tel. 0 22 608 70 06
faks 0 22 608 70 70
e-mail: agata.szeliga@skslegal.pl

ODWOŁANIE
W POSTĘPOWANIU O ZAMÓWIENIE PUBLICZNE

Przedmiot zamówienia: Świadczenie usług przewozu regularnego na liniach autobusowych nadzorowanych przez ZTM, funkcjonujących w ramach systemu komunikacji miejskiej przy wykorzystaniu 50 autobusów o długości ok. 18 metrów („Zamówienie”).

Nr postępowania: PN 7/2018

Ogłoszenie o zamówieniu: ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nr Dz.U./S S18 26/01/2018 38081-2018-PL.

Działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych („p.z.p.”), w imieniu spółki Mobilis sp. z o.o. z siedzibą w Mościskach, przedsiębiorcy zainteresowanego ubieganiem się o wskazane powyżej Zamówienie („Odwołujący”), na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa (Załącznik nr 3), niniejszym wnoszę odwołanie wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”), tj. wobec treści wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 5 do SIWZ.

I. Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucam:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 16 oraz art. 142 ust. 5 p.z.p. poprzez wskazanie w § 4 ust. 3 Załącznika nr 5 do SIWZ, tj. we wzorze umowy („Wzór Umowy”), że pierwsza waloryzacja ceny, tj. zaoferowanej przez wykonawcę stawki za 1 wozokilometr („wkm”), nastąpi w dniu 1 kwietnia 2020 r., tj. po 16 miesiącach od dnia planowanego rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych przez wykonawcę, któremu Zamawiający udzieli Zamówienia (1 grudnia 2018 r.), a zarazem po przeszło dwóch latach od upływu terminu składania ofert w postępowaniu, co oznacza, że przez okres pierwszych 16 miesięcy wykonywania umowy wykonawca będzie otrzymywał wynagrodzenie według stawki niepodlegającej waloryzacji, podczas gdy wynagrodzenie wykonawcy powinno podlegać waloryzacji przynajmniej raz na 12 miesięcy;
2. naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 16 oraz art. 142 ust. 5 p.z.p. poprzez wskazanie w § 4 ust. 4 Wzoru Umowy, że maksymalny wskaźnik waloryzacji stawki za 1 wkm będzie wynosił 1,04, jak również określenie w § 4 ust. 6 Wzoru Umowy maksymalnego wynagrodzenia wykonawcy obliczanego m.in. w oparciu o maksymalny wskaźnik waloryzacji stawki wynoszący 1,04, co oznacza, że wynagrodzenie wykonawcy realizującego Zamówienie będzie mogło być podwyższone na skutek waloryzacji maksymalnie o 4% w ramach każdej waloryzacji, podczas gdy wzrost kosztów realizacji Zamówienia może być wyższy, tj. pełne ryzyko wzrostu kosztów realizacji Zamówienia o więcej niż 4 % ponosiłby wyłącznie wykonawca;
3. naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 16 oraz art. 142 ust. 5 p.z.p. poprzez wskazanie w definicji wskaźnika W_p w § 4 ust. 3 Wzoru Umowy, który stanowi jeden z parametrów wpływających na wysokość waloryzacji stawki za wkm, że obejmuje on roczny współczynnik zmian cen oleju napędowego, podczas gdy Zamówienie może być realizowane przy użyciu taboru autobusowego zasilanego innymi paliwami niż olej napędowy, tj. biogazem, CNG lub LNG, co prowadzi do nieuzasadnionego uprzywilejowania wykonawców, którzy zaoferują realizację

Zamówienia przy użyciu autobusów napędzanych olejem napędowym w stosunku do wykonawców, którzy zaoferują realizację Zamówienia przy użyciu autobusów napędzanych innymi paliwami;

4. naruszenie art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez określenie w pkt XIII.5 SIWZ pozacenowego kryterium oceny ofert polegającego na preferowaniu realizacji Zamówienia przy użyciu autobusów zasilanych gazem CNG, LNG lub biogazem w porównaniu do autobusów z napędem hybrydowym ograniczającym emisję w strefie przystanku na trasie, podczas gdy wiąże się to z istotnymi dodatkowymi kosztami dla wykonawców i nie było wcześniej komunikowane przez Zamawiającego, w szczególności Zamawiający nie skorzystał z możliwości przeprowadzenia dialogu technicznego przez wszczęciem postępowania, co ostatecznie może prowadzić do utrudnienia rzetelnego przygotowania ofert oraz naruszenia uczciwej konkurencji.

II. Wskazując na powyższe zarzuty wnoszę o uwzględnienie niniejszego odwołania i:

1. nakazanie Zamawiającemu modyfikacji Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 5 do SIWZ poprzez sporządzenie wzoru umowy przewidującego waloryzację stawki:
 - dokonywaną raz na 12 miesięcy, począwszy od 1 kwietnia 2019 r., a nie jak ma to miejsce w obecnej treści Wzoru Umowy, począwszy od dnia 1 kwietnia 2020 r. tj. na kolejnych siedem okresów dwunastomiesięcznych i jeden dziewięćmiesięczny (§ 4 ust. 3 Wzory Umowy);
 - dokonywaną o oparciu o rzeczywisty wskaźnik waloryzacji nieograniczony maksymalnym współczynnikiem, a nie jak ma to miejsce w obecnej treści Wzoru Umowy, w oparciu o wskaźnik waloryzacji ograniczony maksymalnym współczynnikiem 1,04 (§ 4 ust. 4 Wzoru Umowy);
 - dokonywaną w oparciu o wskaźnik W_p równy rocznemu współczynnikowi zmian cen paliwa używanego do zasilania autobusów wykorzystywanych przez wykonawcę, a nie jak ma to miejsce w obecnej treści Wzoru Umowy, w oparciu o wskaźnik W_p równy rocznemu współczynnikowi zmian cen oleju napędowego (§ 4 ust. 3 Wzory Umowy);
2. nakazanie Zamawiającemu modyfikacji pkt XIII.5 SIWZ poprzez określenie jednakowego współczynnika efektu ekologicznego (W) dla autobusów napędzanych gazem CNG, LNG lub biogazem oraz dla autobusów o napędzie hybrydowym ograniczającym emisję w strefie przystanku na trasie (brak emisji zanieczyszczeń w trakcie postoi u obsługi podróżnych);
3. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania i nakazanie Zamawiającemu wypłaty na rzecz Odwołującego kwoty PLN 18.600,00, stanowiącej uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocników.

III. Wskazuję ponadto, że ogłoszenie o Zamówieniu, w tym Wzór Umowy zostały opublikowane w dniu 26 stycznia 2018 r., stąd też niniejsze odwołanie jest złożone z zachowaniem terminu przewidzianego w p.z.p.

- IV. Wskazuję również, że Odwołujący spełnia przesłanki umożliwiające wniesienie odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 p.z.p., tj. posiada interes w uzyskaniu Zamówienia i w związku z tym może ponieść szkodę na skutek dokonania przez Zamawiającego zaskarżonych czynności z naruszeniem przepisów ustawy, bowiem Odwołujący w ramach swojej działalności świadczy usługi w zakresie publicznego transportu zbiorowego i jest zainteresowany złożeniem oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie Zamówienia.

UZASADNIENIE

I. Stan faktyczny

Zamawiający prowadzi postępowanie dotyczące udzielenia zamówienia publicznego na świadczenie usług przewozu regularnego na liniach autobusowych nadzorowanych przez Zamawiającego. W dniu 26 stycznia 2018 r. w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nr Dz.U./S S18 26/01/2018 38081-2018-PL zostało opublikowane ogłoszenie o Zamówieniu. W tym samym dniu na swojej stronie internetowej Zamawiający opublikował treść SIWZ, w tym również treść Załącznika nr 5 do SIWZ obejmującego Wzór Umowy, która zostanie zawarta z wykonawcą, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza.

Zgodnie z pkt IV SIWZ realizacja Zamówienia ma być rozpoczęta po upływie 25 tygodni od daty zawarcia umowy, nie wcześniej jednak niż od 1 grudnia 2018 r., a zakończenie jego realizacji zostało przewidziane na dzień 31 grudnia 2026 r. Założeniem Zamawiającego jest zatem, że umowa będzie zatem zawarta na okres 8 lat i jednego miesiąca.

Stosownie do pkt. XIII.5 SIWZ Zamówienie może być realizowane przy użyciu autobusów napędzanych olejem napędowym lub autobusami o alternatywnych źródłach zasilania, tj. napędzanych gazem CNG, LNG lub biogazem, jak również łączącymi różne źródła zasilania w napęd hybrydowy.

Z treści przygotowanego przez Zamawiającego wzoru umowy wynika, że wynagrodzenie wykonawcy, tj. stawka za 1 wkm, będzie podlegać waloryzacji. Zgodnie z § 4 ust. 3 Wzoru Umowy stawka ta będzie waloryzowana począwszy od dnia 1 kwietnia 2020 r. na kolejne okresy, tj. 6 okresów 12-miesięcznych i 1 okres 9-miesięczny.

Waloryzacja będzie dokonywana w oparciu o trzy wskaźniki, tj.:

- W_w = roczny wskaźnik realnego wzrostu przeciętnego wynagrodzenia w roku X w stosunku do roku X-1 (X = rok poprzedzający rok dokonywania waloryzacji), ogłaszany w Monitorze Polskim w komunikatach Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego;
- W_p = roczny współczynnik zmian cen oleju napędowego w roku X w stosunku do roku X-1, ustalany przez Zamawiającego, w oparciu o średnią arytmetyczną cen hurtowych netto dla całego kraju za 1000 litrów oleju napędowego stosowanych przez kluczowych dostawców paliw w kraju,

- W_T = średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w roku X, ogłaszany w Monitorze Polskim w komunikatach Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego.

Końcowy wskaźnik waloryzacji będzie obliczany wg wzoru:

$$W = 0,5 \times W_W + 0,3 \times W_P + 0,2 \times W_T.$$

Waloryzacja w oparciu o ww. wskaźniki będzie miała zastosowanie do wykonawcy, który zawrze umowę z Zamawiającym niezależnie od źródła zasilania autobusów, które będą przez niego wykorzystywane do realizacji Zamówienia.

W § 4 ust. 4 Wzoru Umowy Zamawiający określił maksymalną wartość wskaźnika waloryzacji, przyjmując, że wskaźnik ten nie może przekroczyć wartości 1,04. Każdorazowa waloryzacja będzie zatem mogła skutkować podwyższeniem stawki za 1 wkm o nie więcej niż 4%. W § 4 ust. 6 Wzoru Umowy Zamawiający przewidział również tabelę, w której określone zostanie maksymalne wynagrodzenie wykonawcy w poszczególnych latach, obliczane według wzoru określonego w Załączniku nr 7 do SIWZ. Wzór ten przewiduje obliczenie maksymalnego wynagrodzenia w oparciu o:

- maksymalny wskaźnik waloryzacji na poziomie 1,04;
- maksymalne zwiększenie rocznego zadania przewozowego (ilości wykonywanych przez wykonawcę wkm) o nie więcej niż 5% (do czego Zamawiający jest uprawniony na podstawie pkt III. SIWZ w związku z § 1 ust. 4 Wzoru Umowy);
- maksymalny tzw. bonus (zwiększenie wynagrodzenia w związku z niezawodnym oraz punktualnym świadczeniem usług) o nie więcej niż 4% (który wykonawca może otrzymać na podstawie § 8 ust. 1 Wzoru Umowy w związku z Załącznikiem nr 4 do Wzoru Umowy).

Rodzaj zasilania autobusów stanowi pozacenowe kryterium oceny ofert. Zamawiający przewidział w pkt XIII.5 SIWZ, że liczba autobusów z napędem alternatywnym wskazana w ofercie wykonawcy zostanie skorygowana współczynnikiem efektu ekologicznego, który wynosi:

- 1 – dla autobusów napędzanych gazem CNG, LNG lub biogazem;
- 0,8 – dla autobusów hybrydowych z ograniczeniem emisji w strefie przystanku na trasie (brak emisji zanieczyszczeń w trakcie postoi u obsługi podróżnych);
- 0,4 – dla autobusów hybrydowych bez ograniczenia emisji w strefie przystanku na trasie.

Zgodnie z pkt XI.1 SIWZ termin składania ofert w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu upływa w dniu 9 marca 2018 r.

II. Uzasadnienie zarzutów

1. Zarzut dot. wprowadzenia w § 4 ust. 3 Wzoru Umowy pierwszej waloryzacji dopiero w dniu 1 kwietnia 2020 r.

W § 4 ust. 3 Wzoru Umowy Zamawiający przewidział waloryzację stawki i określił wskaźniki waloryzacyjne mające wpływ na koszty wykonania Zamówienia przez wykonawcę, jednakże przyjął również, że pierwsza waloryzacja nastąpi w dniu 1 kwietnia 2020 r., tj. po 16 miesiącach od planowanej daty rozpoczęcia realizacji umowy. W ocenie Odwołującego takie postanowienie wzoru umowy jest sprzeczne z wynikającą z art. 142 ust. 5 zasadą obowiązkowej waloryzacji w wypadku umów zawartych na czas dłuższy niż 12 miesięcy, jak również sprzeczne z zasadami przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji, wynikającymi z art. 7 p.z.p., które Zamawiający ma obowiązek stosować także przygotowując Wzór Umowy, o którym mowa w art. 36 ust. 1 pkt 16 p.z.p.

1.1. *Naruszenie zasady obowiązkowej waloryzacji w wypadku umów zawartych na czas dłuższy niż 12 miesięcy*

W art. 142 ust. 5 p.z.p. została przewidziana zasada, zgodnie z którą każda umowa o zamówienie publiczne zawierana na okres dłuższy niż 12 miesięcy musi zawierać klauzulę waloryzacyjną przewidującą zmianę wynagrodzenia wykonawcy.

Powyższy przepis ma bezwzględnie obowiązujący charakter, co oznacza, że jeżeli okres obowiązywania umowy ma być dłuższy niż 12 miesięcy – nawet gdyby okres ten wynosił 12 miesięcy i 1 dzień – odpowiednia klauzula waloryzacyjna powinna w nim być zawarta.

Należy zwrócić uwagę, że w stanie prawnym obowiązującym przed dniem 19 października 2014 r. przepisy p.z.p. nie nakładały na zamawiających żadnych obowiązków w zakresie waloryzowania wynagrodzeń wykonawców. Prowadziło to do sytuacji, w których zawierane wówczas umowy, często na wieloletnie okresy, w ogóle nie przewidywały waloryzacji, co sprawiało, że wszelkie ryzyka związane ze wzrostem kosztów realizacji zamówienia, w szczególności wzrostu kosztów pracy, inflacji, wzrostu cen dóbr szczególnie istotnych dla realizacji danego zamówienia, czy wzrostu obciążeń publicznych, ponosił wyłącznie wykonawca. Konsekwencją tego rodzaju postępowania zamawiających były sytuacje, w których wraz z upływem czasu realizacja zamówienia przestawała być opłacalna i generowała po stronie wykonawcy straty, prowadzące w skrajnych przypadkach nawet do zaprzestania wykonywania umowy przed upływem okresu, na który została zawarta.

Dostrzegając opisany powyżej problem na mocy ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych ustawodawca wprowadził art. 142 ust. 5 p.z.p. W uzasadnieniu do projektu ww. ustawy wskazano wówczas, że *[W] dzisiejszej praktyce zamawiających właściwie nieobecne jest włączanie do wzorów umów tzw. klauzul waloryzacyjnych. Przygotowana przez zamawiających treść wzorów (projektów) umów, nie pozwala na uwzględnienie w ostatecznych rozliczeniach nawet znacznych, niezależnych od wykonawców, zmian kosztów wykonania zamówienia, zwłaszcza dotyczących zmian wysokości obciążeń publicznych. W efekcie, przy niewysokich marżach, pozornie niewielka zmiana np. podatku od towarów i usług (VAT) powoduje utratę marży, a w konsekwencji prowadzi do pogorszenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy. (...) Wyżej wskazane sytuacje odnoszą się przede wszystkim do umów wieloletnich, w trakcie trwania których wykonawcy są zaskakiwani zmianami ciężarów publicznych oraz kosztami*

określanymi przez przepisy prawa. Ponadto, skutki dotyczące zmian wynagrodzenia odczuwają także pracownicy, przy czym jednocześnie zamawiający są narażeni na pogorszenie jakości wykonywanego zamówienia, np. przez zastąpienie materiałów potrzebnych do wykonania zamówienia materiałami tańszymi, które zazwyczaj są materiałami niższej jakości.

Wprowadzając art. 142 ust. 5 p.z.p. ustawodawca przewidział, że granicznym okresem trwania umowy, skutkującym obowiązkiem zastosowania w umowie o zamówienie publiczne klauzuli waloryzacyjnej, jest okres 12 miesięcy. Przyjmuje się bowiem, że umowy zawierane na czas dłuższy niż 12 miesięcy są z natury rzeczy bardziej wrażliwe na wpływ czynników makroekonomicznych dlatego niezbędne jest obarczenie ich zasadami wprowadzania odpowiednich zmian wynagrodzenia należnego wykonawcy (zob. J. Jerzykowski, Umowy w sprawach zamówień publicznych po nowelizacji, *Zamówienia Publiczne Doradca*, nr 9/2014).

W niniejszej sprawie Zamawiający co prawda uwzględnił we wzorze umowy waloryzację stawki w okresach 12-miesięcznych, jednak przewidział, że pierwsza waloryzacja nastąpi dopiero po 16 miesiącach realizacji umowy (a jednocześnie ponad dwa lata po złożeniu oferty). Oznacza to, że przez okres od dnia złożenia oferty do dnia 31 marca 2020 r. wszelkie ryzyka w zakresie wzrostu kosztów realizacji Zamówienia będzie ponosił wykonawca. Gdyby natomiast umowa o realizację Zamówienia była zawarta wyłącznie na okres 16 miesięcy (od dnia 1 grudnia 2018 r. do dnia 31 marca 2020 r.), wówczas przynajmniej raz w tym okresie musiałaby nastąpić waloryzacja stawki, a zatem sytuacja wykonawcy byłaby znacznie korzystniejsza niż w wypadku zawarcia umowy na warunkach określonych przez Zamawiającego.

Należy podkreślić, że zasada waloryzowania stawek w umowach długoterminowych służy nie tylko ochronie wykonawcy, zabezpieczając go przed negatywnymi konsekwencjami rosnących kosztów wykonywania zamówienia, ale również ochronie zamawiającego, chroniąc go przed ryzykiem nagłego zaprzestania realizacji zamówienia przez wykonawcę z uwagi na jego nierentowność.

Co dodatkowo istotne, w tym przypadku wykonawca będzie musiał określić swoją stawkę do dnia 9 marca 2018 r., a zatem będzie musiał podjąć próbę uwzględnienia w pierwotnej stawce wzrostu kosztów w kolejnych dwóch latach. W konsekwencji może dojść do sytuacji, w której rzeczywisty wzrost kosztów realizacji Zamówienia przewyższy założenia wykonawcy, a jednocześnie nie zostanie zrównoważony waloryzacją stawki, tym samym sprawiając, że rentowność realizacji Zamówienia może się pogorszyć, a w skrajnym przypadku nawet wygenerować straty, podczas gdy *[Z]asadniczym celem wprowadzenia przepisu art. 142 ust. 5 ustawy p.z.p., wskazanym w uzasadnieniu do projektu ustawy nowelizacyjnej, jest ochrona wykonawcy przed stratami* (I. Skubiszak-Kalinowska [w:] I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, Lex, komentarz do art. 142 p.z.p., zob., również opinię Urzędu Zamówień Publicznych pt. *Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujących od dnia 19 października 2014 r.*).

Postanowienia Wzoru Umowy sporządzonego przez Zamawiającego mogą zatem doprowadzić do sytuacji, w której realizacja Zamówienia przestanie przynosić wykonawcy zysk na poziomie przyjętym przy przygotowywaniu oferty. W wypadku istotnego wzrostu kosztów, realizacja Zamówienia mogłaby nawet okazać się nierentowna, co z kolei w

skrajnym przypadku mogłoby doprowadzić nawet do przedwczesnego zaprzestania wykonywania umowy przez wykonawcę. W takiej sytuacji interes Zamawiającego, do którego zadań należy organizacja publicznego transportu zbiorowego na terenie Warszawy, doznałoby istotnego uszczerbku, zaś sam Zamawiający nie byłby w stanie należycie się z ww. zadań wywiązać.

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, że poszanowanie zasady waloryzacji wynagrodzeń wykonawców w umowach długoterminowych wymaga, by pierwsza waloryzacja stawki nastąpiła nie w 2020 r., jak przyjął Zamawiający, ale już w 2019 r.

1.2. *Naruszenie zasady przejrzystości postępowania oraz poszanowania uczciwej konkurencji*

Zamawiający ma obowiązek – zgodnie z art. 7 p.z.p. – prowadzić postępowanie z zachowaniem zasady przejrzystości oraz poszanowania uczciwej konkurencji. Przejrzystość w rozumieniu art. 7 p.z.p. oznacza nie tylko jawność postępowania, ale przede wszystkim *powinność (...) ustalania jasnych, zrozumiałych zasad postępowania rozumianych jako jednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, warunki udziału w postępowaniu, kryteria selekcji ofert oraz inne elementy SIWZ* (P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Legalis, komentarz do art. 7 p.z.p.). Poszanowanie uczciwej konkurencji oznacza natomiast nie tylko równe traktowanie różnych wykonawców, ale zapewnienie możliwości konkurowania w ogóle, tj. działanie w taki sposób, by wykonawca miał rzeczywistą możliwość rzetelnego przygotowania i złożenia oferty.

Przyjmując, że pierwsza waloryzacja stawki nastąpi dopiero 1 kwietnia 2020 r. Zamawiający naruszył obie ww. zasady.

Należy podkreślić, że termin na złożenie ofert w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu mija w dniu 9 marca 2018 r. a zatem na przeszło 2 lata przed pierwszą planowaną waloryzacją stawki. W praktyce oznacza to, że Zamawiający wymusza na wykonawcach podjęcie próby przewidzenia zdarzeń gospodarczych i społecznych wpływających na koszty realizacji Zamówienia z góry na kolejne dwa lata, co zwyczajnie nie jest możliwe. Wykonawcy nie są bowiem w stanie przewidzieć takich czynników jak np. konkretny poziom wzrostu cen paliw czy płac. Również ogólny wzrost cen jest niemożliwy do przewidzenia, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że w latach 2014-2016 nie było w Polsce inflacji, zaś 2017 r. był pierwszym rokiem, w którym inflację odnotowano i nie sposób jest przewidzieć jaka będzie jej tendencja np. w 2020 r.

Przygotowywanie oferty na podstawie założeń dotyczących przyszłych kosztów realizacji Zamówienia może wiązać się z istotnym ryzykiem dla wykonawców. Mogłoby się bowiem okazać, że przyjęte przy przygotowywaniu oferty założenia dotyczące wzrostu kosztów (np. na poziomie np. 3%) nie potwierdzą się, a faktyczny wzrost kosztów będzie wyższy (np. 4%), co doprowadziłoby do znacznego obniżenia rentowności realizacji Zamówienia. Konieczność opracowywania oferty na podstawie założeń o przyszłych kosztach realizacji Zamówienia świadczy o tym, że dokumentacja postępowania nie została przygotowana przez Zamawiającego w sposób przejrzysty. Co więcej, przerzucanie na wykonawcę tak istotnego ryzyka gospodarczego również nie może być akceptowane. Należy podkreślić, że *(...) w doktrynie i orzecznictwie dominuje pogląd, zgodnie z którym zamawiający nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę, a jako naruszające zasady współzycia społecznego traktuje się umowy obligacyjne, które rażąco, nierównomiernie kształtują wzajemne prawa i obowiązki* (P. Sendrowski, Wpływ wykonawcy na treść

przyszłej umowy o zamówienie publiczne, Lex). Niedopuszczalne jest zatem, żeby wykonawca ponosił sam całe ryzyko gospodarcze zmian kosztów realizacji Zamówienia przez przeszło dwa lata od czasu złożenia oferty.

Realizując zasadę przejrzystości Zamawiający ma obowiązek jasnego formułowania wymogów i przygotowania dokumentacji postępowania w sposób umożliwiający rzetelne przygotowanie oferty – niedopuszczalną praktyką jest bowiem określenie przez zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób, który znacząco utrudnia kalkulację ceny ofertowej (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2008 r., KIO/UZP 22/07). Także w doktrynie wskazuje się, że *[W]ymóg przejrzystości należy interpretować z uwzględnieniem zawodowego, profesjonalnego charakteru działalności prowadzonej zarówno przez wykonawcę, jak i zamawiającego. Oznacza to, że wykonawca powinien uzyskać w SIWZ tyle informacji, ile racjonalnie jest potrzebne profesjonalnemu wykonawcy do sporządzenia konkurencyjnej oferty, a zamawiającemu należy pozostawić tyle swobody, ile jest potrzebne profesjonalnemu kupcowi do wyboru rzeczywiście najkorzystniejszej oferty* (D. Koba, Przejrzystość: stara - nowa zasada, Zamówienia Publiczne Doradca, nr 3/2017). Wymaganie od wykonawców przewidywania kosztów realizacji Zamówienia na okres dwóch lat po złożeniu oferty wykracza poza profesjonalny charakter działalności wykonawców, co więcej, może to doprowadzić do zmniejszenia liczby zainteresowanych wykonawców, podczas gdy (...) *zamawiający nie powinien konstruować umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na liczbę złożonych w postępowaniu ofert* (P. Sendrowski, Wpływ wykonawcy na treść przyszłej umowy o zamówienie publiczne, Lex).

Bezpośrednią konsekwencją opisanego naruszenia wymogu przejrzystości jest naruszenie zasady poszanowania uczciwej konkurencji – Zamawiający utrudniając wykonawcom przygotowanie ofert w praktyce utrudnia im również uczciwe konkurowanie (wykonawcy konkurowaliby bowiem w rzeczywistości nie na cenę, ale na założenia co do wzrostu kosztów).

Postępowanie Zamawiającego, który pozornie przewidział we wzorze umowy waloryzację stawki, jednak przyjął, że pierwsza waloryzacja nastąpi po przeszło 2 latach od złożenia ofert, nie daje się zatem pogodzić z poszanowaniem zasady przejrzystości oraz uczciwej konkurencji. Również z tego względu konieczna jest modyfikacja postanowień wzoru umowy tak, by waloryzacja stawki następowała nie od dnia 1 kwietnia 2020 r., ale już od dnia 1 kwietnia 2019 r.

2. Zarzut dot. wprowadzenia we Wzorzec Umowy maksymalnego wskaźnika waloryzacji na poziomie 1,04.

Zamawiający nie tylko odłożył waloryzację w czasie, przyjmując, że będzie ona stosowana dopiero od dnia 1 kwietnia 2020 r., ale również ograniczył jej wpływ na wynagrodzenie wykonawcy, przyjmując, że jej maksymalna wysokość wskaźnika waloryzacji stawki nie może przekroczyć wartości 1,04. Oznacza to, że przewidziana przez Zamawiającego waloryzacja pozwoli na zrównoważenie wzrostu kosztów realizacji Zamówienia o maksymalnie 4% rocznie (przy czym dopiero od 2020 r.). Jeżeli zaś rzeczywisty wzrost kosztów byłby wyższy, wówczas ryzyko w tym zakresie obciążałoby jedynie wykonawcę.

Również takie postępowanie Zamawiającego stoi w sprzeczności z zasadami wynikającymi z art. 7 oraz art. 142 ust. 5 p.z.p., mającymi zastosowanie do Wzoru Umowy sporządzanego na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 p.z.p.

Po pierwsze, zasada waloryzowania wynagrodzeń w umowach długoterminowych wyrażona w art. 142 ust. 5 p.z.p. polega na tym, że wzrost kosztów realizacji zamówienia publicznego powinien być równoważony proporcjonalnym wzrostem wynagrodzenia. Zamawiający przygotował natomiast Wzór Umowy przewidujący równoważenie wzrostu kosztów poprzez waloryzację jedynie do określonego poziomu, co oznacza, że możliwe jest, że wzrost kosztów zostanie pokryty jedynie w części. Wprowadzenie maksymalnego współczynnika waloryzacji (1,04) prowadzi do przerzucenia ryzyka wzrostu kosztów w zakresie przekraczającym tę wartość na wykonawcę, tj. właśnie do sytuacji, której ustawodawca chciał zapobiec poprzez wprowadzenie art. 142 ust. 5 p.z.p.

Po drugie, wprowadzenie maksymalnej waloryzacji może również prowadzić do utrudnienia sporządzania ofert, narusza bowiem zasadę przejrzystości postępowania i uczciwej konkurencji. Wykonawcy nie będą dysponowali informacjami o przyszłych kosztach realizacji Zamówienia (aż do 2026 r.), a zatem będą musieli przygotować oferty na podstawie założeń, które mogą okazać się nieprawdziwe. Co więcej, już obecnie można przypuszczać, że w kolejnych latach np. poziom wzrostu płac lub wzrostu cen paliwa przekroczy założony przez Zamawiającego maksymalny pułap 4%.

Zgodnie z § 4 ust. 6 Wzoru Umowy maksymalne wynagrodzenie wykonawcy, które zostanie ograniczone kwotowo, zostanie obliczone zgodnie z wzorem określonym w Załączniku nr 7 do SIWZ, który przewiduje obliczanie maksymalnego wynagrodzenia w oparciu o trzy odrębne elementy (waloryzacja, ewentualne zwiększenie zadania przewozowego oraz ewentualny bonus) mogące skutkować jego zwiększeniem, a nie w oparciu o jeden łączny współczynnik wzrostu wynagrodzenia. Oznacza to, że jeżeli wykonawca nie otrzyma bonusu oraz jeżeli Zamawiający nie zwiększy zadania przewozowego, a jednocześnie koszty realizacji Zamówienia wzrosną o np. o 7%, wówczas wynagrodzenie wykonawcy w danym roku zostanie podwyższone jedynie w oparciu o maksymalny wskaźnik waloryzacji, tj. o 4%.

Należy podkreślić, że taka praktyka nie była wcześniej stosowana przez Zamawiającego, który w przetargach ogłaszanych w przeszłości przewidywał jeden łączny współczynnik maksymalnego wzrostu wynagrodzenia, pozwalający na obliczenie jego maksymalnej wysokości, nie ograniczając przy tym samej waloryzacji. Oznaczało to, że waloryzacja odpowiadała rzeczywistemu wzrostowi kosztów realizacji danego zamówienia tak długo, jak długo wynagrodzenie maksymalne nie było przekroczone, tj. jeżeli dany wykonawca nie otrzymywał np. bonusu lub nie dochodziło do zwiększenia zadania przewozowego, wówczas waloryzacja mogła osiągnąć wyższy poziom.

W postępowaniu o udzielenie Zamówienia został przewidziany inny mechanizm obliczania maksymalnego wynagrodzenia, niż stosowany w przeszłości, którego skutkiem jest to, że ryzyko wzrostu kosztów na poziomie przekraczającym 4% zawsze będzie obciążać wyłącznie wykonawcę.

Opisanego postępowania Zamawiającego nie da się zaakceptować, bowiem sprawia ono, że przewidziana we Wzorze Umowy waloryzacja stawki w rzeczywistości nie spełnia swojego celu, tj. nie daje wykonawcy ochrony, której zapewnieniu ma służyć. Nie daje się to również pogodzić z poszanowaniem zasady przejrzystości oraz uczciwej konkurencji, bowiem utrudnia kalkulację stawki. Z tych względów konieczna jest modyfikacja postanowień wzoru umowy tak, by waloryzacja stawki nie była ograniczona maksymalnym współczynnikiem 1,04 i odpowiednia zmiana § 4 ust. 6 Wzoru Umowy.

3. Zarzut dot. sporządzenia Wzoru Umowy przewidującego w ramach waloryzacji współczynnik zmian cen paliwa uwzględniający jedynie olej napędowy

Zamawiający przewidział trzy wskaźniki waloryzacyjne, w tym jeden z nich oparty na zmianach cen paliwa (wskaźnik W_p). W tym zakresie Zamawiający – być może na skutek omyłki – oparł się wyłącznie na oleju napędowym, podczas gdy w SIWZ wprost przewidział możliwość realizacji Zamówienia przy użyciu autobusów zasilanych innymi paliwami – co więcej, jest to preferowane, tj. w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert wykonawcy mogą uzyskać więcej punktów, jeżeli będą korzystać z autobusów o napędzie alternatywnym, bardziej przyjaznym dla środowiska. W konsekwencji działania Zamawiającego, jeżeli dojdzie do wyboru oferty wykonawcy zamierzającego zrealizować Zamówienia np. przy użyciu taboru zasilanego gazem CNG, stawka wynagrodzenia takiego wykonawcy byłaby waloryzowana o wskaźnik zmian cen oleju napędowego, a nie o wskaźnik zmian cen gazu CNG.

Powyższa sytuacja jest jednak nie do zaakceptowania z punktu widzenia wynikającej z art. 7 ust. 1 p.z.p. zasady równego traktowania wykonawców oraz poszanowania uczciwej konkurencji, która ma zastosowanie na każdym etapie postępowania, a zatem również do przygotowania wzoru umowy na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 p.z.p. Dodatkowo prowadziłaby ona także do tego, że stawka podlegałaby waloryzacji w oparciu o czynniki nie mające żadnego związku z kosztami realizacji Zamówienia (podczas gdy z art. 142 ust. 5 p.z.p. wynika zasada, że dany wskaźnik waloryzacji powinien być stosowany, jeżeli ma wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę).

W doktrynie wskazuje się, że *[Z]asada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji* (W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII, Lex, komentarz do art. 7 p.z.p.). Niedopuszczalne jest zatem uprzywilejowanie pozycji wykonawców oferujących realizację Zamówienia przy użyciu jednego konkretnego rodzaju autobusów, jeżeli możliwe jest także korzystanie z autobusów innych rodzajów. Należy podkreślić, że w przypadku zastosowania wzoru umowy sporządzonego przez Zamawiającego, jedynie wykonawca realizujący Zamówienia przy użyciu konwencjonalnych autobusów z silnikiem Diesla byłby zabezpieczony przed wzrostem cen paliwa. Wykonawca korzystający z autobusów na inne paliwo nie byłby natomiast chroniony, ponieważ zmiany cen np. gazu CNG mogą być całkowicie różne od zmian cen oleju napędowego (np. ceny CNG mogą wzrosnąć, a ceny oleju napędowego pozostać na niezmiennym poziomie).

W związku z powyższym zasadne jest nakazanie Zamawiającemu zmodyfikowania wzoru umowy, tak by wskaźnik waloryzacyjny dot. cen paliwa (wskaźnik W_p) nie odnosił się wyłącznie do cen oleju napędowego, ale do cen tego konkretnego paliwa, którym napędzane będą autobusy, z których korzystać będzie ten wykonawca, którego oferta zostanie wybrana.

4. Zarzut dot. pozacenowego kryterium oceny ofert

Zamawiający przewidział w pkt XIII.5 SIWZ premiowanie wykonawców oferujących realizację Zamówienia przy użyciu autobusów napędzanych gazem CNG, LNG lub biogazem. Jednocześnie, przed publikacją ogłoszenia o Zamówieniu Zamawiający nie komunikował wykonawcom takiego zamiaru, zaś nigdy wcześniej takie rozwiązanie nie było stosowane. Zamawiający nie przeprowadził również dialogu technicznego, w którym zbadałby możliwość realizacji usług przewozowych przy użyciu takich autobusów oraz wiążące się z tym koszty.

Wprowadzenie do eksploatacji autobusów zasilanych gazem wiąże się z istotnymi nakładami. Niezbędne byłoby przeprowadzenie inwestycji oraz poniesienie dodatkowych kosztów, które nie byłyby konieczne w wypadku realizacji usług przy użyciu taboru z zasilaniem hybrydowym. Co istotne, obecnie żaden z przewoźników świadczących usługi przewozu pasażerskiego w ramach publicznego transportu zbiorowego na terenie aglomeracji warszawskiej nie wykorzystuje autobusów gazowych na szeroką skalę. W związku z tym użytkowanie takich autobusów wiązałoby się nie tylko z kosztem ich zakupu ale również z potrzebą przygotowania odpowiedniej infrastruktury.

Zamawiający niejako „zaskoczył” wykonawców uprzywilejowaniem autobusów gazowych, co może znacząco utrudnić konkurencję w postępowaniu oraz doprowadzić do odwrotnych efektów, niż oczekiwane przez Zamawiającego. Przygotowanie ofert zostało bowiem znacząco utrudnione, bowiem zaoferowanie realizacji Zamówienia przy użyciu autobusów gazowych wymagałoby uwzględnienia w stawce wszystkich dodatkowych związanych z tym kosztów, które nie są wykonawcom znane. Równolegle wykonawcy, którzy zaoferują autobusy hybrydowe, które są już eksploatowane w Warszawie, będą musieli liczyć się z gorszą oceną oferty. Poprzez uprzywilejowanie autobusów gazowych i wiążące się z tym utrudnienie przygotowania ofert Zamawiający naruszył konkurencję w prowadzonym postępowaniu.

Zasadne jest zatem nakazanie Zamawiającemu zmodyfikowania SIWZ poprzez zrównanie autobusów gazowych z autobusami hybrydowymi na potrzeby oceny ofert.

* * * * *

Zarzucane Zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem wskazują one na wadliwe przygotowanie postępowania, uniemożliwiające rzetelne sporządzenie ofert przez wykonawców.

* * * * *

Zważywszy na przytoczone powyżej argumenty wnoszę o uwzględnienie odwołania.

Wpis od odwołania w kwocie 15.000,00 zł został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych (Załącznik nr 1).

Zamawiający został poinformowany o wniesieniu odwołania (Załącznik nr 5).

W związku z powyższym, w imieniu Odwołującego wnoszę jak na wstępie.



Agata Szeliga

Radca prawny - pełnomocnik Mobilis sp. z o.o.

Załączniki:

1. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
2. Odpis aktualny z KRS Odwołującego;
3. Pełnomocnictwo;
4. Dowód uiszczenia opłaty skarbowej;
5. Potwierdzenie doręczenia kopii odwołania Zamawiającemu.

Załącznik nr 1