

WYROK

z dnia 10 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Członkowie: Aleksandra Patyk

Irmina Pawlik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 października 2021 r., 11 listopada 2021 r., 26 listopada 2021 r. oraz 6 grudnia 2021 r. r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 września 2021 r. przez:

A. wykonawcę

(sygn. akt: KIO 2864/21),

B. wykonawcę

(sygn. akt: KIO 2872/21),

w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego**

przy udziale wykonawcy

, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2872/21 po stronie Odwołującego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 2864/21 w zakresie zarzutów podniesionych w punktach: II.1.d) w części dotyczącej formy przekazania, wysokości czynszu dzierżawnego oraz amortyzacji, II.1.f) w części dotyczącej klimatyzacji; II.1.o); II.6.a) w związku z ich cofnięciem przez Odwołującego, oraz w punkcie II.1.h) w części dotyczącej kosztów audytora w związku z jego uwzględnieniem przez Zamawiającego oraz umarza postępowanie odwoławcze sygn. akt KIO 2872/21 w zakresie zarzutu podniesionego w punkcie X w związku z jego cofnięciem przez Odwołującego

oraz w zakresie zarzutów podniesionych w punktach I i IV w części dotyczącej podania zasad wprowadzenia nowego taboru w związku z ich uwzględnieniem przez Zamawiającego;

2. Uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 2864/21 w zakresie zarzutów podniesionych w punktach II.1.a), II.1.b) w zakresie podania danych o potokach pasażerskich, II.1.d), II.1.e) w zakresie przeniesienia kosztów użytkowania nowego taboru do kosztów niezależnych, II.1.g) w zakresie braku danych odnośnie rozkładu jazdy na pierwszy okres rozliczeniowy, II.1.h), II.1.i), II.1.n), II.2.a), II.2.b) w zakresie jednostronnych zapisów Umowy dotyczących kar umownych, II.2.c), II.2.d), II.3.a) i d) w zakresie określenia pierwszej waloryzacji dopiero w trzecim roku obowiązywania umowy i ukształtowania postanowień umownych w zakresie waloryzacji wynagrodzenia w sposób niejednoznaczny, II.5, II.6.b) oraz uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 2872/21 w zakresie zarzutów podniesionych w punktach: VI i IX i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 256 w związku z art. 137 ust. 7 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.).
3. Oddala odwołania w zakresie zarzutów pozostałych.
4. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego [REDAKTOWANE] i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego [REDAKTOWANE] (sygn. akt: KIO 2864/21), oraz Odwołującego [REDAKTOWANE] (sygn. akt: KIO 2872/21), tytułem wpisu od obu odwołań,
 - 4.2. zasądza od Zamawiającego [REDAKTOWANE] na rzecz Odwołującego [REDAKTOWANE] (sygn. akt: KIO 2864/21), kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 4.3. zasądza od Zamawiającego [REDAKTOWANE] na rzecz Odwołującego [REDAKTOWANE] (sygn. akt: KIO 2872/21), kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - [REDAKTOWANE] - [REDAKTOWANE], prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn: „Świadczenie usług publicznych w publicznym transporcie zbiorowym w kolejowych przewozach pasażerskich na terenie [REDAKTOWANE] w okresie od 12 grudnia 2021 r. do 14 grudnia 2030 r.” – numer referencyjny: WZP.272.51.2021(dalej: „Postępowanie”). Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.)(dalej: „PZP” lub „ustawa”). Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2021/S 181-470215 z dnia 17 września 2021 r.

I. W dniu 27 września 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę [REDAKTOWANE] (Dalej Odwołujący [REDAKTOWANE]) na treść Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej zwanej: „SWZ”) opublikowanej w dniu 17 września 2021 r., w tym także na projektowane postanowienia umowy.

II. Odwołujący [REDAKTOWANE] zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1 i ust. 4 PZP w związku z art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP, art. 17 ust. 1 i 2 PZP oraz w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4 oraz 20 PZP oraz w zw. z art. 25 ust. 3 pkt 1,2, 10, 15, 17-18 i 20 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym („Uptz”), poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia („OPZ”) oraz warunków zamówienia dotyczących realizacji Umowy w sposób przejrzysty, jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w następującym zakresie:
 - a) obowiązku realizacji przez Operatora przewozów również poza granicami województwa [REDAKTOWANE],
 - b) braku danych o potokach pasażerskich,
 - c) braku danych o przychodach oraz zasad zmiany Taryfy,

- d) braku informacji odnośnie taboru Organizatora,
 - e) zobowiązania do przejęcia dodatkowego taboru Organizatora,
 - f) wymogów dotyczących przesuwania taboru między pakietami, odsetka taboru z urządzeniem schładzającym lub klimatyzacją oraz możliwości zmian w taborze,
 - g) braku prawidłowego rozkładu jazdy oraz jednoznacznych zasad tworzenia i aktualizacji rozkładów jazdy na kolejne lata,
 - h) kosztów audytu i zasad wyboru audytora,
 - i) przesunięcia terminu rozpoczęcia świadczenia usług i Okresu Rozliczeniowego,
 - j) zasad określenia parametrów Rekompensaty – co stanowi także naruszenie art. 436 pkt 2 PZP oraz art. 4 ust. 2 lit b) (i) rozporządzenia (WE) NR 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70 (dalej: „Rozporządzenie 1370/2007”),
 - k) braku danych o planowanych zamknięciach torowych,
 - l) niedokładnego określenia zakresu ubezpieczenia taboru,
 - m) niejasnych zasad określenia kapitału zaangażowanego,
 - n) braku wskazania minimalnej wielkości pracy eksploatacyjnej, co stanowi także o naruszeniu art. 433 pkt 4 PZP,
 - o) zaniechania wprowadzenia okresu przejściowego na wyposażenie pojazdów w toalety dla niepełnosprawnych,
- a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia Postępowania z należytą starannością, zgodnie z zasadami przejrzystości, proporcjonalności i efektywności, co w konsekwencji uniemożliwia poprawne sporządzenie i kalkulację oferty w Postępowaniu;

2. art. 431 PZP, art. 433 pkt 1-3 PZP, art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny („kc”), art. 3531 kc, w związku z art. 8 ust. 1 PZP, art. 16 pkt 1-3 PZP oraz art. 17 ust. 1 PZP a także w zw. z art. 27 ust. 3 pkt 1,2, 10, 15, 17-18 i 20 Uptz, poprzez ukształtowanie treści SWZ w zakresie projektowanych postanowień Umowy, w sposób rażąco naruszający równowagę kontraktową stron, przerzucający na wykonawców niemożliwe do oszacowania ryzyka kontraktowe, poprzez nieprecyzyjne lub rażąco niekorzystne dla wykonawców postanowienia Umowy, w tym za okoliczności niezawinione przez wykonawcę lub za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, sprzeciwiający się naturze stosunku zobowiązaniowego, naruszający bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, w konsekwencji zniechęcając wykonawców do składania ofert w Postępowaniu, ograniczając konkurencję, w następującym zakresie:

- a) ryzyk wykonawcy związanych z brakiem danych oraz niejasnymi postanowieniami SWZ, o których mowa w pkt II.1. petitum, w tym ryzyka przychodowego, taboru, rozkładu jazdy, rezygnacji z tras, zamknięć torowych, braku autoryzacji wniosku o przydzielenie zdolności przepustowej, ryzyka kosztowego, czy związanego z terminem rozpoczęcia świadczenia usług,
 - b) niejednoznacznych i jednostronnych zapisów dotyczących kar umownych,
 - c) braku stabilności zamówienia i szerokich przesłanek przedterminowego zakończenia Umowy,
 - d) ryzyk wykonawcy związanych z określeniem zasad Rekompensaty, co stanowi także naruszenie art. 433 pkt 3 PZP,
 - e) ryzyk związanych z zasadami waloryzacji Rekompensaty,
 - f) przerzucenia pełnej odpowiedzialności za roszczenia osób trzecich,
 - g) ryzyka wykonawcy osiągnięcia zaplanowanych przychodów wobec braku możliwości wpływu na Taryfę, której kształt jest całkowicie zależny od decyzji Zamawiającego
 - h) ryzyk wykonawcy ponoszenia straty finansowej za okres braku realizacji przewozów z powodu zamknięcia linii.
3. art. 439 ust. 1-3 PZP w zw. z art. 3531 kc, art. 8 ust. 1 PZP art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP, art. 17 ust. 1 PZP, art. 431 PZP oraz art. 433 pkt 2-3 PZP, poprzez ukształtowanie projektowanych postanowień Umowy w zakresie waloryzacji wynagrodzenia w sposób:
- a) nieodpowiadający tendencjom wzrostu cen na rynku usług przewozowych, przez określenie pierwszej waloryzacji dopiero w trzecim roku obowiązywania Umowy i oparcie jej o wskaźniki sprzed dwóch okresów, w stosunku do których dokonywane są waloryzacje,
 - b) nieodpowiadający strukturze kosztów świadczenia usług transportu, poprzez nieprawidłowe ustalenie sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia, z odesłaniem do nieadekwatnego wskaźnika konsumenckiego,
 - c) niepoprawne sformułowanie wzoru indeksacji,
 - d) niejednoznaczny i nieprecyzyjny.
4. art. 134 ust. 1 pkt 6 PZP, art. 436 pkt 1 PZP oraz art. 220 ust. 1 pkt 2 PZP, poprzez określenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług datą kalendarzową na dzień 12 grudnia 2021 r., który to termin jest nierealny do dotrzymania biorąc pod uwagę obecną, niejednoznaczną treść SWZ oraz czas potrzebny na przygotowanie do świadczenia usług, a ponadto przypadający w czasie biegu terminu związana ofertą,
5. art. 134 ust. 1 pkt 4), pkt 14) i pkt 17) PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 PZP oraz art. 17 ust. 1 PZP w zw. z art. 436 pkt 2 PZP oraz art. 4 ust. 2 lit b) Rozporządzenia 1370/2007, poprzez opisanie sposobu przygotowania oferty, sposobu obliczenia ceny oraz warunków

zapłaty wynagrodzenia w sposób niezrozumiały, niejednoznaczny, skrajnie niekorzystny dla wykonawcy, uniemożliwiający udział w Postępowaniu na jasnych, przejrzystych oraz uczciwych warunkach, z uwagi na:

- a) wymogi ujęcia w cenie wszelkich elementów, w tym zasad liczenia rekompensaty określonych w Umowie oraz ujęcia w niej ewentualnego ryzyka wynikającego z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania Umowy, co jest niemożliwe do oszacowania z uwagi na braki w dokumentacji Postępowania w odniesieniu do okoliczności mających wpływ na określenie ceny,
 - b) braku informacji w jaki sposób i na jakich zasadach wykonawcy mają sporządzić Plan finansowy (załącznik 1A do Umowy) stanowiący załącznik do oferty, w tym w jaki sposób wypełnić dane dla dalszych okresów rozliczeniowych,
 - c) niejasnych zasad określania i wprowadzania Planów finansowych na kolejne okresy rozliczeniowe oraz uzależnienie ich od możliwości finansowych Zamawiającego,
 - d) niejasnych zasad określenia i rozliczania Rekompensaty, w tym Kosztów zależnych i niezależnych,
6. art. 134 ust. 1 pkt 18) PZP w zw. z art. 239 ust. 1-2 PZP, art. 240 ust. 1 PZP oraz art. 242 ust. 1 pkt 2 PZP, poprzez wadliwe określenie kryterium oceny ofert polegające na:
- a) przyjęciu wzoru dla punktacji w kryterium cena, który przyznaje największą ilość punktów najdroższej ofercie,
 - b) ocenie ofert w ramach kryterium oceny w oparciu jedynie o stawkę rozliczeniową wskazaną w formularzu oferty w pierwszym okresie, podczas gdy zamówienie jest udzielane do 14 grudnia 2030 r.
7. art. 138 ust. 1 w zw. z art. 138 ust. 2 i 4 PZP w zw. z art. 133 ust. 1 PZP, poprzez obejście przepisów o minimalnym terminie składania ofert, z uwagi na nieopublikowanie wraz z SWZ informacji kluczowych dla należytego przygotowania oferty lub publikowanie ich w czasie późniejszym od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu.

III. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie Postępowania na podstawie art. 256 PZP w zw. z art. 137 ust. 7 PZP z uwagi na wystąpienie okoliczności powodujących, że dalsze prowadzenie Postępowania jest nieuzasadnione, polegających na konieczności dokonania daleko idących zmian w treści SWZ, w tym projektowanych postanowień Umowy, w celu umożliwiania wykonawcom odpowiedniego przygotowania i złożenia ofert, a następnie wykonanie zamówienia;

2) ewentualnie o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie odpowiedniej modyfikacji treści SWZ (oraz odpowiednio treści ogłoszenia), w tym treści projektowanych postanowień Umowy, w następujący sposób:

- a) w zakresie pkt II.1.a) powyżej, poprzez dodanie informacji odnośnie linii i odcinków na jakich przewozy miały by być wykonywane oraz informacji odnośnie zestawienia potrzeb przewozowych, rozkładów jazdy oraz potoków pasażerskich lub przejęcie ryzyka wzrostu Rekompensaty spowodowanego realizacją tych przewozów przez Zamawiającego,
- b) w zakresie pkt II.1.b) powyżej, poprzez podanie danych dotyczących historycznych i planowanych potoków pasażerskich na liniach objętych przedmiotem zamówienia oraz wpływu pandemii i planowanych modernizacji linii na ich planowane wielkości,
- c) w zakresie pkt II.1.c) powyżej, poprzez dodanie informacji odnośnie historycznych przychodów oraz innych danych mających wpływ na przychody (w tym potoki pasażerskie), a także określenie zasad zmiany Taryfy,
- d) w zakresie pkt II.1.d) powyżej, poprzez dodanie informacji odnośnie taboru Organizatora przypisanego do poszczególnych pakietów, w tym formy przekazania, wysokości czynszu dzierżawnego, amortyzacji, kosztów utrzymania, gotowości technicznego pojazdów, stanie technicznym, parametrach technicznych i współczynnikach niezawodności pojazdów Organizatora,
- e) w zakresie pkt II.1.e) powyżej, poprzez dodanie informacji odnośnie przekazania dodatkowego taboru, w tym formy prawnej, odpłatności, typu, rodzaju taboru i kosztów jego eksploatacji oraz utrzymania oraz przeniesienie kosztów użytkowania nowego taboru całkowicie do kosztów niezależnych i pokrycie ich w wartości faktycznie poniesionych kosztów w opcji Rekompensaty ex post i ex ante,
- f) w zakresie pkt II.1.f) powyżej, poprzez umożliwienie dokonywania zmian taboru, obniżenie odsetka urządzeń chłodzących lub klimatyzacji lub wprowadzenie okresu przejściowego w tym zakresie, oraz określenie jak ten wskaźnik powinien zostać policzony oraz doprecyzowanie postanowień dotyczących zmian w pojazdach,
- g) w zakresie pkt II.1.g) powyżej, poprzez przekazanie rozkładu jazdy spełniającego wymogi przepisów prawa, w tym zawierającego informacje o stacjach pośrednich i czasu postoju na nich oraz odpowiadającego wielkością pracy eksploatacyjnej treści OPZ, jak również przekazanie danych odnośnie rozkładów jazdy na kolejne okresy rozliczeniowe i określenie jednoznacznych zasad tworzenia i aktualizacji rozkładów jazdy na kolejne lata,
- h) w zakresie pkt II.1.h) powyżej, poprzez wskazanie maksymalnego poziomu kosztów audytu oraz zasad wyboru audytora z zachowaniem zasad bezstronności, przejrzystości i profesjonalizmu,

- i) w zakresie pkt II.1.i) powyżej, poprzez określenie zasad przesunięcia terminu rozpoczęcia świadczenia usług i Okresu Rozliczeniowego,
- j) w zakresie pkt II.1.j) powyżej, poprzez wskazanie przepisów Rozporządzenia 1370/2007, które mają zastosowanie do określenia parametrów rekompensaty,
- k) w zakresie pkt II.1.k) powyżej, poprzez wskazanie danych o planowanych zamknięciach torowych: ich terminach, zakresie modernizacji i potencjalnym wpływie na realizację usług,
- l) w zakresie pkt II.1.l) powyżej, poprzez modyfikację SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu,
- m) w zakresie pkt II.1.m) powyżej, poprzez wskazanie jasnych zasad określenia kapitału zaangażowanego zgodnie z zasadą o rachunkowości,
- n) w zakresie pkt II.1.n) powyżej, poprzez wskazanie minimalnych wielkości pracy eksploatacyjnej w każdym pakiecie,
- o) w zakresie pkt II.1.o) powyżej, poprzez wprowadzenie 18-miesięcznego okresu przejściowego od daty podpisania Umowy na wyposażenie pojazdów w toalety dla niepełnosprawnych,
- p) w zakresie pkt II.2.a) powyżej, poprzez określenie ryzyk kontraktowych wykonawcy w sposób zrównoważony, w tym ponoszenia przez Zamawiającego ryzyka przychodów, ryzyka braku autoryzacji wniosku o przydzielenie zdolności przepustowej i rezygnacji z tras z przyczyn niezależnych od wykonawcy, ryzyka niezawodności i stanu technicznego taboru Zamawiającego, przesunięcia terminu rozpoczęcia świadczenia usług z powodów niezawinionych przez wykonawcę, a także określenie decydującego wpływu wykonawcy na ustalenie rozkładów jazdy,
- q) w zakresie pkt II.2.b) powyżej, poprzez jednoznaczne określenie obowiązków, których naruszenie jest zabezpieczone karą umowną (z uwzględnieniem art. 433 PZP), wprowadzenie kary umownej od Zamawiającego za bezpodstawne przedterminowe rozwiązanie Umowy oraz prawa wykonawcy do odszkodowania uzupełniającego;
- r) w zakresie pkt II.2.c) powyżej, poprzez ograniczenie przesłanek przedterminowego rozwiązania Umowy do okoliczności szczególnych, zawinionych przez wykonawcę oraz wprowadzenie odpowiednich zasad rozliczeń w przypadku przedterminowego rozwiązania Umowy,
- s) w zakresie pkt II.2.d) powyżej, poprzez modyfikację SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu (w szczególności przejęcie odpowiedzialności przez Organizatora za Koszty zdefiniowane jako Niezależne, w pełnej wysokości faktycznie poniesionych kosztów zarówno w przypadku Rekompensaty ex post jak i ex ante),

- t) w zakresie pkt II.2.f) powyżej, poprzez wyłączenie odpowiedzialności wykonawcy za roszczenia osób trzecich wynikających z okoliczności niezawinionych przez wykonawcę,
- u) w zakresie pkt II.2.g) powyżej, poprzez określenie okoliczności w których nastąpi zmiana Taryfy, wskaźników, które będą miały na ten wzrost wpływ i procesu w tym terminów, które tej zmianie będą towarzyszyły, poprzez uzależnienie zmiany Taryfy od wskaźnika wzrostu cen produktów i usług ogłaszanego przez Prezesa GUS za rok poprzedni lub wdrożenie zmiany Taryfy w momencie osiągnięcia kumulatywnej inflacji w wysokości 5%, od kwartału kolejnego po kwartale, w którym nastąpiło to przekroczenie na bazie ogłoszonego przez Prezesa GUS wskaźnika za rok poprzedni,
- v) w zakresie pkt II.2.h) powyżej, poprzez zaliczenie kosztów związanych z brakiem możliwości realizacji przewozów na liniach, do kosztów Niezależnych oraz pokrycie ich przez Zamawiającego w faktycznie poniesionej wysokości (zarówno w Rekompensacie ex post jak i ex ante) oraz określenie, że Rekompensata powinna przysługiwać również w przypadku gdy nie ma możliwości realizacji usług z przyczyn niezależnych od Wykonawcy,
- w) w zakresie pkt II.3 oraz pkt II.2.e) powyżej, poprzez modyfikację klauzuli waloryzacji w sposób określony w uzasadnieniu, odzwierciedlający dynamikę zmian cen rynkowych oraz strukturę kosztów realizacji przedmiotu zamówienia,
- x) w zakresie pkt II.4 powyżej, poprzez oznaczenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług, liczonego jako odpowiedni okres od daty zawarcia umowy oraz odpowiednio wydłużenie daty zakończenia Umowy,
- y) w zakresie pkt II.5 powyżej, poprzez jednoznacznie określenie opisu sposobu przygotowania oferty oraz sposobu obliczenia ceny oraz zasad wypłaty wynagrodzenia, w szczególności bez odniesienia do ryzyk wynikających z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania Umowy, a także przez jednoznacznie określenie zasad przygotowania Planu finansowego, w tym zasad jasnych alokacji Kosztów i Przychodów oraz jednoznaczne określenie zasad rozliczenia Rekompensaty, Kosztów zależnych i Niezależnych,
- z) w zakresie pkt II.6 powyżej, poprzez prawidłowe opisanie kryterium ceny, w wyniku którego najwięcej punktów otrzyma oferta z najkorzystniejszą ceną za wykonanie całego przedmiotu zamówienia,
- aa) w zakresie pkt II.7 powyżej, poprzez wydłużenie terminu składania ofert o co najmniej 40 dni od daty udostępnienia wymaganych informacji i dokumentów oraz wyjaśnienia okoliczności wskazanych w odwołaniu,

- względnie w inny sposób zapewniający zgodność z przepisami PZP powołanymi w niniejszym odwołaniu oraz eliminujący naruszenia w nim opisane.

Odwołujący [REDAKTOWANE] wskazał, że Zamawiający prowadzi Postępowanie, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług publicznych w publicznym transporcie zbiorowym w kolejowych przewozach pasażerskich na terenie [REDAKTOWANE] w okresie od 12 grudnia 2021 r. do 14 grudnia 2030 r.” Ogromna wartość zamówienia oraz długi okres obowiązywania Umowy, jak również doniosłość społeczna przedmiotu zamówienia sprawiają, że ze szczególną ostrożnością oraz starannością należy się do niego przygotować.

Jak wskazał TSUE w wyroku z 10.05.2012 r., C-368/10, Komisja Europejska v. Królestwo Niderlandów, EU:C:2012:284, „specyfikacje techniczne powinny umożliwiać oferentom jednakowy dostęp do zamówienia i nie mogą powodować tworzenia nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień na konkurencję, muszą być dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić oferentom ustalenie przedmiotu zamówienia, a instytucjom zamawiającym udzielenie zamówienia, oraz powinny być jasno wskazane, aby wszyscy oferenci wiedzieli, jakie wymagania określone przez instytucje zamawiające należy spełnić”.

Według art. 99 PZP 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 oferty. Przepis ten wprowadza pozytywne przesłanki prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Opis jednoznaczny to opis precyzyjnie określony, niebudzący wątpliwości. Opis wyczerpujący to opis przedstawiający przedmiot zamówienia w sposób wszechstronny i szczegółowy (Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. Hubera Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa, 2021, art. 99 PZP).

Generalnie w przetargu nieograniczonym SWZ jest kluczowym dokumentem zamówienia. Dlatego to w SWZ powinny być wyczerpująco i precyzyjnie opisane (wyspecyfikowane) wszystkie warunki zamówienia, gdyż wykonawca, przygotowując ofertę, opiera się na tym dokumencie. Zgodnie z art. 7 pkt 29 PZP przez „warunki zamówienia” należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego (Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. Hubera Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa, 2021).

Opis winien obejmować wszelkie aspekty i czynności, jakich wykonania oczekuje zamawiający od przyszłego wykonawcy, w taki sposób, aby umożliwić mu rzetelne oszacowanie kosztów wykonania tego zamówienia, a co za tym idzie złożenie prawidłowej, obejmującej wykonanie całego wymaganego zakresu oferty (Komentarz E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 99).

Wykonawca pragnie podkreślić, że w art. 16 PZP ustanawia się zasadę, według której zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami przejrzystości i proporcjonalności. Jednocześnie art. 17 ZP stanowi, że zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Treść warunków zamówienia, w szczególności OPZ przygotowany przez Zamawiającego nie spełnia postulatów i zasad wynikających z wyżej wymienionych przepisów – z niżej opisanych względów. Ponadto, projektowane postanowienia umowne powinny rządzić się analogicznymi zasadami, być jasne, przejrzyste, niepodlegające arbitralnej ocenie czy zmianom. Zgodnie z art. 431 PZP, zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy. Art. 433 PZP wprowadza katalog klauzul abuzywnych, natomiast art. 436 PZP obligatoryjne postanowienia umowy.

Zgodnie z uzasadnieniem projektu PZP (Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 82), zasadniczym celem wskazanych regulacji jest „ograniczenie negatywnego zjawiska wskazanego w Koncepcji prawa zamówień publicznych, tj. zbyt jednostronnego kształtowania postanowień umów przez zamawiających”, oraz „wzmocnienie regulacji dotyczących fazy wykonania umowy”.

Tymczasem projekt Umowy opiewa na jednostronne i nieprecyzyjnie ukształtowane zasady realizacji zamówienia, uzależnione w wielu aspektach od niejasnych okoliczności lub arbitralnych decyzji Zamawiającego, jednocześnie przerzucając zasadniczo wszelkie ryzyka związane z jej realizacją na Wykonawcę. Wykonawca nie jest w stanie odpowiednio oszacować ryzyk, za które odpowiada, i w konsekwencji przygotować oferty na prawidłowych regułach. Nie wie także, na jakiej podstawie będzie dokonywany wybór oferty najkorzystniejszej skoro zapisy SWZ w tym zakresie są nieprecyzyjne.

Skutkiem powyższego jest w ocenie Odwołującego naruszenie szeregu zasad PZP, opisanych szczegółowo poniżej.

Zarzut z pkt II.1.a) petitum – dot. obowiązku realizacji przez Operatora (Wykonawcę) przewozów również poza granicami [REDACTED].

Zgodnie z § 1 ust. 3 Umowy: „W przypadku zawarcia przez Organizatora nowych porozumień lub dokonania nowych uzgodnień z innymi organizatorami publicznego transportu zbiorowego, a także zmiany dotychczas obowiązujących porozumień lub uzgodnień, Organizator może zlecić Operatorowi wykonywanie Przewozów również poza granicami województwa [REDACTED].”

Zgodnie z pkt 41 OPZ: „W przypadku, gdy zostanie zawarte porozumienie pomiędzy Zamawiającym, a województwem ościennym wybrany Wykonawca będzie zobowiązany do realizacji takich Przewozów wskazanych w § 1 ust 3 w wymiarze nie większym niż 30% maksymalnej pracy eksploatacyjnej w danym okresie rozliczeniowym”.

Z powyższego wynika, że Zamawiający (Organizator) może zlecić realizację przewozów poza granicami [REDACTED] w wymiarze do 30% maksymalnej pracy eksploatacyjnej w danym okresie rozliczeniowym. Jest to bardzo szeroki zakres.

Operator, kalkulując cenę ofertową, uwzględnia m.in. informacje o liniach komunikacyjnych i odcinkach, na których realizowane mają być przewozy, rozkłady jazdy na tych odcinkach, zestawienia potrzeb przewozowych ustalonych na dany okres rozliczeniowy oraz potoki pasażerskie. Jednocześnie, zgodnie z pkt XVIII SWZ Wykonawca powinien wkalkulować w cenę (brutto) wszystkie jej składniki, tj. m.in. wszystkie elementy przedmiotowego zamówienia przedstawione w SWZ ze szczególnym uwzględnieniem zasad obliczenia rekompensaty wskazanych we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 7 do SWZ oraz ewentualne ryzyko wynikające z okoliczności których nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy.

W odniesieniu do przewozów poza granicami [REDACTED], o których mowa w § 1 ust. 3 Umowy oraz pkt. 41 OPZ, których wymiar może stanowić nawet 30% maksymalnej pracy przewozowej dla danego okresu rozliczeniowego, Zamawiający w ramach Postępowania nie przekazał wykonawcom żadnych danych dotyczących ww. przewozów, tak aby ryzyka i koszty związane z realizacją takich przewozów Operator mógł uwzględnić w kalkulacji ceny. W szczególności Zamawiający w odniesieniu do ww. przewozów nie przekazał informacji odnośnie linii i odcinków na jakich przewozy miałyby być wykonywane oraz informacji odnośnie zestawienia potrzeb przewozowych, rozkładów jazdy

oraz potoków pasażerskich, a także informacji odnośnie okresu rozliczeniowego, w którym takie przewozy mogą być zlecone przez Zamawiającego (wobec czego - zważywszy choćby na treść załącznika 1A do Umowy i wymóg przedstawienia Planu finansowego na cały Okres Realizacji Zamówienia - ryzyko z nimi związane Wykonawca powinien uwzględnić dla każdego okresu rozliczeniowego).

Brak ww. informacji uniemożliwia Wykonawcy oszacowanie poziomu przychodów oraz kosztów i ryzyk związanych z realizacją tych przewozów, a w konsekwencji skalkulowania ceny zgodnie z zasadami określonymi w pkt XVIII SWZ. Wykonawca nie jest także w stanie określić właściwego zestawienia pociągów na powierzonych odcinkach, aby zapobiec przepełnieniom pojazdów (do czego obliguje go § 5 ust. 9 Umowy).

Należy nadmienić, że Zamawiający nie przewidział udzielania zamówień na usługi podobne (pkt II.5 SWZ) ani też opcji (sekcja II.2.11) ogłoszenia). Nie określił też żadnych szczegółowych zasad kalkulacji wynagrodzenia z tego tytułu, tymczasem owe max 30 % pracy eksploatacyjnej zawiera się w zakresie podstawowym pracy eksploatacyjnej. Takie działanie nie spełnia także wymogów z art. 25 ust. 3 pkt 1-2 Uptz.

Zarzut z pkt II.1.b) petitum – dot. braku danych o potokach pasażerskich

Zamawiający w ramach Postępowania nie przekazał żadnych danych dotyczących potoków pasażerskich na liniach objętych przedmiotem zamówienia. Zgodnie z art. 15 ust 1 pkt 1) Uptz, badanie i analiza potrzeb przewozowych w publicznym transporcie zbiorowym należy do zadań organizatora.

Powyższy brak uniemożliwia Wykonawcy zaplanowanie zestawienia pociągów stosownie do wielkości potoków pasażerskich, tak aby nie dochodziło do przepełnień pojazdów (ryzyko z tym związane obciąża Wykonawcę).

Jednocześnie, dokumentacja techniczna każdego pojazdu (Dokumentacja Systemu Utrzymania lub Dokumentacja Techniczno-Ruchowa) określa dopuszczalną do przewozu liczbę osób w danym pojeździe, a przepisy ustawy z dnia 15 listopada 1984 r. Prawo Przewozowe (tj. Dz.U. 2020 poz. 8) w art. 14 ust. 1 nakładają na przewoźnika obowiązek zapewnienia podróżnym odpowiednich warunków bezpieczeństwa i higieny oraz wygody i należytej obsługi. To także obowiązek umowny z § 3 ust. 2 pkt 2 lit a)-e) w zw. z §10 ust. 1 pkt 3 Umowy. W kolejnych okresach rozliczeniowych umowa wprost nakłada na Operatora obowiązek w tym zakresie: zgodnie z § 5 ust 9 Umowy *Podczas opracowania rozkładu jazdy pociągów lub jego aktualizacji Operator zobowiązany jest zaplanować zestawienie pociągu uzasadnione wielkością potoków pasażerskich lub będące wynikiem technologii przewozu (np. obiegi składów).*

Wobec powyższego, niewłaściwe zestawienie pociągów (w wyniku braku danych o potokach pasażerskich) skutkuje ryzykiem naruszenia wymogów dotyczących maksymalnej liczby pasażerów w pojeździe oraz ww. przepisów prawa przewozowego, w konsekwencji operator będzie musiał np. zwiększyć liczbę jednostek taborowych, aby sytuacji tej zapobiec.

Odwołujący wskazuje jednocześnie, że zarys rozkładu jazdy został udostępniony tylko na pierwszy okres rozliczeniowy tj. (2021/2022) i stanowi załącznik nr 1 do OPZ (pkt 6 OPZ, § 2 ust 7-9 Umowy). Zgodnie z § 2 ust 9 Umowy: *W przypadku niezgodnienia przez Strony aneksu wprowadzającego Rozkład jazdy pociągów na kolejny okres, zachowuje ważność dotychczasowy Rozkład jazdy pociągów z uwzględnieniem zmian wynikających z przyczyn niezależnych od Stron niniejszej umowy.* Ponadto, z §3 ust 2 pkt 4 Umowy wynika wprost obowiązek zamówienia przepustowości dla pociągów wskazanych przez Organizatora.

Powyższe wskazuje, że wpływ Operatora na kształt rozkładu jazdy na kolejne okresy (których jest łącznie 9) jest ograniczony. Operator nie ma więc możliwości zarządzania ryzykiem związanym z osiągnięciem zaplanowanego poziomu przychodów czy z przepełnieniem pojazdów poprzez zmianę rozkładu jazdy na kolejny okres (a co najmniej możliwości te są istotnie ograniczone).

Wobec powyższego, brak danych dotyczących potoków pasażerskich na liniach objętych przedmiotem zamówienia uniemożliwia Wykonawcy zaplanowanie zestawienia pociągów stosownie do rozkładu jazdy przygotowanego przez Zamawiającego, a w konsekwencji także właściwe określenia rezerwy taborowej, co ma znaczenie także dla kosztów realizacji usługi.

Zarzut z pkt II.1.c) petitum – dot. braku danych o przychodach

Zgodnie z § 8 ust 2 Umowy Przychody wygenerowane w związku z wykonaną Roczną Pracą Eksploatacyjną w ramach realizacji Przewozów są elementem do wyliczenia Rekompensaty w danym Okresie Rozliczeniowym.

Zgodnie z treścią załącznika 1A do Umowy (który stanowi jednocześnie załącznik 1A do oferty zgodnie z rozdziałem XII.2 SWZ), wartość przychodów związanych z realizacją zamówienia stanowi istotny element kalkulacji oferty i stawki rozliczeniowej za pierwszy Okres Rozliczeniowy, którą wykonawca wskazuje w ofercie. Zatem przygotowując ofertę wykonawca musi oszacować wysokość Przychodów, w skład których – zgodnie z zał. 1A do Umowy – wchodzi m.in: przychody związane ze sprzedażą biletów zgodnie z cennikiem, przychody związane ze sprzedażą biletów w ramach ofert handlowych, przychody pozataryfowe, przychody z tytułu efektów sieciowych.

Jednocześnie, zgodnie z § 5 ust 17 Umowy: *Wpływy z biletów stanowią przychody Operatora. Przychody te są uwzględniane przy wyliczaniu wysokości Rekompensaty, zgodnie z zasadami zawartymi w Umowie.*

Zamawiający w ramach Postępowania nie przekazał żadnych informacji odnośnie historycznych danych przychodowych na liniach objętych przedmiotem zamówienia. Okoliczność ta w powiązaniu z brakiem danych odnośnie potoków pasażerskich w konsekwencji powoduje, że wykonawca nie jest w stanie skalkulować w sposób rzetelny ceny oferty ani oszacować tak kluczowego elementu swojego wynagrodzenia, jakim są Przychody.

Ponadto Zamawiający nie określił zasad zmiany Taryfy mającej bezpośredni wpływ na Przychody z biletów. Zgodnie z zapisami Umowy decyzja co do zmiany Taryfy jest zależna od Organizatora – w tym jej obniżenie - co ma bezpośredni wpływ na osiągnięte przez Operatora przychody, za które ponosi pełne ryzyko (por. § 5 ust. 11-12 Umowy).

Zamawiający w punkcie 29 OPZ wskazuje, że *„Wykonawca jest zobowiązany do stosowania cennika biletów opracowanego zgodnie z postanowieniami załącznika nr 6 do wzoru umowy”*, gdzie wskazana jest taryfa na pierwszy okres. Jednocześnie w pkt 31 OPZ wskazano, że *„31. Zamawiający przewiduje zmianę cennika, o którym mowa w ust. 28 nie częściej niż raz w roku”*, a w zał. Nr 2 Zamawiający wskazuje, że *„.... wskaźnik wzrostu cen biletów zaproponowany przez Organizatora”*.

Oznacza to, że Operator nie zna zasady zmiany cennika, jego terminu ani podstaw, nie ma też na te zmiany wpływu, nie jest w stanie przewidzieć czy i kiedy ceny ulegną zmianie oraz jaki będzie kierunek czy wielkość tych zmian i w jakich okolicznościach wydarzą się lub nie. Oznacza to, że Operator nie jest w stanie przewidzieć w jaki sposób w kolejnych latach zmieni się cena biletu (może wzrosnąć lub spaść (wskaźnik wzrostu może mieć wartość ujemną), kiedy ona nastąpi i nie może oszacować w jaki sposób wpływające to na Planowane Przychody a tym samym na rozliczenie Rekompensaty.

Również poruszona w odwołaniu kwestia ograniczonego wpływu na Rozkład jazdy w trakcie realizacji Umowy ma znaczący wpływ na możliwość oszacowania przychodów w kolejnych okresach, a ponadto na ich realizację zgodnie z planem finansowym, co może negatywnie wpłynąć na rozliczenie i przyczyniać się do straty Operatora.

Brak ten wpływa nie tylko na realne szanse złożenia najkorzystniejszej oferty przez Odwołującego w Postępowaniu. Powoduje też istotne skutki dla ryzyka finansowego Operatora z uwagi na sposób rozliczeń oraz ograniczenie kwoty Rekompensaty do niższej z dwóch wartości: wielkości ex post albo wielkości ex ante (§ 7 ust 24 Umowy oraz pkt 4 Załącznika nr 2 do Umowy – Zasady i sposób obliczania Rekompensaty).

Zakładając hipotetycznie, że poziom kosztów się nie zmienia przy rozliczeniu Rekompensaty ex ante i ex post, to, jeśli wykonawca podejmie – wobec braku danych w

SWZ - zbyt ostrożnie do kwestii przychodów i będzie oczekiwać w związku z tym wyższej Rekompensaty jego oferta może okazać się niekonkurencyjna (wartością wyższą Rekompensaty będzie wielkość założona ex ante, czyli ta brana pod uwagę przy ocenie ofert, a wartością niższą wielkość określona ex post).

Z kolei, jeśli Wykonawca zbyt optymistycznie podejrze do kwestii przychodów i przeszacuje ich poziom, w rozliczeniu końcowym poniesie stratę (wartością niższą będzie w takim przypadku wielkość Rekompensaty założona ex ante, czyli rozliczenie będzie oparte nie o rzeczywisty poziom przychodów, ale o szacunki operatora w tym zakresie).

Nie bez znaczenia dla pozycji Przychodów jest też wiedza w zakresie wpływu stanu epidemii oraz planowanych modernizacji i zamknięć torowych na poziom przychodów – ich zakresu, terminu i czasu trwania.

Zamawiający sam wskazuje, że potrzeby przewozowe będą dopiero badane corocznie - zgodnie z pkt 6 OPZ: „ (...) *Podstawą opracowania kolejnych rozkładów jazdy pociągów będzie zestawienie potrzeb przewozowych ustalone na dany rok obowiązywania rozkładu jazdy pociągów. (...)*” - co oznacza, że Zamawiający na ten moment tych potrzeb nie zna, a jednocześnie ryzyko ich oszacowania w obecnych okolicznościach opisanych powyżej przerzuca na Operatora.

Podsumowując, Wykonawca nie mając ani danych historycznych odnośnie przychodów ani żadnych innych wskaźników (np. potoki pasażerskie), nie może oszacować poziomu przychodów (który jest elementem wynagrodzenia) oraz określić akceptowalnego poziomu własnego ryzyka w tym zakresie.

Zarzut z pkt II.1.d) petitum – dot. braku informacji odnośnie taboru Organizatora przypisanego do poszczególnych pakietów

Zgodnie z pkt. 7 OPZ: „Zamawiający prześle do wykorzystania w ramach świadczenia przewozów: 13 autobusów szynowych typu SA-106, 5 wagonów doczepnych typu SA-123 4 elektryczne zespoły trakcyjne typu ED72 oraz 6 elektrycznych zespołów trakcyjnych typu EN76 stanowiących własność [REDAKOWANE] (...)”

Zgodnie z pkt. 9 OPZ: „*Forma przekazania taboru, wysokość czynszu dzierżawnego oraz amortyzacji zawiera załącznik nr 2 do niniejszego OPZ.*”

Jednocześnie w § 6 ust 1 Umowy „*Organizator oświadcza, że jest właścicielem przedmiotów dzierżawy oraz użyczenia określonych w załączniku 4A. Tabor przekazany Operatorowi na zasadach określonych w niniejszym paragrafie może być wykorzystywany wyłącznie do realizacji przewozów objętych umową.*”

Zamawiający nie udostępnił załącznika nr 2 do OPZ, tym samym wykonawcy nie mają informacji dotyczących formy przekazania taboru objętego przedmiotem zamówienia, wysokości czynszu dzierżawnego oraz amortyzacji, co w konsekwencji uniemożliwia skalkulowanie ceny oferty.

Jednocześnie załącznik nr 4A do Wzoru Umowy („Zestawienie pojazdów szynowych będących własnością [REDAKTOWANE]”) nie zawiera żadnych danych dotyczących taboru Organizatora.

Zamawiający nie udostępnił także podstawowej dokumentacji do przeprowadzenia analizy kosztowej utrzymania pojazdów, czyli Dokumentacji Techniczno-Ruchowej pojazdów.

Wobec powyższego Wykonawca dysponuje jedynie wiedzą odnośnie typów jednostek taborowych Organizatora oraz jakie typy są przypisane do poszczególnych pakietów. Te informacje są zdecydowanie niewystarczające do skalkulowania ceny oferty.

W dokumentach zamówienia opublikowanych przez Zamawiającego brakuje informacji odnośnie:

- podstawy przekazania taboru (czy będzie to dzierżawa, czy użyczenie);
- wysokości czynszu dzierżawnego (koszt);
- planowanej lub projektowanej gotowości technicznej pojazdów Organizatora, co uniemożliwia odpowiednie zaplanowanie pojazdów do obiegu i oszacowanie rezerwy taborowej;
- informacji o podstawowym stanie technicznym i parametrach technicznych pojazdów Organizatora (np. terminy oraz przebiegi pojazdów, dla których wykonano przeglądy poziomu utrzymania P3 i P4, stanu kół oraz obręczy w zakresie najbardziej aktualnej informacji średnicy w okręgu tocznym, stanu tarcz hamulcowych w zakresie najbardziej aktualnej szerokości tarcz, informacji o statusie zbiorników powietrza zabudowanych w pojazdach podlegających przepisom dozoru TDT, zużycie energii elektrycznej (trakcyjnej) i paliwa trakcyjnego na wybranej trasie (lub wybranym odcinku referencyjnym);
- informacji o współczynnikach niezawodności pojazdów Organizatora, co uniemożliwia zaplanowanie pojazdów do obiegu i oszacowanie rezerwy taborowej.

Brak również w dokumentach zamówienia informacji odnośnie pojazdów (i ich ilości), które będą w poszczególnych okresach rozliczeniowych wyłączane z eksploatacji w celu wykonania przeglądów najwyższych poziomów zgodnie z dokumentacjami technicznymi typów pojazdów, w tym brak informacji odnośnie czasu wyłączeń dla poszczególnych pojazdów.

Zgodnie z § 6 ust 4 i 5 Umowy, szczegółowy opis taboru Organizatora będzie zawarty dopiero w protokołach zdawczo- odbiorczych przekazywanych Operatorowi w momencie

odbioru pojazdów. Dopiero wtedy zostanie też udostępniona dokumentacja pojazdów (dokumentacja konstrukcyjna dla celów eksploatacyjno-naprawczych, Dokumentacja Techniczno-Ruchowa).

Tymczasem, Zamawiający na czas przeglądów, napraw, modernizacji nie zapewnia taboru zastępczego, a wszystkie koszty utrzymania taboru są po stronie wykonawcy.

Warto nadmienić, że w pkt 19 OPZ wymaga się, że w ciągu pierwszych dwóch lat przewozy winny być realizowane taborem, który nie wymaga naprawy poziomów P4 i P5 (warunek dotyczy wyłącznie taboru Operatora). Z drugiej strony brak jest jakiegokolwiek informacji o stanie technicznym pojazdów przekazywanych przez Zamawiającego do realizacji przewozów.

Jest to działanie o charakterze nierównego traktowania, z jednej strony wymaga się od Operatora zapewnienia sprawnego taboru a z drugiej strony Zamawiający nie przekazuje danych o stanie technicznym pojazdów, które udostępnia Wykonawcy. Ponadto Zamawiający w dokumentach nie określa warunków przekazania pojazdów, nie ma informacji, czy w przypadku niesprawnego taboru Operator może odmówić jego przyjęcia, a jeżeli nie, to kto poniesie koszty zabezpieczenia przed zniszczeniem taboru niesprawnego, a przejętego ale odstawionego, w tym kto opłaci koszty torów postojowych czy koszty usprawnienia pojazdu, koszty zastępczego taboru na czas potrzebny do jego usprawnienia.

Powyższe braki uniemożliwiają również prawidłowe skalkulowanie kosztów utrzymania taboru (koszty zależne to nie tylko koszty obowiązkowych przeglądów P1-P3, ale też koszty napraw), a co za tym idzie prawidłowe przygotowanie oferty (w tym wyliczenia rekompensaty) oraz oszacowanie ryzyk. Dodatkowo, nieprecyzyjna treść zał. 2 do Umowy pkt 2.1.2 ppkt 6a-d) z jednej strony wyłącza (pkt 6a) z kosztów zależnych utrzymania i eksploatacji przeglądy poziomu od 1 do 5, z drugiej strony (pkt 6b)-d) koszty te są wskazane jako zależne.

Ponadto, powyższe braki naruszają, art. 25 ust. 3 pkt 17-19 Uptz, zgodnie z którym umowa o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego powinna określać m.in. warunki korzystania ze środków transportu organizatora, jeżeli są udostępnione operatorowi, warunki wykorzystywania środków transportu w zależności od natężenia ruchu pasażerów, czy warunki zakupu przez operatora środków transportu niezbędnych do realizacji usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego.

Zarzut z pkt II.1.e) petitum – dot. zobowiązania do przejęcia dodatkowego taboru Organizatora

Zgodnie z pkt 21 OPZ: „Zamawiający zastrzega sobie prawo do przekazania dodatkowego taboru Wykonawcy, który jest zobowiązany do jego przyjęcia (dotyczy wszystkich pakietów). Ilość i rodzaj taboru, zostaną uzgodnione z Wykonawcą w drodze porozumienia które regulować będzie w szczególności ilość i parametry techniczne taboru jaki ma zostać przekazany oraz planowany termin i sposób jego przekazania Operatorowi, który nie może odmówić przyjęcia taboru objętego porozumieniem. Zamawiający poinformuje Wykonawcę o ilości i rodzaju taboru, o którym mowa w niniejszym ustępie co najmniej pół roku przed planowanym jego przekazaniem.”

Jednocześnie w świetle § 6 ust 7 Umowy: „Organizator zastrzega sobie prawo do przekazania dodatkowego taboru Operatorowi (w formie użyczenia lub dzierżawy) w dowolnym okresie obowiązywania umowy, Operator jest zobowiązany do jego przyjęcia na warunkach wynikających z Umowy.”

Z powyższych postanowień wynika obowiązek Operatora przyjęcia taboru Organizatora, tymczasem w dokumentach zamówienia brak niezbędnych danych do oszacowania ryzyk i kosztów związanych z przekazywanym, dodatkowym taborem. W szczególności brakuje informacji dotyczących:

- formy prawnej przekazania dodatkowego taboru Wykonawcy (dzierżawa, użyczenie, inna forma),
- informacji czy przekazanie ma być odpłatne (i na jakich warunkach) czy nieodpłatne,
- typu, rodzaju taboru i kosztów jego eksploatacji oraz utrzymania.

Powyższe braki uniemożliwiają prawidłowe skalkulowanie kosztów związanych z zobowiązaniem Wykonawcy do przejęcia dodatkowego taboru, w tym prawidłowe kalkulowanie ceny ofertowej.

Podkreślenia wymaga, iż Postępowanie wymaga przygotowania planów finansowych na najbliższe 9 lat. Powyższe zapisy przenoszą całkowite ryzyko na Operatora, przy dowolności zamówienia pojazdów przez Zamawiającego (przykładowo, gdy Zamawiający przekaze nowy tabor przy braku wyliczenia jego kosztów w danym okresie rozliczeniowym). Zmiany technologiczne w transporcie kolejowym postępują dość szybko i obecnie nie sposób wskazać w przyszłości, jakie mogą być koszty utrzymania takich pojazdów bez szczegółowej wiedzy o typie, rodzaju, zastosowanych technologiach i dokumentacji określającej proces utrzymania.

Zarzut z pkt II.1.f) petitum – dot. wymogów dotyczących przesuwania taboru między pakietami, odsetka taboru z urządzeniem schładzającym lub klimatyzacją oraz możliwości zmian w taborze

Zamawiający w § 5 ust 6 Umowy wskazuje, że pojazdy są przypisane enumeratywnie do pakietu, niemniej jednak Operator może przesuwać tabor pomiędzy pakietami z zachowaniem zasady zastępstwa na ten sam typ. Ograniczenie do tego samego typu jest nieuzasadnione, szczególnie, gdy w § 5 ust. 9 Umowy Zamawiający wymaga od Operatora dostosowania taboru do potoków pasażerskich. W związku z powyższym Operator powinien mieć możliwość reagowania na np. zwiększone potoki pasażerskie zwiększając liczbę miejsc w pojeździe na danym kursie. Wiąże się to z wymianą taboru na inny typ. Obecne zapisy są sprzeczne, z jednej strony Operator ma zapewnić zestawienia pojazdów adekwatnie do zapotrzebowania podróżnych, a z drugiej nie ma możliwości wymiany taboru na większy aby wyeliminować przepełnienia (lub mniejszy, jeśli mniejsze potoki).

W Umowie w § 5 ust 6 jest mowa o możliwości zamiany taboru na ten sam typ i standard, podczas gdy w pkt 10 OPZ Zamawiający wskazuje, że w szczególnie uzasadnionych przypadkach dopuszcza się możliwość stosowania innego typu taboru wyłącznie po uzyskaniu zgody Zamawiającego. Zapis w § 5 ust 6 Umowy powinien zostać zmodyfikowany w taki sposób, aby Operator mógł dokonywać zmian taboru na pociągach, które tego wymagają

z zachowaniem nie pogorszenia warunków podróżowania w zakresie dostępności miejsc w pociągu. Jednocześnie powinien być on tożsamy z zapisami w OPZ.

Zamawiający § 5 ust 3 Umowy wskazuje, że odsetek taboru, którym będą wykonywane Przewozy na podstawie umowy winien być wyposażony w urządzenia schładzające lub klimatyzację. W pkt 13 OPZ wskazano niniejsze procenty na poziomie od 80% do 100% (w zależności od pakietu). Biorąc pod uwagę powyższe, nie wyjaśniono czy do ww. wskaźnika należy brać pod uwagę pojazdy stanowiące rezerwę taborową dla danego pakietu, co znaczy „urządzenia chłodzące”. Dodatkowo wymaga się od Operatora zapewnienia odpowiedniego standardu w zakresie dostosowania pojazdów do wielkości potoków podróżnych na linii.

W ocenie Odwołującego, dokumentacja przetargowa zawiera zbyt dużo niejasności, wprowadza dowolną interpretację oraz prowadzi do ograniczenia konkurencji (mniej podmiotów może złożyć ofertę). W ocenie Odwołującego Zamawiający, znając realia rynku taborowego i krótkie terminy, powinien mieć świadomość, że spełnienie tego warunku mając na względzie termin rozpoczęcia świadczenia usług wynikający z SWZ jest nierealne.

W § 5 ust 5 Umowy Zamawiający wskazuje jednocześnie odstępstwo od zapisanych w § 5 ust. 1-4 wymagań jakościowych, wskazując, że „nie dotyczą taboru wprowadzonego do realizacji Przewozów na krótki określony okres czasu po uzyskaniu zgody Organizatora”. Nie mniej jednak Zamawiający nie definiuje stwierdzenia „krótki okres czasu”, co może prowadzić do dowolnej interpretacji, arbitralnych rozstrzygnięć Zamawiającego i nadużyć.

Ponadto, w § 6 ust. 13 Umowy wskazuje się na możliwość realizacji zmian, poprawek, udoskonaleń i przeróbek jakie mogą wystąpić w pojazdach szynowych udostępnionych ale jedynie za zgodą Zamawiającego, nie mniej jednak nie definiuje co rozumie przez pojęcie zmian, poprawek, udoskonaleń i przeróbek, jakie mogą wystąpić w pojazdach szynowych udostępnionych przez Organizatora Operatorowi. Istotą procesu utrzymania pojazdów jest to, że w jego toku często dokonuje się zmian, poprawek, czy udoskonaleń w celu podniesienia

wskaźników eksploatacyjnych czy poprawy oferty dla Pasażerów. Ponadto Zamawiający nie wskazuje w jakim terminie winien wyrazić zgodę bądź nie na wprowadzenie zmian. Brak takiego zapisu może prowadzić do nieuzasadnionego przedłużenia wyłączenia pojazdu z ruchu (w oczekiwaniu na decyzję Zamawiającego), co może powodować w skrajnym przypadku do braku taboru i konsekwencje w realizacji przewozów, za które Operator płaci kary.

Zarzut z pkt II.1.g) petitum – dot. braku prawidłowego rozkładu jazdy

Zgodnie z pkt 6 OPZ: *„Rozkład jazdy pociągów 2021/2022 jest załącznikiem nr 1 do niniejszego opisu przedmiotu zamówienia. Podstawą opracowania kolejnych rozkładów jazdy pociągów będzie zestawienie potrzeb przewozowych ustalone na dany rok obowiązywania rozkładu jazdy pociągów. (...)”*

Zamawiający opublikował rozkład jazdy pociągów 2021/2022 dopiero w dniu 20 września 2021 Załącznik nr 1 (a więc 3 dni po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu, które miało miejsce w dniu 17 września 2021 r.). Opublikowany rozkład jazdy nie spełnia jednak wymogów rozkładu jazdy w rozumieniu przepisów Rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 10 kwietnia 2012 r. w sprawie rozkładów, w szczególności § 3 ust. 1 pkt 3) i pkt 7 tego rozporządzenia. Opublikowany rozkład jazdy jest wykazem połączeń z korespondencji pomiędzy PKP PLK a aplikantem wniosków, a nie rozkładem jazdy w rozumieniu ww. rozporządzenia.

Załącznik nr 1 – rozkład jazdy - w obecnej formie nie stanowi dokumentu, na podstawie którego Wykonawca może opracować obiegi taboru, co więcej brak w nim informacji o stacjach pośrednich, na których ma zatrzymać się dany pociąg, co wpływa na koszty i w konsekwencji na kalkulację ceny oferty.

Treść udostępnionego rozkładu jazdy zawiera tylko niektóre z koniecznych danych, tj.: godziny odjazdu/przyjazdu ze stacji początkowej do stacji końcowej, podania stacji początkowej/końcowej, termin kursowania pojazdu trakcyjnego. Brakuje natomiast następujących danych:

- brak stacji pośrednich,
- czas postoju na stacjach pośrednich.

Ponadto, w treści rozkładu jazdy znajdują się dodatkowe opisy, które są całkowicie niezrozumiałe, np. „zarządzone, zafakturowane; nie przydzielona trasa, odrzucone przez konstruktora, trasa nie przydzielona” (Załącznik 1-1 z Rj dla pakietów spalinowych).

Nadto wielkości pracy eksploatacyjnej wynikającej z załącznika nr 1 w porównaniu z wielkością pracy eksploatacyjnej wynikającej z tabeli w pkt 4 OPZ wykazują znacznie większe odchylenia na pracy eksploatacyjnej na poszczególnych pakietach w poszczególnych okresach rozliczeniowych, określonych w tej tabeli, niż dopuszczalne (+/- 5%) - nawet do 22% in plus (na przykład w pakiecie G) oraz 13,1% in minus na pakiecie F.

Dodatkowo brak podstawowych danych odnośnie rozkładów jazdy na kolejne okresy rozliczeniowe uniemożliwia rzetelne zaplanowanie kosztów realizacji zamówienia oraz Przychodów i uwzględnienia ich w ofercie i Planie Finansowym na kolejne lata.

Zgodnie z § 2 ust 9 Umowy przewiduje współpracę w zakresie tworzenia rozkładu jazdy na kolejne okresy:

„Strony dołożą wszelkich starań, by aneksy zawierające kolejne uzgodnione Rozkłady jazdy, były wprowadzane przed rozpoczęciem okresu, którego dotyczą. W przypadku niezgodnienia przez Strony aneksu wprowadzającego Rozkład jazdy pociągów na kolejny okres, zachowuje ważność dotychczasowy Rozkład jazdy pociągów z uwzględnieniem zmian wynikających

z przyczyn niezależnych od Stron niniejszej umowy”.

Z drugiej jednakże w § 3 ust. 4 jasno wskazuje że Operator ma obowiązek: „*składania wniosków o przydzielenie zdolności przepustowej dla pociągów wskazanych przez Organizatora i ich uzgadniania z Zarządcą, z uwzględnieniem Rozkładu Jazdy*”, co oznacza, że de facto Operator musi Zarządcy przekazać rozkład jazdy wskazany przez Organizatora, który to może go sobie dowolnie kształtować, podczas gdy pełne ryzyko jego realizacji – zarówno koszty jak i przychody z tego tytułu są po stronie Operatora.

Wobec tego Odwołujący wnosi o uszczegółowienie zasad współpracy w zakresie tworzenia i wdrożenia rozkładów jazdy na kolejne okresy w sposób umożliwiający

Operatorowi - jako podmiotowi ponoszącemu ryzyko realizacji kontraktu zarówno w kwestii ponoszonych kosztów jak i osiągnięcia planowanych przychodów.

Powyższe braki w rozkładzie jazdy, który jest dokumentem kluczowym dla Wykonawcy do przygotowania oferty, uniemożliwia rzetelne skalkulowanie ceny oferty. Rozkład jazdy rzutuje m.in. na przychody, koszty, obowiązki operatora związane z właściwym zestawieniem pojazdów, zatrudnieniem czy zaplanowaniem wielkości rezerwy taborowej.

Zarzut z pkt II.1.h) petitum – dot. koszty audytu i zasad wyboru audytora

Treść § 9 ust 1 Umowy przewiduje, że: *„Organizator w terminie 30 dni od złożenia przez Operatora Rozliczenia Rocznego wybiera Audytora i zleca mu na koszt Operatora sprawdzenie rocznego Rozliczenia Rocznego Rekompensaty, w zakresie zgodności z postanowieniami Umowy i przepisami prawa, w szczególności z właściwymi przepisami UE”.*

Zamawiający w ramach Postępowania nie przekazał żadnych informacji odnośnie maksymalnego poziomu kosztów audytu, które to informacje są istotne z punktu widzenia kalkulacji ceny oferty.

Ponadto z uwagi na fakt, że to Zamawiający decyduje o wyborze Audytora (Operator nie ma wpływu na wybór audytora), Wykonawca tym bardziej nie ma żadnego wpływu na wysokość kosztu audytu, który musi uwzględnić w cenie oferty. Co więcej, koszt Audytora powinien być zakwalifikowany do Kosztów Niezależnych i uwzględniony w kosztach branych pod uwagę przy liczeniu Rekompensaty (ex ante i ex post) w wartościach rzeczywistych.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz fakt, że audyt jest wiążący dla Wykonawcy, niezbędne jest wskazanie przez Zamawiającego z jakiego kręgu osób audytor będzie wybierany, jakie musi spełniać kwalifikacje i jak będzie zapewniona jego bezstronność/brak wcześniejszych powiązań z Organizatorem. Zapisy umowy nie przewidują możliwości odwołania od opinii audytora i procedury postępowania w takiej sytuacji.

Ponadto, Audytor wybierany przez Organizatora powinien się kierować zgodnością z Rozporządzeniem 1370/2007. Jednakże, ani Umowa ani inne dokumenty nie wskazują jakie konkretnie postanowienia Rozporządzenia 1370/2007 mają zastosowanie i są wiążące dla audytora oraz jak zostanie zapewniona kontynuacja przyjętych założeń co do interpretacji tych przepisów w zakresie rekompensaty objętej tym postępowaniem. Brak też określenia w Umowie w jaki sposób zostanie zapewniona bezstronność audytora, który jako podmiot wybierany przez Zamawiającego, ma weryfikować rozliczenia Operatora w zakresie Rekompensaty ex post.

W ocenie Odwołującego wybór audytora powinien być wspólny, a jego koszt powinien być zaliczony do kosztów niezależnych.

Zarzut z pkt II.1.i) petitum – dot. przesunięcia terminu rozpoczęcia świadczenia usług i Okresu Rozliczeniowego

Brak zapisów w SWZ regulujących kwestie związane z przesunięciem terminu rozpoczęcia świadczenia usług poza termin początkowy wskazany w pkt III SWZ i w Umowie (12 grudnia 2021 r.), w przypadku np. przedłużania się procedury związanej z wyborem oferty najkorzystniejszej. Brak jakichkolwiek postanowień dotyczących tego, w jakim okresie po zawarciu Umowy wykonawca będzie musiał rozpocząć świadczenie usług przewozowych.

Okres Rozliczeniowy jest zdefiniowany w Umowie w następujący sposób:

Definicje pkt 6 - Okres Rozliczeniowy – okres obejmujący roczny Rozkład Jazdy Pociągów, zaczynający się i kończący się zgodnie z niżej wskazanymi terminami: (...).

Poszczególne okresy rozliczeniowe oraz okres realizacji przewozów jest więc określony datami sztywnymi wyznaczonymi przez okresy obowiązywania poszczególnych rocznych rozkładów jazdy. Treść § 17 Umowy także nie przewiduje zmiany Umowy w przypadku braku możliwości zawarcia Umowy w terminie. Tymczasem przesunięcie terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia w obrębie danego Okresu Rozliczeniowego ma wpływ na plan finansowy. Z punktu widzenia Wykonawcy i kalkulacji oferty nie jest obojętne w jakim momencie danego Okresu Rozliczeniowego wykonawca rozpocznie świadczenie usług oraz jaki będzie ostatecznie okres realizacji zamówienia – czy będzie to 9 lat, jak wynika z SWZ, czy może okres ten będzie skrócony z uwagi na późniejszy termin rozpoczęcia świadczenia usług.

Brak ten stanowi zatem istotną wadę dokumentacji Postępowania, która powinna zostać odpowiednio uzupełniona o określenie zasad przesunięcia terminu rozpoczęcia świadczenia usług i Okresu Rozliczeniowego.

Zarzut z pkt II.1.j) petitum – dot. definicji Rekompensaty

Definicja pkt 15 - Rekompensata – oznacza kwotę wynagrodzenia należną Operatorowi z tytułu realizacji Przewozów. Rekompensata jest obliczana i wypłacana zgodnie z postanowieniami Umowy, w tym zgodnie z załącznikiem nr 2 do Umowy. Rekompensata jest kalkulowana zgodnie z przepisami, w tym postanowieniami Rozporządzenia 1370/2007, przy uwzględnieniu Kosztów, Przychodów oraz Rozsądnego Zysku; przy obliczaniu

wysokości Rekompensaty w sposób odpowiedni uwzględnia się każdą korzyść przyznaną Operatorowi bezpośrednio lub pośrednio z funduszy publicznych i związaną z realizacją Przewozów.

Zamawiający nie wskazuje konkretnych przepisów Rozporządzenia 1370/2007, które mają zastosowanie do określenia parametrów rekompensaty określonych w Umowie. Przepisy Rozporządzenia 1370/2007 nie regulują w sposób jednolity wymogów dotyczących rekompensaty. Zgodnie z art. 4 ust 1 Rozporządzenia 1370/2007 w odniesieniu do zamówień udzielanych w trybach niekonkurencyjnych parametry, wg których określone są parametry rekompensaty uregulowane są w sposób bardziej szczegółowy, zarówno w treści ww. przepisu jak i załącznika do Rozporządzenia 1370/2007.

Sposób, w jaki zamawiający określa parametry rekompensaty bliższy jest właśnie wymogom stawianym przy zamówieniach bezpośrednich, w których jest to uzasadnione ryzykiem powstania nadrekompensaty. W trybach konkurencyjnych ryzyko takie jest w zasadzie wyeliminowane przez działanie mechanizmów rynkowych co zostało wyrażone w Wytycznych do rozporządzenia 1370/2007: pkt 2.4.1. „Otwarta, przejrzysta i niedyskryminująca procedura przetargowa, w rozumieniu art. 5 ust. 3, prowadzi do ograniczenia do minimum wysokości rekompensaty ze środków publicznych, którą właściwe organy będą musiały wypłacić usługodawcy, aby uzyskać poziom usług publicznych wymagany w ramach przetargu, a tym samym zapobiega przyznawaniu nadmiernych rekompensat. W takim przypadku nie ma potrzeby stosowania szczegółowych zasad dotyczących rekompensaty określonych w załączniku.” Oraz w punkcie 2.4.3. „... jeśli dla danej usługi istnieje ogólnie przyjęte wynagrodzenie rynkowe, stanowi ono najlepszą wartość odniesienia przy ustalaniu rekompensaty w przypadku braku przetargu”

Określenie, jakie konkretnie przepisy mają zastosowanie do rekompensaty w umowie ma znaczenie w kontekście postanowień § 9 ust 1 Załącznika nr 7 do SWZ, zgodnie z którym *Organizator (...) wybiera Audytora i zleca mu na koszt Operatora sprawdzenie rocznego Rozliczenia Rocznej Rekompensaty, w zakresie zgodności z postanowieniami Umowy i przepisami prawa, w szczególności z właściwymi przepisami UE.*

W ocenie Odwołującego powyższe stanowi także o naruszeniu art. 436 pkt 2 PZP, zgodnie z którym umowa zawiera warunki wypłaty wynagrodzenia. Wykonawcy powinni mieć pełną jasność co do zasad rozliczenia rekompensaty, zwłaszcza, iż wynik audytu może mieć wpływ na wysokość płatności. Powyższy obowiązek potwierdza także treść art. 25 ust. 3 pkt 15 Uptz (wymóg określenia w umowie sposobu, w jaki obliczana jest rekompensata) a także art. 4 ust. 2 lit b) (i) Rozporządzenia 1370/2007, zgodnie z którym umowy o świadczenie usług

publicznych oraz zasady ogólne określają uprzednio, w sposób obiektywny i przejrzysty parametry, według których obliczane są ewentualne rekompensaty.

Nie powielając szczegółowego uzasadnienia zarzutów dotyczących rekompensaty z ad. II.2.e) petitum, Odwołujący wskazuje, że obecna konstrukcja kalkulacji rekompensaty, dająca Organizatorowi możliwość jednostronnej decyzji co do jej wysokości na podstawie kalkulacji ex post i ex ante oznacza przerzucenie na Operatora pełni ryzyk finansowych faktycznie realizowanych przewozów oraz ich odchylenia od planu (pomimo braku pełnej możliwości wpływu na plan). Oznacza to takie ukształtowanie odpowiedzialności Stron, w której to Operator ponosi ryzyko finansowe realizacji przewozów i nie ma możliwości uzyskania pokrycia pełni ponoszonych kosztów i ryzyk.

Zarzut z pkt II.1.k) petitum – dot. braku nt. planowanych zamknięć torowych

Zgodnie z par. 2 ust. 3 Umowy, Organizator ma prawo zmniejszenia wielkości założonej pracy eksploatacyjnej w sytuacji zamknięcia linii kolejowej lub jej części przez zarządcę infrastruktury lub inny organ.

Organizator nie przekazał jednak informacji na temat planowanych zamknięć torowych, ich zakresów i terminów. Ze względu na ogromny wpływ ewentualnego zmniejszenia pracy eksploatacyjnej, lub jej wręcz zawieszenia na jakiś okres czasu (zamknięcie na czas modernizacji jednotorowej linii, która może być jedyną linią komunikacyjną w danym pakiecie może powodować konieczność zawieszenie wszystkich przewozów w danej umowie na okres kilkunastu miesięcy), informacje te mają kolosalny wpływ na oszacowanie oferty. Brak także informacji czy stawka kosztów zależnych pozostaje rozliczona na poziomie planowanych pociągo-kilometrów utrzymana.

Zarzut z pkt II.1.l) petitum – niedokładnego określenia zakresu ubezpieczenia taboru

§ 6 ust 30 Umowy opisuje wymagania dotyczące ubezpieczenia Taboru Zamawiającego, określając to ubezpieczenie jako „ubezpieczenie od wszelkich ryzyk” jednocześnie wymieniając poszczególne ryzyka, które są wymagane do pokrycia, zostawiając jednak ten katalog otwarty poprzez umieszczenie na końcu dopiski „itp.” Co oznacza, że takim przypadku nie do końca jest jasne co jeszcze Operator powinien ubezpieczyć w tym zakresie?

Przy takim szeroko sformułowanym zakresie z doświadczenia Operatora rynek ubezpieczycieli w Polsce nie będzie w stanie przygotować oferty a Ubezpieczyciele nie będą chętni do przejęcia takiego ryzyka w ramach ubezpieczenia CASCO. Ponadto biorąc pod

uwagę, że konstrukcja umowy przerzuca na Operatora ryzyka i koszty awarii taboru, nie jest konieczne dodatkowe wymaganie ich ubezpieczenia.

Zamawiający ponadto nie precyzuje w jakiej wartości tabor powinien zostać ubezpieczony co jest podstawowym wymogiem dla Ubezpieczyciela do przygotowania oferty co uniemożliwia skalkulowanie kosztu ubezpieczenia, a więc przygotowania oferty.

Odwołujący wnosi zatem o ograniczenie zakresu ubezpieczenia Casco do zakresu stosowanego na rynku to jest „ubezpieczenie od ryzyk nazwanych o charakterze zewnętrznym” takich jak wypadki, pożary, zalania, powodzie (z pominięciem awarii), które są dostępne na rynku oraz do podania danych umożliwiających przygotowanie oferty na ubezpieczenia w tym wartość pojazdów które mają być ubezpieczone oraz ich wszystkich danych.

Zarzut z pkt II.1.m) petitum – dot. niejasnych zasad określenia kapitału zaangażowanego i rozsądnego zysku

Załącznik nr 2 do Umowy w punkcie 2.3 określa, że wartość rozsądnego zysku liczona będzie od wartości kapitału zaangażowanego. Zgodnie z przedstawioną w załączniku definicją, określa się, że w skład kapitału zaangażowanego zalicza się majątek trwały i kapitał obrotowy w części dotyczącej usług świadczonych zgodnie z Umową. Z kolei majątek trwały

w załączniku nr 2 określony został jako suma wartości taboru operatora oraz wartości pozostałego majątku trwałego.

Zgodnie z definicją zawartą w załączniku nr 2 wartość pozostałego majątku trwałego (W. Poz.MT) to część wartości netto pozostałych składników majątkowych (innych niż tabor), stanowiących własność Operatora, odpowiadająca ich wykorzystaniu do przewozów objętych niniejszą Umową. Definicja ta nie jest precyzyjna i może nasuwać interpretację, że do pozostałej wartości majątku trwałego należy zaliczyć jedynie wartość netto rzeczowych aktywów trwałych podczas gdy zgodnie z przepisami o rachunkowości Majątek trwały to aktywa trwałe przedsiębiorstwa, do których poza rzeczowymi aktywami trwałymi, zalicza się także wartości niematerialne i prawne, należności długoterminowe, inwestycje długoterminowe oraz długoterminowe rozliczenia.

W ocenie Odwołującego, zawarta w Załączniku 2 do Umowy definicja pozostałego majątku trwałego nie jest jasna a jej interpretacja nasuwa wniosek, że jest niezgodna z zawartą w ustawie o rachunkowości definicją aktywów trwałych. Zgodnie z art. 3 ust 1 pkt 12 oraz 14 ustawy o rachunkowości, ilekroć w ustawie jest mowa o:

- 12) aktywach – rozumie się przez to kontrolowane przez jednostkę zasoby majątkowe o wiarygodnie określonej wartości, powstałe w wyniku przeszłych zdarzeń, które spowodują w przyszłości wpływ do jednostki korzyści ekonomicznych;
- 13) aktywach trwałych – rozumie się przez to aktywa jednostki, które nie są zaliczane do aktywów obrotowych, o których mowa w pkt 18;

Z kolei Art. 3 ust 1 pkt 18 definiuje aktywa obrotowe:

ilekroć w ustawie jest mowa o:

- 18) aktywach obrotowych – rozumie się przez to tę część aktywów jednostki, które w przypadku:
 - a) aktywów rzeczowych, o których mowa w pkt 19 – są przeznaczone do zbycia lub zużycia w ciągu 12 miesięcy od dnia bilansowego lub w ciągu normalnego cyklu operacyjnego właściwego dla danej działalności, jeżeli trwa on dłużej niż 12 miesięcy,
 - b) aktywów finansowych, o których mowa w pkt 24 – są płatne i wymagalne lub przeznaczone do zbycia w ciągu 12 miesięcy od dnia bilansowego lub od daty ich założenia, wystawienia lub nabycia, albo stanowią aktywa pieniężne,
 - c) należności krótkoterminowych – obejmują ogół należności z tytułu dostaw i usług oraz całość lub część należności z innych tytułów niezaliczonych do aktywów finansowych, a które stają się wymagalne w ciągu 12 miesięcy od dnia bilansowego,
 - d) rozliczeń międzyokresowych – trwają nie dłużej niż 12 miesięcy od dnia bilansowego.

Odwołujący wnosi zatem o doprecyzowanie użytych stwierdzeń i uspoźnienie ich z Ustawą o rachunkowości w zakresie definicji aktywów trwałych do wyliczenia kapitału zaangażowanego poprzez zastąpienie w formule kapitału zaangażowanego zwrotu „majątek trwały” zwrotem ”aktywa trwałe” zgodnie z ustawą o rachunkowości.

Zarzut z pkt II.1.n) petitum – dot. minimalnych wielkości pracy eksploatacyjnej

Zgodnie z par. 2 ust. 3 Umowy, Organizator zastrzega sobie prawo do zmniejszenia wielkości założonej pracy eksploatacyjnej określonej w ust. 2 w sytuacji zamknięcia linii kolejowej lub jej części przez zarządcę infrastruktury lub inny organ do tego uprawniony np. z uwagi na jej remont lub modernizację lub gdy linia lub jej część w wyniku innych obiektywnych, niezależnych od stron umowy okoliczności nie nadaje się do świadczenia na niej usług w zakresie kolejowych przewozów pasażerskich. W innych okolicznościach zmniejszenie wielkości założonej pracy eksploatacyjnej określonej w ust. 2, możliwe jest jedynie za obopólną zgodą stron. Zmniejszenie wielkości założonej pracy eksploatacyjnej

określonej w ust. 2 nie powoduje zmiany całkowitej stawki kosztów zależnych dopłaty do Pociągokilometra.

Zamawiający nie określił zatem żadnej minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, która przy zastosowaniu tego postanowienia na pewno zostanie zlecona wykonawcy. Stanowi to klauzulę abuzywną z art. 433 pkt 4 PZP oraz narusza art. 99 ust. 1 i ust. 4 PZP.

Ponadto, wskazać należy również, że dla części I w OPZ podane są roczne wielkości planowanej pracy eksploatacyjnej, jednak praca eksploatacyjną w rozkładzie jazdy na pierwszy okres rozliczeniowy wg dokumentów zamówienia jest równa 0, a w tabelach dotyczących planu pracy na kolejne lata zgodnie z danymi w OPZ istnieje informacja „realizacja pakietu I jest warunkowana dostępnością tras u zarządcy infrastruktury kolejowej” co zupełnie uniemożliwia przygotowanie czy złożenie oferty na ten pakiet. W związku z tym konieczne są informacje co do danych dotyczących pakietu I, w tym czy realizacja usług w tej części będzie możliwa, w jakim okresie i jakim zakresie.

Zarzut z pkt II.1.o) petitum – dot. okresu przejściowego na wyposażenie pojazdów w toalety dla niepełnosprawnych

Zgodnie z pkt 17 OPZ, w każdym uruchamianym przez Wykonawcę pociągu winna znajdować się przynajmniej jedna toaleta dostępna dla osób niepełnosprawnych. Zamawiający znając realia rynkowe powinien zdawać sobie sprawę z tego, jak bardzo rygorystyczny jest ten wymóg, biorąc pod uwagę termin rozpoczęcia świadczenia usług. Wobec powyższego naruszony został art. 99 ust. 4 PZP w zw. z art. 16 ust. 1 PZP poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję polegający na wprowadzeniu wymogu wyposażenia pojazdów w urządzenia niedostępne dla większości pojazdów a spełniających zgodność z przepisami prawa (toaleta dla niepełnosprawnych), bez dodatkowego okresu przejściowego na spełnienie tego wymogu.

Zarzuty dotyczące niedozwolonych projektowanych postanowień Umowy i rażącego naruszenia równowagi kontraktowej – ad. pkt II.2 petitum

Zgodnie z filozofią nowego PZP, jednostronne kształtowanie postanowień umownych przez zamawiających ma niekorzystny wpływ na efektywność wydatkowania środków publicznych oraz konkurencyjność. Paradoksalnym skutkiem takiego działania jest niekorzystny wpływ na efektywność wydatkowania środków publicznych, przez wyższe ceny wskazywane przez wykonawców uwzględniające koszt nieproporcjonalnego ryzyka po ich stronie, a także zmniejszanie konkurencyjności postępowań, przez rezygnację potencjalnych

wykonawców z udziału w postępowaniach o udzielenia zamówienia publicznego (Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 82. Komentarz E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 431).

Dlatego PZP zawiera szereg przepisów odnoszących się do treści umowy i jej wykonania. Zgodnie z ogólną zasadą współpracy z art. 431 PZP celem zamówienia jest jego należyta realizacja, do czego powinny dążyć obie strony. Nie sprzyjają tej zasadzie klauzule przyznające dużą arbitralność Zamawiającemu oraz obciążające wszelkimi ryzykami wykonawcę.

Ponadto art. 433 PZP określający tzw. klauzule abuzywne, został wprowadzony w celu ograniczenia praktyk zamawiających polegających na kształtowaniu postanowień umów w sposób zabezpieczający wyłącznie ich interesy bez należytego ich wyważenia z interesami wykonawców. Na uwagę zasługuje zwłaszcza zakaz karania wykonawcy za zachowanie niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem oraz zakaz odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający (art. 433 pkt 2-3 PZP).

Do postanowień umowy mają także zastosowanie naczelne reguły postępowania z art. 16 i 17 PZP, zwłaszcza zasada przejrzystości, uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz efektywności. Wyrazem zasady przejrzystości jest również to, że wymagania zamawiającego są formułowane jasno i jednoznacznie. Umowy w sprawie zamówienia publicznego powinny być także interpretowane i rozstrzygane w oparciu o przepisy Kc (KIO 1585/19), z wykorzystaniem instytucji cywilnoprawnych, w tym zakazu nadużywania prawa .

Zgodnie z art. 27 ust. 2 Uptz, Organizator ponosi odpowiedzialność za pogorszenie warunków realizowania umowy o świadczenie usług publicznych w zakresie publicznego transportu zbiorowego oraz szkody poniesione przez operatora spowodowane zmianami w planie transportowym.

Projektowane postanowienia Umowy nie tylko tych zasad nie odzwierciedlają, ale są z nimi wprost sprzeczne, obciążając wykonawcę wszelkimi ryzykami (w tym ryzyko przychodowe, ryzyko wyłączenia tras, sposób liczenia rekompensaty ex ante i ex post, taboru, kosztów, itp).

Zamawiający naruszył art. 431 PZP, art. 433 pkt 1-3 PZPz, art. 5 kc, art. 3531 kc, w związku z art. 8 ust. 1 PZP, art. 16 pkt 1-3 PZP oraz art. 17 ust. 1 PZP a także w zw. z art. 27 ust. 3 Uptz, poprzez ukształtowanie treści SWZ w zakresie projektowanych postanowień Umowy wskazanych w niniejszym odwołaniu, w sposób rażąco naruszający równowagę kontraktową stron, przerzucający na wykonawców niemożliwe do oszacowania ryzyka kontraktowe, poprzez nieprecyzyjne lub rażąco niekorzystne dla wykonawców postanowienia umowy,

zniechęcający wykonawców do składania ofert w Postępowaniu – a w konsekwencji – ograniczając konkurencję, sprzeciwiający się naturze stosunku zobowiązaniowego.

W orzecnictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że *„zasada swobody zamawiającego w kształtowaniu postanowień umownych nie jest nieograniczona. Ustalenie przez zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 353^[1] KC oraz klauzula generalna z art. 5 KC. O naruszeniu reguł sprawiedliwościowych można mówić wówczas, gdy dysproporcja wartości wzajemnych świadczeń jest rażąca. Postanowienia umowne podlegają ocenie co do sprzeczności z naturą stosunku zobowiązaniowego, który mają regulować lub braku zgodności z zasadami współżycia społecznego przez, przede wszystkim nieznajdujące odzwierciedlenia w realnych potrzebach zamawiającego, rozłożenie ryzyk kontraktowych, czy brak ekwiwalentności świadczeń”* (wyrok z 10 maja 2019 r. sygn. akt KIO 693/19)

Zamawiający w nierówny sposób konstruując podział ryzyk a ponadto ograniczając rozsądny zysk, narusza również Rozporządzenie 1370/2007 w zakresie braku możliwości rekompensaty ponoszonych ryzyk. Zgodnie z Wytycznymi do 1370/2007 pkt 2.4.3:

„Zgodnie z załącznikiem przez „rozsądny zysk» należy rozumieć stopę zwrotu z kapitału, która w danym państwie członkowskim uznawana jest za normalną dla tego sektora i w której uwzględniono ryzyko lub brak ryzyka ingerencji organu publicznego ponoszone przez podmiot świadczący usługi publiczne”.

„W każdym przypadku w celu ustalenia odpowiedniego poziomu rozsądnego zysku konieczne jest przeprowadzenie przez właściwy organ analizy uwzględniającej szczególne okoliczności każdej umowy o świadczenie usług publicznych. Organ ten musi m.in. wziąć pod uwagę szczególne cechy danego przedsiębiorstwa, standardowe wynagrodzenie rynkowe z tytułu świadczenia podobnych usług oraz poziom ryzyka związanego z każdą umową o świadczenie usług publicznych. Na przykład umowa o świadczenie usług publicznych zawierająca szczególne przepisy zabezpieczające poziom rekompensaty w przypadku nieprzewidzianych kosztów niesie ze sobą mniejsze ryzyko, niż umowa tego rodzaju, która nie przewiduje takich gwarancji. Zakładając, że pozostałe warunki są takie same, rozsądny zysk przewidziany w tej pierwszej umowie powinien być zatem niższy niż zysk przewidziany w tej drugiej.

Obecna konstrukcja podziału ryzyk oraz sposób rekompensaty Operatorowi kosztów wykonywania usługi narusza Rozporządzenie 1370/2007. Punkt 2.4.8. Wytycznych wskazuje wprost: *„Oznacza to, że przepisy rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 mają na celu nie tylko zapobieganie wszelkim ewentualnym nadmiernym rekompensatom za realizację zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych, lecz również zapewnienie finansowej stabilności*

oferowanych usług publicznych określonych w stosownej umowie, aby osiągnąć i utrzymać wysoki poziom jakości tych usług. Za realizację zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych powinna przysługiwać zatem odpowiednia rekompensata, aby w trakcie realizacji umowy o świadczenie usług publicznych środki własne podmiotu świadczącego te usługi nie uległy uszczupleniu w długoterminowej perspektywie, uniemożliwiając mu skuteczną realizację jego zobowiązań wynikających z umowy oraz utrzymanie świadczenia przewozów pasażerskich o wysokim standardzie, zgodnie z pkt 7 załącznika do rozporządzenia (WE) nr 1370/2007.”

Zarzut z pkt II.2.a) petitum – dot. ryzyk związanych z brakiem danych oraz niejasnymi postanowieniami SWZ

Wskazane w pkt II.1 petitum braki i niejasności w OPZ oraz wymogach dotyczących realizacji Umowy powodują, że wszelkie ryzyka związane nieudostępnieniem wymaganych informacji, a przez to nieprawidłowym oszacowaniem wynagrodzenia, spoczywają na wykonawcy. Zamawiający nie dość, że nie dochował należytej staranności przy przygotowaniu Postępowania, to jeszcze przerzucił odpowiedzialność z tego tytułu na wykonawcę, nakazując mu wliczyć w cenę ofertową ewentualne ryzyko wynikające z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy (pkt XVIII SWZ). Pokreślić należy, że usługi publicznego transportu kolejowego stanowią skomplikowane ekonomicznie i technicznie przedsięwzięcie, wymagające wielomilionowych nakładów. Niedopuszczalne jest wymaganie, aby wykonawcy składali oferty na usługi w ogólnym interesie gospodarczym bez znajomości podstawowych danych, a przez to ponosząc pełnię ryzyka z tego tytułu.

Powyższe uzasadnia także zatem zarzut naruszenia równowagi kontraktowej stron, przerzucając na wykonawców niemożliwe do oszacowania ryzyka kontraktowe, poprzez nieprecyzyjne lub rażąco niekorzystne dla wykonawców postanowienia umowy, co jest także niezgodne z zasadą przejrzystości, proporcjonalności oraz uczciwej konkurencji. Zamawiający nie ogranicza odpowiedzialności wykonawcy nawet za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialności ponosiłby zamawiający, co narusza art. 433 pkt 3 PZP.

W odniesieniu do ryzyka związanego z rozkładem jazdy, Operator nie ma swobody w zakresie jego ustalania. Tymczasem rozkład jazdy ma bezpośredni wpływ na zakres przewozów. Zgodnie z § 2 ust 9 Umowy: „(...) W przypadku niezgodnienia przez Strony aneksu wprowadzającego Rozkład jazdy pociągów na kolejny okres, zachowuje ważność dotychczasowy Rozkład jazdy pociągów z uwzględnieniem zmian wynikających z przyczyn niezależnych od Stron niniejszej umowy.” Zapis cytowany wyżej odnośnie konsekwencji niezgodnienia rozkładu jazdy na kolejny okres powoduje, że rozkład jazdy na pierwszy

okres rozliczeniowy może obowiązywać w kolejnym okresie rozliczeniowym, a w skrajnym przypadku w całym okresie realizacji Umowy. Ponadto w § 4 ust 4 Umowy: „(...) *Operator składa wnioski zgodnie z przekazanym mu pisemnie przez Organizatora Projektem Rozkładu Jazdy na liniach komunikacyjnych, na których Operator został wskazany.(...)*” co oznacza, że Organizator projektuje rozkład jazdy.

Rozkład jazdy rzutuje m.in. na przychody, koszty, obowiązki operatora związane z właściwym zestawieniem pojazdów i zaplanowaniem wielkości rezerwy taborowej. Ryzyko związane z rozkładami jazdy dotyczy także kosztów dostępu do infrastruktury kolejowej. Koszty te są całkowicie niezależne od operatora i nie ma on wpływu na wysokość opłat naliczanych przez zarządcę infrastruktury kolejowej. Tymczasem musi je oszacować na cały okres obowiązywania umowy, tj. na 9 lat. Przy sposobie rozliczenia rekompensaty określonym przez Zamawiającego (zasada niższej wartości z obliczenia rekompensaty ex ante i ex post) nie ma możliwości zabezpieczenia się przed tym ryzykiem.

Dodatkowo, Zamawiający przerzuca na wykonawcę całe ryzyko związane z rezygnacją z przydzielonych tras. W przypadku, gdy rezygnacja zostanie zgłoszona po upływie terminów na bezkosztową zmianę wynikających z Regulaminów Sieci Zarządcy infrastruktury kolejowej, Operator zostanie obciążony tzw. opłatami rezerwacyjnymi. Jednocześnie, zgodnie z pkt. 2.1.1. pkt 1) załącznika nr 2 do Umowy („Zasady i sposób obliczania Rekompensaty”) koszty rezygnacji z tras są wyłączone z kosztów niezależnych: *„Koszt dostępu do infrastruktury kolejowej (bez kosztów rezygnacji z tras), tj. koszt dostępu do infrastruktury (opłatę podstawową za minimalny dostęp do infrastruktury kolejowej w kwocie netto, bez podatku VAT), związany wyłącznie z wykonywaniem Przewozów.”* Tymczasem, rezygnacja z tras może wynikać z przyczyn całkowicie niezależnych od wykonawcy, w tym leżących
wyłącznie
po stronie organizatora przewozów.

Ryzyko związane ze zmniejszeniem założonej pracy eksploatacyjnej w sytuacji zamknięcia linii kolejowej lub jej części przez zarządcę (par. 2 ust. 3- Umowy) jest szczególnie istotne przy „małych” pakietach(obejmujących małą liczbę linii). Przy małych pakietach koszty stałe działalności rozkładają się bowiem na mniejszą wielkość pracy przewozowej,

a więc „wypadnięcie” jakiegoś odcinka/linii ma dużo większe reperkusje, niż gdy pracy przewozowej jest więcej i koszty rozkładają się na większy wolumen.

Ponadto, zgodnie z § 4 ust 4 Umowy: Operator i Organizator działając razem lub indywidualnie składają wnioski o przydzielenie zdolności przepustowej. Operator składa wnioski
zgodnie

z przekazanym mu pisemnie przez Organizatora Projektem Rozkładu Jazdy na liniach komunikacyjnych, na których Operator został wskazany. W przypadku wniosków składanych

przez Organizatora, w których Operator został wskazany jako przewoźnik wykonujący Przewozy w okresie składania wniosków, Operator zobowiązany jest do ich autoryzacji najpóźniej do ostatniego dnia składania wniosków wyznaczonego przez Zarządcę. W przypadku późniejszego wskazania Operatora jako przewoźnika wykonującego Przewozy, Operator zobowiązany jest do ich autoryzacji w ciągu 3 Dni roboczych, jednak nie później niż w ostatnim dniu wskazanym przez Zarządcę.

Wobec powyższego zapisu, Operator nie może więc odmówić autoryzacji wniosków o przydzielenie zdolności przepustowej. Tymczasem zgodnie z § 4 ust 5 Umowy: „W przypadku powstania kosztów po stronie Organizatora wynikających z braku autoryzacji wniosków o przydzielenie zdolności przepustowej przez Operatora, Operator zostanie nimi w całości obciążony. (...). Zatem odpowiedzialność za brak autoryzacji wniosków Zamawiający przerzuca na Wykonawcę mimo, że brak autoryzacji może nie wynikać z winy Wykonawcy.

Ponadto, Zamawiający nie bierze odpowiedzialności za kwestie związane z brakiem dostępności taboru. Jednocześnie w § 3 ust 1 Umowy, określającym obowiązki organizatora, brak jest zobowiązań związanych ze stanem taboru organizatora w dacie jego przekazania operatorowi. Ryzyko niezawodności taboru udostępnionego przez Zamawiającego i stanu technicznego tego taboru jest po stronie wykonawcy (§ 3 ust 6 i ust 11 Umowy), przy jednoczesnym braku danych w tym zakresie. Ponadto, Organizator nie zapewnia taboru zastępczego na czas przeglądów, napraw, modernizacji, a wszystkie koszty utrzymania taboru (w tym koszty napraw i obowiązkowych przeglądów) są po stronie operatora.

Ryzyka związane z przychodami (stanowiącymi główny element wynagrodzenia – § 5 ust. 17 Umowy) są w szczególności związane z cennikami i taryfami oraz waloryzacją przychodów. Postanowienia Umowy przerzucają to ryzyko w całości na wykonawcę. Operator nie ma wpływu na ukształtowanie cennika. Przewoźnik zobowiązany jest zaplanować przychody ze sprzedaży biletów wraz z ulgami ustawowymi na pierwszy okres rozliczeniowy. Zaplanowanie przychodów jest krytycznie utrudnione z uwagi na braki w dokumentacji, w tym danych odnośnie potoków podróżnych czy o przychodach historycznie oraz niepełną i niespójną wewnętrzną informację o rozkładzie jazdy.

Ponadto, ustalenie wskaźnika zmiany cen biletów jest po stronie Zamawiającego. W dokumentacji przetargowej brak jest informacji, jaki wskaźnik będzie zastosowany, ani wytycznych/kryteriów, wg których nastąpi określenie tego wskaźnika i jego wysokości. Oznacza to, że Zamawiający wymaga przyjęcia co najmniej stałej liczby pasażerów w kolejnych okresach rozliczeniowych. Powyższe założenie nie bierze pod uwagę elastyczności cenowej popytu (czyli jak zmiana ceny wpłynie na liczbę podróżnych) – w skrajnym przypadku Zamawiający może zdecydować o zmianie cen biletu o kilkadziesiąt procent, co z całą pewnością wpłynie na spadek liczby pasażerów, której wzrost cen nie

musi zrekompensować. Zmiana taryfy może również skutkować obniżeniem cen biletów (w tym obniżeniem do 0 zł) a tym samym zmniejszenie możliwych do uzyskania przychodów, podczas gdy ryzyko ich realizacji spoczywa w całości na Operatorze. Nadto ryzyka te są pogłębione przez całkowicie niejasne zasady waloryzacji stawki jednostkowej przychodów w przeliczeniu na pc-km wynikające (pkt 2.2. Załącznika nr 2 do Umowy).

Oznacza to nie tylko przerzucenie całego ryzyka przychodowego na Operatora, ale jednocześnie nie daje możliwości innego zaplanowania przychodów, niż ich planowe zwiększanie na bazie decyzji Zamawiającego. Jednocześnie Operator nie może zaplanować ewentualnego spadku liczby podróży i zmniejszenia się przychodów pomimo zmiany Taryfy czy zmian rozkładu jazdy, zamknięć torowych czy innych czynników np. demograficznych czy konsekwencji COVID-19.

Jako że stawka przelicza się na poc km, to Organizator biorąc pod uwagę planowany wzrost pracy eksploatacyjnej zgodnie z tabelą w pkt 4 OPZ oczekuje automatycznego wzrostu przychodów i zobowiązuje Operatora do przyjęcia takiego założenia, pozostawiając ryzyko po jego stronie.

„Wykonawca zobowiązany jest do założenia, że wielkość pracy eksploatacyjnej wykonanej w ramach roku kalendarzowego będzie zbliżona do wartości przedstawionej w tabeli z zachowaniem tolerancji +/-5%”

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ w zakresie ryzyka przychodowego:

1. określenie odpowiedzialności za przychody po stronie Zamawiającego, ewentualnie
2. przekazanie historycznych danych o potokach podróży oraz wprowadzenie obiektywnych kryteriów zmiany cen biletów w celu możliwości zaplanowania przychodów (np. zmiana cen biletów o 5% co dwa lata lub inny znany wskaźnik) – Operator, jeśli ponosi ryzyko przychodów, powinien mieć pełną możliwość ich zaplanowania.

Ryzyko kosztowe. Braki w dokumentacji zamówienia generują także poważne ryzyko związane z niedoszacowaniem kosztów, w tym także kosztów niezależnych (w tym dostęp do infrastruktury kolejowej i usługowej, koszty przeglądów P4 i P5 taboru organizatora czy koszty związane z ograniczeniem przepustowości linii lub ich zamknięć). Koszty te obciążają Operatora wskutek przyjętej metody rozliczeń i zasady wypłaty rekompensaty zawsze wg niższej wartości (ex-ante i ex- post) – pkt 4 Zał. Nr 2 do Umowy.

Ryzyko związane z terminem rozpoczęcia świadczenia usług także obciąża wykonawcę wskutek braku reguł określających minimalny czas na przygotowanie się do realizacji zamówienia. Zamawiający nie przewidział, żadnego okresu przejściowego na

dostosowanie taboru do wymogów organizatora (klimatyzacja, toalety dla osób niepełnosprawnych) ani ryzyka czasu trwania Postępowania. Okres związania ofertą wykracza poza wskazany przez zamawiającego termin rozpoczęcia realizacji zamówienia, co oznacza, że wykonawca może

być nadal zobowiązany do zawarcia umowy mimo, że na skutek okoliczności niezależnych od wykonawcy nastąpi przesunięcie terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia i w rezultacie skrócenie także okresu świadczenia usługi (termin zakończenia realizacji przedmiotu zamówienia jest określony datą sztywną).

Powyższe ma znaczenie także dla kalkulacji kosztów oferty (np. koszty amortyzacji) – chodzi zatem o niepewność odnośnie rzeczywistego okresu obowiązywania umowy.

Zarzut z pkt II.2.b) petitum – dot. niejednoznacznych i jednostronnych klauzul kar umownych

Zgodnie z § 11 ust 1 Umowy: Organizator będzie mógł naliczyć Operatorowi kary umowne w przypadku niewykonania z przyczyn leżących po stronie Operatora zobowiązań wskazanych w Umowie w § 3 ust. 2 i ust. 7 w wysokości stawki bazowej, o której mowa w ust. 12 za każdy przypadek niewykonania zobowiązania. Kary będą naliczane Operatorowi bez względu na wagę niewykonania zobowiązań, ich rodzaj i ilość stwierdzoną w toku danej kontroli.

Ogólne odesłanie do § 3 ust 2 i 7 Umowy (które przewidują bardzo liczny katalog obowiązków Wykonawcy, w dużej mierze o ogólnym charakterze) powoduje dużą niepewność po stronie Operatora, jakie konkretnie zdarzenia będą penalizowane karą umowną oraz powoduje, że nawet za najdrobniejsze uchybienia taka kara może być nałożona.

Powyższe powoduje także, że wielkość kary nie jest w żadnym stopniu powiązana z wagą naruszenia, co prowadzi do rażącej dysproporcji pomiędzy wysokością kary a rodzajem uchybienia i jego skutkiem. Fakt, że nie jest określone jak w kontekście wszystkich obowiązków Operatora wymienionych w § 3 ust. 2 Umowy rozumieć „za każdy przypadek”, także utrudnia oszacowanie ryzyka związanego z karą umowną i poziomu potencjalnych kar. Nadto jeżeli § 11 ust. 1 Umowy miałby być samodzielną podstawą do nałożenia kary umownej za niewykonanie zobowiązań z § 3 ust. 2 Umowy, to fakt, że nie ma wyłączenia odnośnie żadnego punktu z ust 2 w świetle zapisów kolejnych ustępów § 11 (np. ust. 8, ust 10) oznacza, że za naruszenia niektórych zobowiązań z § 3 ust 2 Umowy, Operator może być ukarany podwójnie – zarówno na podstawie § 11 ust. 1 jak i na podstawie § 11 ust. 825 i 1026; tj. za:

- jakość obsługi – § 3 ust 2,
- punktualność – § 3 ust 2 pkt 2f).

Brak jednoznacznych zapisów dotyczących kar umownych powoduje nie tylko określone ryzyka finansowe, ale też nieproporcjonalne ryzyko związane z rozwiązaniem Umowy przez Zamawiającego w oparciu o § 18 ust 4 pkt 2a) Umowy, zgodnie z którym osiągnięcie w danym okresie rozliczeniowym limitu kar umownych określonego w § 11 ust 16 Umowy jest podstawą do wypowiedzenia Umowy. Innym przykładem jest kara rozwiązania natychmiastowego Umowy w przypadku opisanych w § 3 ust. 15 - brak przekazania w terminie umowy

z Podwykonawcą, na którego usługi wcześniej Zamawiający i tak musiał wyrazić zgodę, zgodnie z zapisami w ustępie 10.

Ponadto, zapis § 11 ust. 8 Umowy określający karę umowną na niedotrzymanie wskaźnika punktualności, abstrahuje od przyczyn czy stopnia zawinienia wykonawcy.

Na uwagę zasługuje także fakt, iż katalog kar umownych został określony jednostronnie, dotyczy on bowiem jedynie zobowiązań wykonawcy. Zasada proporcjonalności nakazywałaby aby także i Zamawiający podlegał karze umownej za bezpodstawne rozwiązanie umowy – analogicznie jak w § 11 ust. 12 Umowy, oraz aby i Wykonawcy przysługiwało prawo

do odszkodowania uzupełniającego w takim wypadku, analogicznie do § 11 ust. 16 Umowy. Taki zapis dodatkowo wspierałby stabilność Umowy i jej realne wykonanie, chroniąc przed nieuzasadnionym przedwczesnym jej zakończeniem.

Wskazane wyżej projektowane postanowienia Umowy naruszają podstawowe zasady z art. 16 i 17 PZP, w tym zasadę nieproporcjonalności, równego traktowania oraz efektywności. Jak wynika z Raportu Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącego stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych, *„wysokość kar umownych powinna być proporcjonalna do przedmiotu zamówienia i ewentualnego uszczerbku, jakiego może doznać zamawiający wskutek niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania”*. Dalej, *„reguły zdrowego rozsądku i słuszności oraz racjonalność gospodarcza przesądzają, iż umowy w sprawie zamówienia publicznego wymagają ukształtowania wzajemnych praw i obowiązków stron umowy w sposób równomierny. Zbyt represyjne reguły odpowiedzialności w karach umownych mogą zniechęcać do składania ofert i mogą stanowić przyczynę małego zainteresowania wykonawców ubieganiem się o uzyskanie zamówienia publicznego, co wpływa na konkurencyjność postępowań oraz niekiedy konieczność ich unieważnienia. W takim przypadku wykonawcy na etapie sformułowania warunków umownych mają pełne prawo kwestionować czynności podjęte przez zamawiających jako naruszające zasadę proporcjonalności udzielania zamówień publicznych, a przez to niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych”*.

W ww. Raporcie UZP stwierdza, że nadmierne kary umowne mogą stanowić sposób „na przerzucenie odpowiedzialności za brak należytej staranności służb zamawiających przy opisywaniu przedmiotu zamówienia”. Prawidłowa realizacja zamówienia wymaga współpracy obu stron a nie nakładania niewspółmiernych kar i przerzucania na wykonawców wszelkich ryzyk.

Zarzut z pkt II.2.c) petitum – dot. ryzyka związanego z brakiem stabilności zamówienia

Obecna treść Umowy dopuszcza jej przedterminowe rozwiązanie także z przyczyn będących poza kontrolą Operatora. Zgodnie z § 18 ust. 4 pkt 1) i pkt 3) - pkt 5) Umowy:

Umowa może zostać rozwiązana przez Organizatora za pisemnym wypowiedzeniem z zachowaniem 6- miesięcznego okresu wypowiedzenia ze skutkiem na koniec Okresu Rozliczeniowego, w całości lub w części w następujących przypadkach:

1) wystąpienia Siły Wyższej, której działanie uniemożliwi realizację całości lub znacznej części

Przewozów przez łączny okres dłuższy niż 6 miesięcy;

2) (...)

3) zmiany regulacji prawnych uniemożliwiającej realizację praw i obowiązków przez Organizatora;

4) zmniejszenie Pracy eksploatacyjnej z przyczyn leżących po stronie Zarządcy do poziomu, przy którym Organizator w uzasadniony sposób będzie mógł stwierdzić, że dalsza realizacja Umowy byłaby pozbawiona dla niego sensu gospodarczego;

5) w odniesieniu do poszczególnych linii komunikacyjnych określonych w § 2 ust. 1 lub całego przedmiotu umowy w przypadku ponad 50% wzrostu wartości rekompensaty ponoszonej przez Organizatora w związku z wykonywaniem Umowy w stosunku do poprzedniego Okresu Rozliczeniowego poprzedzającego powstanie zwiększenia kosztów.

Zgodnie z § 18 ust 7 Umowy: Umowa może zostać rozwiązana przez Organizatora z zachowaniem 6- miesięcznego okresu wypowiedzenia, ze skutkiem na ostatni dzień obowiązywania kolejnego Okresu rozliczeniowego, w sytuacji, gdy ujawnią się okoliczności, inne niż wymienione w poprzednich ustępach, które przesądzą o tym, że dalsza realizacja Umowy, ze względu na zmianę warunków gospodarczych lub społecznych, nie leży już w interesie publicznym, do którego realizacji zobowiązany jest Organizator.

Organizator jest też uprawniony do zawieszenia realizacji przewozów na kres 6 miesięcy w przypadkach, gdy wykonywanie umowy będzie niemożliwe z przyczyn niezależnych od operatora i organizatora.

Operator będzie więc zobowiązany do utrzymania gotowości świadczenia usługi i będzie ponosić koszty z tym związane (w tym np. koszty związane z dostępem do infrastruktury kolejowej, koszty pracowników, utrzymania taboru, w tym taboru organizatora), bez prawa do rekompensaty, a jedynie z prawem do pokrycia maksymalnie 60% rzeczywistych kosztów, nie więcej niż 50% kosztów zależnych (ust. 6).

Po upływie okresu zawieszenia, jeśli przyczyny zawieszenia będą nadal trwać, Organizator może Umowę rozwiązać ze skutkiem natychmiastowym. Operator utrzymuje zatem gotowość bez gwarancji odnośnie dalszego trwania Umowy.

Powyższe zapisy są nie tylko nieproporcjonalne oraz jednostronne, ale także naruszają art. 25 ust. 3 pkt 11 Uptz, zgodnie z którym umowa musi zawierać zasady rozliczeń za realizację usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego, w przypadku wystąpienia okoliczności uniemożliwiających wykonywanie tych usług z przyczyn niezależnych od operatora. Wskazane wyżej przyczyny rozwiązania Umowy są niezależne od operatora, zatem Umowa powinna w tym zakresie przewidywać odpowiednie, uczciwe zasady rozliczeń. W przeciwnym razie dochodzi do karania wykonawcy za okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności, co narusza także art. 431 PZP oraz art. 433 pkt 1-3 PZP oraz Rozporządzenie 1370/2007.

Zarzut z pkt II.2.d)-e) petitum – dot. ryzyk związanych z określeniem zasad Rekompensaty i jej waloryzacji

W Umowie wynagrodzenie Operatora stanowi Rekompensata. Zgodnie z Pkt 1 Załącznika nr 2 do Umowy

(...) Rekompensatę oblicza się według poniższego schematu, w sposób uszczegółowiony w kolejnych postanowieniach niniejszego dokumentu:

Rekompensata =

- (+) koszty poniesione w związku ze zobowiązaniem z tytułu świadczenia usług publicznych,
- (-) przychody taryfowe, inne przychody uzyskane w związku ze zobowiązaniem z tytułu świadczenia usług publicznych oraz dodatnie wpływy finansowe wygenerowane na sieci obsługiwanej w ramach danego zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych (efekty sieciowe),
- (+) rozsądny zysk.

(...) *Koszty i Przychody, jak również Rozsądny zysk, alokowane będą do Umowy Zgodnie z Zasadami Rachunkowości Operatora, opracowanymi w sposób zapewniający prowadzenie oddzielnej rachunkowości dla usług świadczonych w zakresie publicznego transportu zbiorowego, związanych z wykonywaniem przewozu o charakterze użyteczności publicznej,*

zatwierdzonymi zgodnie z zasadami korporacyjnymi obowiązującymi u Operatora, za pisemną zgodą Organizatora.

Zgodnie z pkt 2.1, pkt 2.2 i 2.3 Załącznika nr 2 do w kalkulacji Rekompensaty uwzględnia się wszystkie uzasadnione koszty Operatora związane z realizacją Przewozów, wymienione w tym punkcie, przychody z Przewozów (przychody ze sprzedaży biletów oraz pozostałe przychody przewozowe) oraz rozsądny zysk.

Koszty są podzielone na dwie kategorie: Koszty Niezależne i Koszty Zależne:

Zgodnie z pkt. 2.2. Załącznika nr 2 do Umowy przy kalkulacji Rekompensaty uwzględnia się przychody ze sprzedaży biletów oraz pozostałe opłaty przewozowe:

Zgodnie z pkt 2.3. Załącznika nr 2 do Umowy operator ma prawo do rozsądnego zysku ustalonego od kapitału zaangażowanego na poziomie 4%, zgodnie ze wzorem wskazanym w tym postanowieniu.

Zgodnie z Pkt 4 Załącznika nr 2 do Umowy:

Ostateczna kwota Rekompensaty należnej Operatorowi za dany Okres Rozliczeniowy, nie może przekroczyć niższej z poniższych dwóch wartości:

- wielkości ex ante
albo
- wielkości ex post.

Rekompensata ex ante bazuje na planowanych wielkościach przychodów i kosztów i uwzględnia w kolejnych latach wskaźniki waloryzacji jednakże w bardzo ograniczonym zakresie nie odpowiadającym tendencjom rynkowym.

W przypadku Rekompensaty ex post kalkulacja opiera się na faktycznie poniesionych kosztach i faktycznie osiągniętych przychodach.

Zgodnie z pkt 4.1. Załącznika nr 2 do Umowy sposób wyliczenia wielkości ex ante Rekompensaty jest następujący:

Kalkulacja ex ante dokonywana jest w Rocznym Planie Finansowym, a jej podstawą są wartości zawarte w Rocznym Planie finansowym na dany okres rozliczeniowy. (...)

Zgodnie z pkt. 4.2 załącznika nr 2 do Umowy sposób wyliczenia wielkości ex post Rekompensaty jest następujący:

Kalkulacja ex post dokonywana jest w Rozliczeniu Rocznym, a jej podstawą są faktycznie uzyskane Przychody i poniesione Koszty. Dokonywana jest ona według schematu zawartego w punkcie 1 niniejszego załącznika (przy czym do poszczególnych pozycji zalicza się elementy wyszczególnione poniżej), uszczegółowionego w następujący sposób:
Rekompensata ex post = Koszty niezależne + Koszty zależne – Przychody + Rozsądny zysk

Przyjęte przez Zamawiającego ogólne zasady kalkulacji Rekompensaty wynikają z pkt 1 Załącznika nr 2 do Umowy.

Wynikający z pkt 4.1. i 4.2 Załącznika nr 2 do Umowy sposób wyliczenia wielkości ex ante i ex post w połączeniu z zaniechaniem sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia oraz postanowień dotyczących realizacji Umowy w sposób jednoznaczny i wyczerpujący w zakresie wskazanym w pkt II. 1, ma konsekwencje dla wynagrodzenia za wykonane usługi przewozowe i stanowi o naruszeniu art. 436 pkt 2 PZP, zgodnie z którym umowa zawiera warunki wypłaty wynagrodzenia. Przyjęta konstrukcja kalkulacji rekompensaty w powiązaniu z zasadą, że ostateczna kwota Rekompensaty należnej Operatorowi za dany Okres Rozliczeniowy, nie może przekroczyć niższej z wartości (ex ante albo ex post) oznaczającego przerzucenie na Operatora pełni ryzyka finansowych faktycznie realizowanych przewozów (wynikających także z tych kategorii kosztów, które są zaliczone do Kosztów Niezależnych) oraz ich odchylenia od planu (pomimo braku pełnej możliwości wpływu na plan). Oznacza to takie ukształtowanie odpowiedzialności Stron, w której to Operator ponosi ryzyko finansowe realizacji przewozów i nie ma możliwości uzyskania pokrycia pełni ponoszonych kosztów i ryzyka. Można to interpretować jako ukrytą formę kary dla wykonawcy i obciążenie Wykonawcy odpowiedzialnością za okoliczności, za które nie ponosi winy, w tym za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający (stanowiąc klauzulę abuzywną z art. 433 pkt 3 PZP).

Ryzyko kosztowe. Braki w dokumentacji zamówienia generują także poważne ryzyko związane z niedoszacowaniem kosztów, w tym także kosztów niezależnych (w tym dostęp do infrastruktury kolejowej i usługowej, koszty przeglądów P4 i P5 taboru organizatora czy koszty związane z ograniczeniem przepustowości linii lub ich zamknięć). Koszty te obciążają Operatora wskutek przyjętej metody rozliczeń i zasady wypłaty rekompensaty zawsze wg niższej wartości (ex-ante i ex- post) – pkt 4 Zał. Nr 2 do Umowy.

Koszty zaliczone do Kosztów Niezależnych, tylko pozornie są „niezależnymi” i tylko pozornie Operator nie ponosi ryzyka związanych ze zmianą wysokości tych kosztów. Powyższe znów jest konsekwencją zasady wypłaty tej z wielkości rekompensaty ex-ante i ex-post która będzie wielkością niższą.

Niedoszacowanie Kosztów Niezależnych w Planie Finansowym w zakresie np. kosztów utrzymania taboru Organizatora, w tym kosztów przeglądu poziomu P4-P5, czynszu dzierżawnego, kosztów audytu (w przypadku ich zaliczenia do Kosztów Niezależnych), podwyżek opłat za dostęp do infrastruktury kolejowej i usługowej, spowoduje, że w przypadku gdy rzeczywiste koszty niezależne i wartość rozliczenia rekompensaty ex-post będzie wyższa, to Operator otrzyma rekompensatę wg wielkości ex ante.

Reasumując, nie w każdym przypadku Koszty Niezależne będą zrekompensowane Wykonawcy w kwotach rzeczywistych a tylko w sytuacji, gdy jest to korzystne dla Zamawiającego.

Elementem mającym kluczowy wpływ na wyliczenie Rekompensaty są także przychody. Operator nie mając wpływu na Taryfę ponosi ryzyko osiągnięcia zaplanowanych przychodów.

Np. w sytuacji obniżki taryfy decyzją Zamawiającego obniżone zostaną przychody z biletów a różnicę w osiągniętych faktycznie przychodach w stosunku do zaplanowanych musi w całości pokryć Operator. Jest to znów konsekwencja przyjęcia, że ostateczna kwota Rekompensaty należnej Operatorowi za dany Okres Rozliczeniowy, nie może przekroczyć niższej z dwóch wartości: rekompensaty ex-ante i rekompensaty ex-post.

Można sobie również wyobrazić sytuację w której Organizator wprowadzi darmową komunikację swoją decyzją, której skutkiem będzie całkowity brak przychodów z biletów, czego obecnie w Planie Finansowym przy braku wpływu na zmiany oraz braku opisanych zasad zmiany, Operator nie jest w stanie przewidzieć jednocześnie biorąc na siebie pełną odpowiedzialność za osiągnięcie zaplanowanego poziomu Przychodów.

Dodatkowo Rekompensata przysługuje wyłącznie za zrealizowane przewozy (par 8 ust 1) co powoduje brak wynagrodzenia za gotowość do świadczenia usług w momencie ograniczenia usług czy w skrajnej sytuacji zamknięcia linii na której Operator realizuje usługi. Ponadto, opisane w uzasadnieniu do zarzutu z pkt II.3 petitum kwestie waloryzacji pokazują, że na wykonawcy spoczywa faktyczne ryzyko wzrostu cen. Odpowiednie, obiektywne ocenie Odwołującego wprowadzenia zapisów dotyczących waloryzacji, jak zaproponowane w uzasadnieniu do zarzutu pkt II.3 petitum.

Wobec powyższego oraz biorąc pod uwagę zapisy Rozporządzenia 1370/2007 oraz Wytyczne w tym zakresie, które uznają, że proces przetargowy jest wystarczającą weryfikacją braku nadrekompensaty, w celu uproszczenia rozliczenia Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmian warunków zamówienia w przedmiotowym zakresie poprzez:

- rozliczanie kosztów niezależnych wg wartości rzeczywistych w każdej sytuacji,
- rozszerzenie katalogu kosztów niezależnych o koszty paliwa i energii trakcyjnej oraz koszty, których nie można było przewidzieć w chwili składania oferty,
- uznanie przychodów jako niezależnych od Operatora (biorąc pod uwagę, że to Organizator odpowiada za rozkład jazdy i cennik) i rozliczanie ich wg wartości rzeczywistych w każdej sytuacji,
- rozliczenie pozostałych kosztów zależnych stawką za pockm wg wykonanej pracy eksploatacyjnej;

Ewentualnie

- rozliczenie Kosztów Niezależnych zawsze (w każdym przypadku, ex ante i ex post) wg wartości rzeczywistych i zaliczenie do tych kosztów wszystkich kosztów na jakie Operator nie ma wpływu, w tym kosztów audytu,
- uznanie przychodów jako niezależnych od Operatora (biorąc pod uwagę, że to Organizator odpowiada za rozkład jazdy i cennik) i rozliczanie ich wg wartości rzeczywistych,
- ukształtowanie poziomu rozsądnego zysku tak, aby w pełni odzwierciedlał fakt i skalę ryzyk ponoszonych przez Operatora przy realizacji usługi.

Zarzut z pkt II.2.f) petitum – dot. ryzyk przerzucenia pełnej odpowiedzialności za roszczenia osób trzecich

Na podstawie § 3 ust.5 i 6 Umowy, to na Operatorze spoczywa pełna odpowiedzialność za roszczenia osób trzecich bez powiązania ich z odpowiedzialnością Operatora. Jest to niezgodne z art. 433 pkt 1 i 3 PZP, które zakazują karania z tytułu okoliczności niezawinionych przez wykonawcę. W szczególności roszczenia osób trzecich mogą wynikać z okoliczności, za które pełną odpowiedzialność ponosi Zamawiający (art. 433 pkt 3 PZP), wobec czego Nielimitowana odpowiedzialność wykonawcy w tym zakresie stanowi klauzulę abuzywną.

Zarzut z pkt II.2.g) petitum – dot. ryzyka związanego z osiągnięciem planowanych przychodów przez Operatora ze względu na brak wpływu na Taryfę

Jak opisane w uzasadnieniu do Zarzut z pkt II.1.c) petitum, Zamawiający nie określił zasad zmiany Taryfy. Operator, nie mając wpływu na Taryfę, ponosi ryzyko osiągnięcia zaplanowanych przychodów. W sytuacji obniżki taryfy decyzją Zamawiającego obniżone zostaną przychody z biletów a różnicę w osiągniętych faktycznie przychodach w stosunku do zaplanowanych musi w całości pokryć Operator. Można sobie również wyobrazić sytuację, w której Organizator wprowadzi darmową komunikację swoją decyzją, której skutkiem będzie całkowity brak przychodów z biletów, czego obecnie w Planie Finansowym przy braku wpływu na zmiany oraz braku opisanych zasad zmiany, Operator nie jest w stanie przewidzieć jednocześnie biorąc na siebie pełną odpowiedzialność za osiągnięcie zaplanowanego poziomu Przychodów.

W związku z tym Odwołujący wnosi o sprecyzowanie okoliczności, w których nastąpi zmiana Taryfy, wskaźników które będą miały na ten wzrost wpływ i procesu w tym terminów, które tej zmianie będą towarzyszyły, poprzez uzależnienie zmiany Taryfy od wskaźnika wzrostu cen produktów i usług ogłaszanego przez Prezesa GUS za rok poprzedni

lub wdrożenie zmiany Taryfy w momencie osiągnięcia kumulatywnej inflacji w wysokości 5%, od kwartału kolejnego po kwartale w którym nastąpiło to przekroczenia na bazie ogłoszonego przez Prezesa GUS wskaźnika za rok poprzedni.

Zarzut dotyczący zasad waloryzacji - ad. pkt II.3 petitum

Zamawiający naruszył art. 439 ust. 1-3 PZP w zw. z art. 3531 kc, art. 8 ust. 1 PZP art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP, art. 17 ust. 1 PZP, art. 431 PZP oraz art. 433 pkt 2-3 PZP, poprzez ukształtowanie projektowanych postanowień Umowy w zakresie waloryzacji wynagrodzenia w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny, nieodpowiadający tendencjom wzrostu cen na rynku usług przewozowych, a także nieodpowiadający strukturze kosztów świadczenia usług transportu, w zakresie określonym w niniejszym odwołaniu.

W art. 439 PZP ustawodawca wprowadził obowiązek ustalenia zasad waloryzacji wynagrodzenia zamówień na usług, zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy.

W Postępowaniu formę wynagrodzenia wykonawcy stanowi Rekompensata, składająca się z kilku elementów.

Wobec tego waloryzacja powinna być rozpatrywana na kilku płaszczyznach.

W odniesieniu do Przychodów (stanowiących element wynagrodzenia) mechanizm waloryzacji jest opisany w p. 2.2 Załącznika nr 2 do Umowy:

Dla kolejnego okresu rozliczeniowego przyjmuje się stawki jednostkowe z okresu poprzedzającego dany okres rozliczeniowy zwaloryzowane o wskaźnik wzrostu cen biletów zaproponowany przez Organizatora i uwzględniający planowaną pracę eksploatacyjną na dany okres rozliczeniowy.

Wysokość przychodów będzie, z wyłączeniem I okresu rozliczeniowego, ustalana wspólnie z Organizatorem, przy założeniu że nie będzie to wartość niższa niż wynikająca z wyżej opisanej waloryzacji.

Powyższe jest niezgodne z art. 439 ust. 2 PZP, gdyż nie określa sposobu ustalenia zmiany wynagrodzenia w tym zakresie. Zmiana (zarówno wzrost jak i spadek) Taryfy jest całkowicie zależny od Organizatora ale nie jest znany mechanizm jaki będzie obowiązywał w tym zakresie, więc Operator nie jest w stanie zaplanować tego wskaźnika waloryzacji. Ponadto waloryzacja liczona w ten sposób nie uwzględnia kwestii elastyczności cenowej popytu czy różnego natężenia potoków pasażerskich a co za tym idzie różnego poziomu przychodów na różnych liniach. Wzrost pracy eksploatacyjnej nie musi powodować liniowego wzrostu przychodów, co zakłada Zamawiający.

W związku z powyższym, Odwołujący w zakresie waloryzacji Przychodów wnosi o:

1. Przeniesienie odpowiedzialności za zmiany w przychodach na Zamawiającego traktując je jako Niezależną Pozycję i rozliczaną na podstawie rzeczywistego Wykonania w każdej wersji rozliczenia Rekompensaty (ex post i ex ante)
lub alternatywnie
2. Przekazanie Operatorowi jako podmiotowi doświadczonemu możliwości samodzielnego określenia wysokości przychodów w każdym okresie rozliczeniowym:
 - a) Udostępniając dane potoków podróży na liniach oraz
 - b) Określając jasne zasady waloryzacji cennika biletów – np. ustalając moment w którym ten wzrost będzie dokonany i odnosząc wzrosty Taryfy do znanych wskaźników jak inflacja, czy wzrost cen paliw na bazie ogłaszanych przez Prezesa GUS wskaźników,
 - c) Uniezależniając wielkość przychodów od wielkości realizowanej pracy eksploatacyjnej (istniejące dziś w OPZ liniowe powiązanie) wycofując opisany automatyzm liniowego powiązania przychodów z wielkością pracy eksploatacyjnej.

W odniesieniu stawek jednostkowych kosztów zależnych, zapisy regulujące zmianę poszczególnych kosztów w kolejnych okresach, opierają się wyłącznie o wskaźnik inflacji (pkt 4.1 Załącznika nr 2 do Umowy):

„Dla wszystkich stawek jednostkowych kosztów zależnych przyjmuje się wskaźniki waloryzacji – średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem ogłaszany w formie Komunikatu Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w Monitorze Polskim za rok poprzedni przed kolejnym okresem rozliczeniowym”.

Zamawiający nie określa w jasny sposób jakich stawek ta waloryzacja będzie obowiązywać: czy stawek które należy wskazać w załączniku do Oferty, czy na podstawie stawek z Planów Rocznych ustalonych co roku z roku poprzedniego (ex ante), czy na podstawie stawek z rekompensaty ex post (faktyczne wykonanie z roku poprzedniego).

Nie odpowiada to realnej strukturze kosztów przedsiębiorstwa realizującego przewozy kolejowe w transporcie pasażerskim. Inflacja określa zmianę ceny koszyka dóbr konsumpcyjnych. W przedsiębiorstwie zajmującym się profesjonalnym przewozem około 15% kosztów zależnych zgodnie z powyższą definicją stanowi paliwo, 35% koszty personelu pośredniego i bezpośredniego zaś około 35% stanowią koszty dzierżawy i utrzymania taboru kolejowego. Pozostałe koszty (działalności handlowej, zarządu i inne) to około 15% kosztów zależnych.

Tymczasem Zamawiający posługuje się wskaźnikiem cen towarów i usług konsumpcyjnych (CPI) gdzie koszyk produktów wygląda następująco



Przykładowo, udział paliwa jest na poziomie niecałych 6% a kategoria wynagrodzenia nie występuje w ogóle.

Tym samym stosowanie wskaźnika CPI do waloryzacji kosztów zależnych nie odzwierciedla zmian w kosztach kolejnych okresów.

Dodatkowo, zgodnie z zapisami pkt 4.1. Załącznika 2 do Umowy, pierwsza indeksacja następuje dopiero w trzecim roku trwania Umowy, i nie jest jasne czy od planowanej wartości kosztów zależnych z pierwszego roku (ex ante) czy faktycznie poniesionych (ex post). W tej drugiej sytuacji Zamawiający wyklucza możliwość skalkulowania ryzyka przyszłego wzrostu kosztów w stawce.

„Dla poszczególnych okresów rozliczeniowych:

I okres rozliczeniowy – Stawka jednostkowa zgodnie ze złożoną ofertą,

II okres rozliczeniowy – Stawka jednostkowa zgodnie ze złożoną ofertą obowiązującą w I okresie,

III okres rozliczeniowy – Stawka jednostkowa z I okresu x wskaźnik waloryzacji

IV okres rozliczeniowy – Stawka jednostkowa z III okresu (po waloryzacji) x wskaźnik waloryzacji

V okres rozliczeniowy – Stawka jednostkowa z IV okresu (po waloryzacji) x wskaźnik waloryzacji

VI okres rozliczeniowy – Stawka jednostkowa z V okresu (po waloryzacji) x wskaźnik waloryzacji

VII okres rozliczeniowy – Stawka jednostkowa z VI okresu (po waloryzacji) x wskaźnik waloryzacji

VIII okres rozliczeniowy – Stawka jednostkowa z VII okresu (po waloryzacji) x wskaźnik waloryzacji

IX okres rozliczeniowy – Stawka jednostkowa z VIII okresu (po waloryzacji) x wskaźnik waloryzacji”

Tym samym Zamawiający nie tylko wprowadza waloryzację niezgodną ze strukturą kosztów, ale również nie przewiduje zmiany ceny w okresie drugiego roku a w roku trzecim wyłącznie o inflację z roku pierwszego. Zmiany w kosztach wynikające np. z wzrosty cen paliw, personelu, utrzymania taboru wynikające z wzrostu cen, które powstaną w roku pierwszym, pozostają nieuwzględnione w wynagrodzeniu Operatora przez cały okres trwania Umowy a ponadto taka konstrukcja powoduje opóźnienie efektu waloryzacji o 2 lata np. stawka obowiązująca w roku 2025 będzie bazowała na inflacji za rok 2023 ogłoszonej w roku 2024. Dodatkowo zaproponowany wskaźnik waloryzacji nie uwzględnia możliwości zaproponowania różnych wartości w różnych latach.

Tymczasem, wprowadzenie do PZP obowiązku uwzględniania klauzul waloryzacyjnych *miało na celu przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy zachwianej przez określone zdarzenia, które mogą mieć miejsce w trakcie jej realizacji. (...) Intencją ustawodawcy było zatem nałożenie na zamawiających obowiązku wprowadzania do długoterminowych umów (dłuższych niż 12 miesięcy) mechanizmów umownych, które uwzględniałyby wpływ czynników zewnętrznych (zmiana cen materiałów lub kosztów), na rentowność realizowanego zamówienia. Uwzględniając powyższe, regulacja art. 439 PZP zmierza do zachowania równowagi kontraktowej między zamawiającym a wykonawcą, zobowiązując do rozłożenia między stronami ryzyk gospodarczych będących następstwem zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia i zachodzących w toku jego realizacji* (Komentarz UZP: Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. Hubera Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa, 2021, do art. 439 PZP).

Klauzule waloryzacyjne, aby spełniły swoją funkcję powinny być zatem oparte na realnych wskaźnikach odwzorujących strukturę kosztów danego zamówienia oraz uwzględniać także dynamikę zmian cen na rynku. W sytuacji dynamicznych wzrostów cen brak indeksacji w ciągu następnych dwóch lat nie odpowiada treści i funkcji art. 439 PZP, skoro ten za okres miarodajny uznaje 12 miesięcy.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji klauzuli waloryzacji stawki kosztów poprzez:

1. Przeniesienie kosztów paliwa oraz kosztów energii elektrycznej do kosztów niezależnych i ich rekompensata na bazie faktycznego poniesionego kosztu związanego ze zmianą cen paliwa i energii,
oraz

2. Wprowadzenie mechanizmu indeksacji od drugiego roku, w oparciu o wskaźniki średnioroczne uwzględniające udział poszczególnych kosztów w strukturze kosztów przedsiębiorstwa
3. Wprowadzenie waloryzacji na bazie wskaźników średniorocznych w najszybszym możliwym czasie do jej kalkulacji na bazie bieżących danych z wyrównaniem od początku okresu rozliczeniowego
4. Wprowadzenie pojęcia waloryzacji skumulowanej poprzez przeliczania stawki na bazie łącznego wskaźnika waloryzacji od momentu złożenia ofert w danym roku, a nie na bazie waloryzacji stawki z roku poprzedniego, które w planie finansowym może być inna niż dla danego roku.

Np. wskaźnik waloryzacji dla roku n powinien być przeliczony w następujący sposób = $(1 + \text{wskaźnik waloryzacji w roku } n) \cdot (1 + \text{wskaźnik waloryzacji w roku } n-1) \cdot (1 + \text{wskaźnik waloryzacji w roku } n-2) \cdot \dots \cdot (1 + \text{wskaźnik waloryzacji w roku } 1\text{-szym})$

Ewentualnie w przypadku nie uwzględnienia wniosku przeniesienia wpływu cen paliw i cen energii do kosztów niezależnych rozliczanych wg faktycznego wpływu:

Wprowadzenie corocznej indeksacji na stawce według wzoru (propozycja przedłożona w ramach dialogu konkurencyjnego):

Począwszy od 1 kwietnia 200x r. stawka będzie waloryzowana oraz wyliczone zostanie wyrównanie dla miesięcy poprzedzających wprowadzenie waloryzacji (od początku danego okresu rozliczeniowego do momentu wprowadzenia waloryzacji) przy zastosowaniu następującego wskaźnika W :

Pakiety spalinowe

$$W = 0,50 \times WT + 0,35 \times WW + 0,15 \times WP$$

Gdzie n – rok poprzedzający rok w którym następuje waloryzacja

WT - średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w roku n

WW – wzrost przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw w roku n w stosunku do roku $n-1$

WP – roczny współczynnik zmian ceny oleju napędowego w roku n , w stosunku do roku $n-1$, ustalany na podstawie średniej arytmetycznej ceny hurtowej Oleju Napędowego Ekodiesel według PKN Orlen

Pakiety elektryczne

$$W = 0,45 \times WT + 0,30 \times WW + 0,25 \times WE$$

gdzie

n – rok poprzedzający rok w którym następuje waloryzacja

WT - średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w roku n

WW – wzrost przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw w roku n w stosunku do roku $n-1$

WE – wskaźnik wzrostu kosztu zakupu energii elektrycznej obliczany w następujący sposób:

$WE = 0,52 \times WB + 0,4 \times WOD + 0,08 \times WOM$ gdzie

WB – współczynnik zmiany średnioważonej rocznej ceny notowań $BASE_Y-(n+1)$ w roku n , w stosunku do średnioważonej rocznej ceny notowań $BASE_Y-(n)$ w roku $n-1$, na Towarowej Giełdzie Energii

WOD – współczynnik zmiany średniorocznych wartości opłat dodatkowych PKP Energetyka (Składnik jakościowy stawki systemowej, Składnik zmienny stawki sieciowej w całodobowy, Składnik stały stawki sieciowej / opłata stała za dystrybucję, Stawka opłaty przejściowej, Opłata OZE) zatwierdzanych przez Prezesa URE w roku n , w stosunku do roku $n-1$.

Średnioroczna wartość opłat dodatkowych PKP Energetyka jest obliczana na podstawie średniej ważonej liczby dni i wartości opłat dodatkowych PKP Energetyka obowiązujących w danych dniach.

WOM - współczynnik zmiany średniorocznej wartości wysokości Opłaty Mocowej o której mowa w Ustawie z dnia 8 grudnia 2017 r. o rynku mocy w roku n , w stosunku do roku $n-1$

Średnioroczna wartość wysokości Opłaty Mocowej jest obliczana na podstawie średniej ważonej liczby dni i wysokości Opłaty Mocowej obowiązujących w danych dniach.

Zarzut dotyczący terminu rozpoczęcia świadczenia usług - ad. pkt II.4 petitum

Niezależnie o zarzutu braku określenia zasad rozpoczęcia świadczenia usług po dacie 12 grudnia 2021 r., Wykonawca wskazuje, że podana data kalendarzowa jest niedostosowana do czasu trwania postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 17 września 2021 r. Zgodnie z sek. II.1.4 ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziałem III SWZ świadczenie usługi rozpoczyna się w dniu 12 grudnia 2021 r.

Na podstawie obecnej, niejednoznacznej treści SWZ, OPZ, jak i Umowy oraz uwzględniając kompleksowy zakres świadczonej usługi będącej przedmiotem Postępowania, w tym czas niezbędny na odpowiednie przygotowanie się przez wykonawców do świadczenia usług, których czas trwania jest przewidziany na 9 lat, nie sposób realnie zakładać, aby świadczenie przedmiotowej usługi rozpoczęło się w założonym przez Zamawiającego terminie 12 grudnia 2021 r. Ponadto, Zamawiający przy określeniu tego terminu, jak się wydaje, nie przewidział nie tylko jakiegokolwiek okresu na tzw. mobilizację ale i nie uwzględnił realnego czasu trwania Postępowania (w tym ewentualnych postępowań odwoławczych).

Przykładowo, Zamawiający wymaga aby Operator dysponował taborem spełniającym wymagania w zakresie wyposażenia w toaletę dla niepełnosprawnych oraz urządzenie chłodzące, nie przewidując, że dostęp do tak wyposażonego taboru nie jest możliwy dla potencjalnych zainteresowanych w tak krótkim czasie.

Jednocześnie, Zamawiający w sek. IV.2.6 ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdz. XV ust 1 SWZ wskazał, że Wykonawca pozostaje związany ofertą w terminie do dnia 14 lutego 2022 r., podczas gdy świadczenie usług ma rozpocząć się 12 grudnia 2021 r., a więc na ponad 2 miesiące przed upływem terminu związania ofertą.

Wobec powyższego, termin rozpoczęcia świadczenia usług oraz okres trwania umowy powinien być odpowiednio wydłużony oraz liczony jako odpowiedni okres od daty zawarcia umowy (nie data kalendarzową), tj. analogicznie jak dla zasad określania planowanego terminu zakończenia usługi z art. 436 pkt 1 PZP.

Zarzut dotyczący opisu sposobu przygotowania oferty oraz sposobu obliczenia ceny - ad. pkt II.5 petitum

Zgodnie z rozdziałem XVIII SWZ, Wykonawca powinien w kalkulować w cenę (brutto) wszystkie jej składniki, tj. m.in. wszystkie elementy przedmiotowego zamówienia przedstawione w SWZ ze szczególnym uwzględnieniem zasad obliczenia rekompensaty wskazanych we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 7 do SWZ oraz ewentualne ryzyko wynikające z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy.

Abstrahując od bezpodstawności obarczenia wszelkimi ryzykami Wykonawcę (czemu odpowiada inny zarzut niniejszego odwołania), Wykonawca pragnie podkreślić, że na podstawie obecnej, niejednoznacznej treści SWZ, OPZ i Umowy, w tym braku szeregu niezbędnych danych i informacji potrzebnych do skalkulowania ceny (np. wskazanych w pkt II.1 niniejszego odwołania, np. dokładnych linii i odcinków, potoków podróżnych, przychodów, kosztów niezależnych (które tylko z nazwy są „niezależnymi”, bo także ryzyka związane z tymi kosztami są po stronie Wykonawcy i nie w każdym przypadku będą Wykonawcy zrekompensowane w kwotach rzeczywistych, taboru Organizatora, zasad audytu, braku wiedzy na temat zamknięć torowych i wyłączeń linii z możliwości realizacji przewozów),

nie ma możliwości określenia ryzyk związanych z realizacją Umowy, co jest absolutnie kluczowe w profesjonalnym obrocie, w szczególności w przypadku świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym, takich jak publiczny kolejowy transport zbiorowy. Wykonawcy nie są więc w stanie uwzględnić wszystkich elementów mających wpływ na określenie ceny w Postępowaniu.

Jednocześnie, zgodnie z rozdziałem XII.2.1 SWZ do oferty należy dołączyć Plan Finansowy sporządzony wg wzoru stanowiącego załącznik 1A do Umowy na cały okres realizacji zamówienia. Zamawiający nie wskazał w dokumentach zamówienia, w jaki sposób i na jakich zasadach wykonawcy mają sporządzić Plan finansowy (załącznik 1A do Umowy) stanowiący treść oferty, w tym, w jaki sposób wypełnić dane dla dalszych okresów rozliczeniowych:

- czy w kolumnach od G do N wpisać wartość w złotych, czy stawkę poc-km (wydaje się, że wartość w zł zważywszy na opis kol. O (Razem I-IX okr. Rozl.), ale Zamawiający tego nie precyzuje,
- czy Wykonawca może dla kolejnych okresów rozliczeniowych przyjąć inne wartości stawki rozliczeniowej za poc- km i inne stawki jednostkowych kosztów zależnych na poc-km, wynikające z innych wielkości kosztów zależnych w kolejnych okresach rozliczeniowych.

Zgodnie z pkt 4.1 (ostatni akapit na str. 10) Załącznika nr 2 do Umowy Poszczególne stawki jednostkowe uzyskuje się przez podzielenie planowanego rodzaju kosztów lub sumy kilku rodzajów kosztów (sumowanych w ramach danej stawki jednostkowej) przez planowaną pracę eksploatacyjną założoną w Rocznym planie finansowym dla I okresu rozliczeniowego. W kolejnych okresach rozliczeniowych koszty zależne nie mogą przekroczyć iloczynu pracy eksploatacyjnej (odpowiednio wielkości planowanej przy rocznym planie finansowym oraz wykonanej przy rozliczeniu rocznym) i stawki jednostkowej ustalonej dla danego okresu rozliczeniowego w wyniku złożonej oferty i przyjętych zasad waloryzacji dla poszczególnych stawek jednostkowych.

Nie jest jasne czym jest pozycja: „stawka jednostkowa ustalona dla danego okresu rozliczeniowego w wyniku złożonej oferty” – czy dla każdego okresu będzie to stawka wpisana w pkt 1 Formularza ofertowego, czy należy to rozumieć w kontekście treści całej oferty (całej treści załącznika nr 1A), że stawka jednostkowa dla danego okresu rozliczeniowego, to stawka wyliczona przez podzielenie planowanej wartości rodzaju kosztów przez planowaną pracę eksploatacyjną, przyjętych dla danego okresu rozliczeniowego i wpisanych przez Wykonawcę w poszczególnych wierszach kol. od G do N w załączniku nr 1A załączonego do Formularza ofertowego.

Nie jest jasne, czy założenia dotyczące waloryzacji kosztów dotyczą planu finansowego składanego na etapie składania ofert czy tylko korekty w latach przyszłych ze względu na inflację. Zakładając, że w Załączniku nr 1A do oferty Wykonawca nie może zaplanować różnych wartości kosztów zależnych w poszczególnych okresach rozliczeniowych, nie jest również określone w jaki sposób uwzględnić przewidywane zmiany

kosztów pomiędzy latami wynikające np. z różnej liczby przeglądów taboru, które zgodnie z § 6 ust. 15 Umowy obciążają wykonawcę.

Ponadto, w związku z charakterystyką rynku kolejowego, a w szczególności zasadami wykonywania przeglądów/napraw rewizyjnych/głównych (P4/P5) taboru, uzależnionych zarówno od upływu czasu jak i zwiększającego się przebiegu pojazdów, pomiędzy poszczególnymi latami będą występować różnice kosztów - co stoi w sprzeczności z zasadami Umowy, gdzie założona jest coroczna waloryzacja o wskaźnik inflacji.

Jest to kolejny argument przemawiający za tym, że wszelkich okoliczności nie można ująć w cenie.

Odwołujący wskazuje ponadto na pkt 1 Załącznika nr 2 do Umowy, wg którego alokacja Kosztów i Przychodów następuje za pisemną zgodą operatora. Powoduje to, że na etapie składania ofert Wykonawca nie jest w stanie prawidłowo przygotować Planu Finansowego,

a tym samym ceny, ponieważ nie jest pewny czy alokacja Kosztów i Przychodów w jego kalkulacji zostanie w ogóle zaakceptowana przez Organizatora. Zasady alokacji Kosztów i Przychodów powinny być z góry jasne i określone.

Podobnie, wg pkt 2.2. zał. nr 2 do Umowy, wysokość przychodów będzie w nieokreślony sposób ustalana z Organizatorem, pomimo faktu że Operator musi wysokość przychodów kalkulować na etapie składania oferty jako jeden z elementów Planu Finansowego.

Wreszcie, w odniesieniu do par. 7 ust. 7 Umowy wskazania wymaga brak jasnych zasad w "negocjowaniu" projektu Roczno Planu Finansowego. Plany na poszczególne okresy będą określone Planie Finansowym tj. załączniku nr 1A (załącznik do oferty), wobec czego całkowicie niejasne jest negocjowanie planów rocznych, sugerujące jakoby oferta miała znaczenie "poglądowe" czy „niewiążące”³². Kryterium oceny ofert i przedmiotem związania ofertą wykonawców jest stawka rozliczeniowa, podczas gdy treść Umowy przewiduje

coroczne negocjacje w tym zakresie w oparciu o niejasne kryteria i zasady.

Należy podkreślić, iż Postępowanie ma charakter przetargu nieograniczonego, a oferty na każdą część może składać każdy zainteresowany wykonawca. Wobec powyższego sposób przygotowania oferty i obliczenia ceny powinien być przejrzysty i obiektywny, możliwy do wykonania w oparciu o informacje zawarte w dokumentach zamówienia. W przeciwnym razie dochodzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Zarzut dotyczący cenowego kryterium oceny ofert – ad. Pkt II.6 petitum

Zgodnie z rozdz. XIX ust. 1 SWZ Zamawiający punkty za kryterium „cena” obliczy według wzoru, który prowadzi do wyboru najdroższej oferty.

Jednocześnie, z rozdz. XIX ust. 1 SWZ wynika, że Zamawiający do oceny oferty i przyznania punktów za kryterium „cena” weźmie pod uwagę stawkę rozliczeniową danej oferty wskazaną w formularzu ofertowym, tymczasem zgodnie z pkt. 1 wzoru formularza ofertowego (załącznik nr 2 do SWZ) Wykonawcy wskazują tylko i wyłącznie „Stawkę rozliczeniową za poc-km dla pierwszego okresu rozliczeniowego wynikającą z załączonego planu finansowego”.

Powyższe oznacza, że punkty w ramach kryterium „cena” będą przyznawane jedynie w oparciu o stawkę rozliczeniową wskazaną w formularzu oferty w pierwszym okresie, podczas gdy zamówienie jest udzielane do 14 grudnia 2030 r. Jeśli zatem umowa zawierana jest na 9 lat, to Zamawiający przyznając punkty w ramach kryterium „cena” powinien wziąć pod uwagę również kolejne okresy rozliczeniowe, nie ograniczając się tylko i wyłącznie do stawki za pierwszy okres rozliczeniowy. Brak również informacji czym jest stawka rozliczeniowa.

Zarzut dotyczący minimalnego terminu składania ofert - ad. pkt II.7 petitum

Art. 138 ust. 1 PZP wskazuje minimalne terminy składania ofert. Zgodnie z tym artykułem termin składania ofert nie może być krótszy niż 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Zasadą jest, aby zamawiający wyznaczając termin składania ofert uwzględnił złożoność i specyfikę przedmiotu zamówienia oraz czas niezbędny do ich przygotowania i złożenia. Im bardziej skomplikowane w realizacji jest zamówienie, czyli przedsięwzięcie, które zamawiający zamierza zlecić do wykonania, tym dłuższy jest czas potrzebny na przygotowanie się przez wykonawcę do wzięcia udziału w postępowaniu. Wykonawca powinien mieć czas na dokładne zapoznanie się ze wszystkimi wymaganiami zamawiającego, sprawdzenie, czy spełnia warunki udziału w postępowaniu, przygotowanie do złożenia wymaganych dokumentów, ale też czas na nawiązanie relacji z potencjalnymi konsorcjantami, podwykonawcami czy dostawcami. Nierealne jest bowiem oczekiwanie, że w każdym przypadku wykonawca będzie mógł bez odpowiedniego przygotowania złożyć ofertę (Prawo zamówień publicznych, Komentarz. M. Stachowiak, WKP 2021, maj 2021).

Ogłoszenie o zamówieniu w Postępowaniu zostało opublikowane w dniu 17.09.2021 r., termin na składanie ofert został wyznaczony na dzień 18.10.2021 r., a więc Zamawiający wyznaczył 30 dni na złożenie ofert w Postępowaniu. Zamawiający prawdopodobnie skrócił termin składania ofert w oparciu o art. 138 ust. 4 PZP, zgodnie z którym Zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert o 5 dni krótszy niż określony w ust. 1, jeżeli składanie ofert

odbywa się w całości przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, w sposób określony w art. 63 ust. 1.

Niemniej jednak, termin 30-dniowy (nieprzystający do tak kompleksowego zamówienia) na złożenie ofert został de facto jeszcze bardziej skrócony przez Zamawiającego, ponieważ Zamawiający albo nie publikuje kluczowych informacji (np. wskazanych w pkt II.1 niniejszego odwołania, np. dokładnych linii i odcinków, potoki podróży, przychodów, brak załącznika nr 2 dot. taboru Organizatora, zasad audytu, etc.), albo niektóre kluczowe informacje publikuje później, czego przykładem jest pierwszy rozkład jazdy (zał. 1-2 do OPZ) opublikowany dopiero w dniu 20 września 2021 r. lub też publikuje niepełne informacje, jak to ma miejsce w przypadku rozkładu jazdy, który nie spełnia wymogów prawidłowego rozkładu jazdy zgodnie z wymogami prawa.

Ponadto, w niniejszym Postępowaniu nie znajduje zdaniem Odwołującego zastosowania art. 138 ust. 2 PZP, ponieważ wstępne ogłoszenie informacyjne opublikowane przez Zamawiającego nie zawiera wszystkich informacji wymaganych w art. 138 ust. 2 pkt 1) PZP, a także brak w dokumentach postępowania informacji o pilnej potrzebie udzielenia zamówienia (art. 138 ust. 2 pkt 2) PZP).

Uzasadnienie wniosków odwołania, w tym wniosku o unieważnienie Postępowania

Zgodnie z art. 137 ust. 7 PZP w przypadku, gdy zmiany treści SWZ prowadziłyby do istotnej zmiany charakteru zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym, w szczególności prowadziłyby do znacznej zmiany zakresu zamówienia, zamawiający unieważnia postępowanie na podstawie art. 256. Oznacza to, że w przypadkach określonych w art. 137 ust. 7 PZP prawo Zamawiającego do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, określone w art. 256 PZP, przeradza się w obowiązek Zamawiającego.

W przekonaniu Odwołującego, w niniejszym Postępowaniu niezbędne jest dokonanie tak licznych i istotnych zmian (w tym uzupełnień) w SWZ, OPZ oraz Umowy, które obejmują tak znaczny zakres, co de facto doprowadzi do istotnej zmiany charakteru zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym lub istotnej zmiany zakresu zamówienia. Nadto należy mieć na uwadze, że naprawianie naruszeń wywołanych tak licznymi, nieprecyzyjnymi zapisami SWZ, brakiem przekazania niezbędnych informacji już na starcie postępowania o udzielenie publiczne, jedynie poprzez wprowadzenie zmian w SWZ, może okazać się niewystarczające. Wykonawcy decydujący się na udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinni mieć możliwość przygotowania się do udziału na podstawie jednoznacznych, precyzyjnych i wyczerpujących zapisów, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. A do obowiązków

Zamawiającego należy przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, zgodnie z zasadami przejrzystości i proporcjonalności. Nie można zgodzić się na uzupełnianie kluczowych elementów opisu przedmiotu zamówienia i sposoby jego wykonania w toku postępowania, z naruszeniem bezwzględnie obowiązujących przepisów co do zawartości dokumentów zamówienia oraz terminów.

Na wypadek oceny, iż nie zaszła wskazana przesłanka unieważnienia Postępowania, Odwołujący wnosi o dokonanie odpowiedniej modyfikacji treści SWZ, w tym treści projektowanych postanowień Umowy, w sposób określony w pkt III.2 petitum oraz uzasadnieniu zarzutów niniejszego odwołania.

Sygn. akt: KIO 2872/21

W dniu 27 września 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę [REDAKTOWANO]

Odwołujący [REDAKTOWANO] zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Prawa zamówień publicznych i Kodeksu cywilnego:

- 1) art. 99 ust. 1 PZP, który stanowi, iż: „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 oferty”, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący,
a stąd taki, który utrudnia zrozumienie intencji i wymagań Zamawiającego oraz powoduje brak możliwości ustalenia jego jednoznacznego zakresu przedmiotu oferty i jej wyceny, a tym samym należyte przygotowanie oferty;
- 2) art. 99 ust. 4 PZP, który stanowi, iż: *„Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.”;*
 - poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób dyskryminacyjny, w szczególności ze względu na określenie wymagań dotyczących OPZ i wzoru umowy w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, których spełnienie jest dla Odwołującego obarczone nieuzasadnionymi ryzykami i trudnościami technicznymi

lub ekonomicznymi – skutkującymi istotnymi utrudnieniami należytego przygotowania i złożenia oferty przez Odwołującego;

3) art. 239 i art. 240 ust. 3 PZP, w świetle których:

Zgodnie z art. 239 PZP:

- 1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*
- 2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.*

Art. 240 ust. 2 stanowi:

2. Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

- poprzez zastosowanie w kryterium „cena” stawki rozliczeniowej brutto za pierwszy okres wykonania zamówienia określony w planie finansowym netto całego zamówienia;

4) art. 433 pkt 3 PZP, zgodnie z którym: *Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:*

odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;

- poprzez zastosowanie postanowień umownych umożliwiających dowolność w ocenie wykonania obowiązków Wykonawcy, a co się z tym wiąże nakładania kar umownych.

5) art. 16 PZP, w świetle którego: *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) przejrzysty;*
- 3) proporcjonalny.”;*

- poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania i proporcjonalności w przygotowaniu i prowadzeniu postępowania, w szczególności ze względu na wskazane powyżej naruszenia.

6) art. 17 ust. 1 i 2 PZP, zgodnie z którym:

1. Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

- 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz*
- 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.*

2. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Wnioski co do rozstrzygnięcia:

Odwołujący [REDAKTOWANE] wnosi o:

- 1) zmianę wadliwych prawnie, nieuzasadnionych, nieprecyzyjnych, nieproporcjonalnych i dyskryminujących postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”) w zakresie warunków zamówienia dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i warunków realizacji zamówienia (zawartych w SWZ i załącznikach do niej) poprzez wprowadzenie zmian wskazanych w treści uzasadnienia;
- 2) wydłużenie terminu składania ofert o 14 dni od dnia wprowadzenia i publikacji zmian dokumentów zamówienia co podyktowane jest skalą i zakresem zarzutów ze względu na konieczność dokonania istotnych zmian w dokumentach zamówienia.

a ponadto o:

- o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika i zwrot kosztów postępowania zgodnie z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453) oraz rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Interes w uzyskaniu zamówienia:

Odwołujący ubiega się o udzielenie zamówienia. Warunki określone przez Zamawiającego zawarte w Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) istotnie utrudniają złożenie rzetelnie przygotowanej i konkurencyjnej oferty. Odwołujący [REDAKTOWANE] ma prawo uczestniczyć w postępowaniu na równych, niedyskryminacyjnych i konkurencyjnych zasadach. Dopuszczenie do prowadzenia postępowania na aktualnie określonych zasadach istotnie zagraża interesowi Odwołującego [REDAKTOWANE] w uzyskaniu zamówienia i może przesądzić o pozbawieniu go możliwości uzyskania zamówienia, a tym samym naraża go na szkodę w postaci utraty możliwości realizacji zamówienia i wynikającego stąd przychodu. Odwołujący [REDAKTOWANE] ma zatem interes we wniesieniu odwołania. Za taką sytuację należy uznać określenie warunków zamówienia w opublikowanych przez Zamawiającego dokumentach zamówienia, w szczególności w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia i postanowień wzoru umowy. Stąd zasadne jest wniesienie odwołania wobec grożącej Odwołującemu [REDAKTOWANE] szkody.

Uzasadnienie zarzutów i wniosków:

Ad Zarzuty 1 i 2

Podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, stwierdzić, co jest przedmiotem zamówienia (jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane), oraz że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w opisie uwzględnione. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Ustawa podaje także, że opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Do tego typu okoliczności i wymagań należy zaliczyć m.in. wymogi dotyczące gwarancji na przedmiot zamówienia – jej zakres i okres obowiązkowego świadczenia z gwarancji, miejsce spełnienia świadczenia, świadczenia dodatkowe związane ze świadczeniem głównym i inne związane z nim obowiązki, np. obowiązek ubezpieczenia kontraktu. Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z 27 listopada 2006 r., III Ca 1019/06, niepubl., stwierdził, że z przepisu art. 29 ust. 1 p.z.p.

z 2004 r. wynika, iż: „Opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia winny być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo. Ponadto PZP wprowadza zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zakazane jest więc dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, lecz także takiego, który hipotetycznie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z 27 czerwca 2012 r., XII Ga 152/12, niepubl., odniósł się do hipotetycznego wpływu na konkurencję w kontekście dowodzenia w postępowaniu odwoławczym: „dla uznania, że zamawiający naruszył powołany przepis wystarczającym jest jedynie wykazanie, że opisując przedmiot zamówienia dokonał on tego w sposób, który jedynie potencjalnie mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, nie jest tym samym konieczne udowodnienie realnego uniemożliwienia takiej konkurencji” (por. Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz; Opublikowano: WKP 2021; LEX komentarz do art. 99).

Przedstawiając szczegółowe uzasadnienie Odwołujący [REDAKTOWANE] wskazuje na następujące naruszenia:

I. W Załączniku nr 2 do Wzoru umowy (Załączeniu nr 7 do SWZ) w pkt 2.1.2. pkt 6 lit. d Koszty zależne, stwierdzono:

Koszty zależne stanowią:

6) Koszty taboru w stopniu odpowiadającym wykorzystaniu do realizacji Umowy, w tym:

d) koszty przeglądów poziomu utrzymania 4 i 5 taboru Operatora,

W zał. nr 8 do SWZ zawierającym OPZ w pkt 19 jest napisane:

"W ciągu pierwszych dwóch lat, przewozy winny być realizowane taborem, który nie wymaga naprawy poziomów P4 i P5 (warunek dotyczy wyłącznie taboru Operatora)".

Jednocześnie w zawartym w Rozdziale XIX. OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT, w ust. 1 stwierdzono, że punkty za kryterium „cena” zostaną obliczone wg wzoru opartego o stawkę rozliczeniową danej oferty dla danego pakietu.

Powoduje to brak możliwości ujęcia w planie finansowym (sporządzonym na Załączniku nr 1a) kosztów przeglądów P4 i P5 taboru operatora, w pierwszym okresie rozliczeniowym, który stanowi podstawę wyliczenia ceny ofertowej brutto, a pozostałe okresy mają być kalkulowane wg cen stałych pierwszego okresu rozliczeniowego. Zgodnie z przepisami prawa koszty przeglądów P4 i P5 taboru operatora wystąpią w kolejnych okresach rozliczeniowych umowy, a konstrukcja postanowień Załączników nr 8 i 1a uniemożliwiają ich uwzględnienie w planie finansowym, stanowiącym załącznik do oferty (zgodnie z Rozdziałem XII pkt 2.1.). Brak uwzględnienia tych kosztów w ramach kosztów zależnych w I okresie rozliczeniowym nie pozwala na uwzględnienie ich w wyliczeniu wysokości rekompensaty (do czego zobowiązuje Wykonawcę zawarty w Załączniku nr 2 do Wzoru umowy (Załączeniu nr 7 do SWZ) pkt 2.1.2. pkt 6 lit. d.

Wniosek:

Odwołujący wnosi o modyfikację wzoru planu finansowego (określonego w Załączeniu nr 1A) oraz stosownych postanowień SWZ i załączników w sposób umożliwiający uwzględnienie kosztów przeglądów P4 i P5 taboru Operatora kolejnych okresach rozliczeniowych w momencie ich powstania (wystąpienia).

II. W Załączniku nr 2 do Wzoru umowy (Załączeniu nr 7 do SWZ) w pkt 2.1.2. pkt 1 i 2, stwierdzono, że koszty zależne stanowią:

1) Koszt zużycia energii trakcyjnej,

2) Koszty zużycia paliwa trakcyjnego.

Ujęcie powyższych kosztów w kategorii kosztów zależnych powoduje, że waloryzowane są one w oparciu o średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem ogłaszany w formie Komunikatu Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w Monitorze Polskim za rok poprzedni przed kolejnym okresem rozliczeniowym (Załącznik nr 2 do Wzoru umowy, tj. Załącznika nr 7 do SWZ) w pkt 4.1.

Taki sposób waloryzacji nie odpowiada uwarunkowaniom rynkowym, co zmusza Wykonawców do ustalenia poziomu tych kosztów nieadekwatny do realiów rynkowych, co realnie utrudnia dokonanie rzetelnej wyceny oferty. Obowiązek oparcia się na waloryzacji cen na bazie wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem ogłaszanego w formie Komunikatu Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w Monitorze Polskim nie odpowiada uwarunkowaniom rynkowym dotyczącym kształtowania się cen paliw i energii.

Przyjęty w SWZ sposób indeksacji ww. cen powoduje, że nie jest możliwe rzetelne skalkulowanie ceny oferty, w szczególności w sposób umożliwiający uzyskanie, z góry określonego przez Zamawiającego, rozsądnego zysku (określonego, co do zasady, na poziomie 4% wartości zaangażowanego kapitału).

Powyższe powoduje także, że Odwołujący nie jest w stanie dokonać obliczenia ceny ofertowej, zgodnie z wymaganiami Rozdziału XVIII.

Wniosek:

Odwołujący wnosi o modyfikację sposobu indeksacji cen paliwa i energii uwzględniającego ich ceny rynkowe, względnie przeniesienie kosztów zużycia energii trakcyjnej i zużycia paliwa trakcyjnego do kosztów niezależnych.

III. W Załączniku nr 2 do Wzoru umowy (Załączenia nr 7 do SWZ) w pkt 2.1.1 Koszty niezależne, stwierdzono:

Koszty niezależne stanowią:

- 1) Koszt dostępu do infrastruktury kolejowej (bez kosztów rezygnacji z tras), tj. koszt dostępu do infrastruktury (opłatę podstawową za minimalny dostęp do infrastruktury kolejowej w kwocie netto, bez podatku VAT), związany wyłącznie z wykonywaniem Przewozów. Koszt ten obejmuje opłatę za realizację przejazdów w ramach Rozkładu jazdy pociągów. Koszt ten nie obejmuje opłaty za dostęp i korzystanie z peronów, dostęp do infrastruktury kolejowej wynikające z potrzeb technologicznych Operatora, obejmujące np. dostęp i korzystanie z torów postojowych oraz punktów utrzymania pojazdów kolejowych, dostęp i korzystanie z urządzeń do formowania składów pociągów, dostęp do urządzeń zaopatrzenia w paliwo itp. Różnicę w opłatach za dostęp do infrastruktury, wynikającą z wykorzystania taboru innego niż uzgodniony*

z Organizatorem, pokrywa Operator i nie stanowi to kosztu uwzględnianego w kalkulacji Rekompensaty.

Rozporządzenia WE Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1370/2007 z dnia 23 października 2007 r. nie definiuje i nie ogranicza kryterium kosztów związanych z ofertą przewozową jakimi niewątpliwie są koszty dostępu do infrastruktury, w tym „różnica w opłatach za dostęp do infrastruktury”, jako koszt niezbędny do realizacji usługi przewozowej i jako taki nie może zostać wyłączony z rekompensaty. Aktualne brzmienie ogranicza prawa Wykonawców, będących Operatorami określone w Rozporządzenia WE Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1370/2007 z dnia 23 października 2007 r., co jest niezgodne z prawem.

Wniosek:

Odwołujący wnosi o doprecyzowanie, że koszty stanowiące opłatę za różnicę za dostęp do infrastruktury stanowią koszt uwzględniany w kalkulacji rekompensaty.

IV. W pkt 20 Załącznika nr 8 OPZ do SWZ Zamawiający zapisał, że:

„Zamawiający planuje pozyskanie nowego taboru elektrycznego:

5 sztuk EZT w ramach środków-EU (planowana dostawa w rozkładzie jazdy 2022/23)

5 sztuk w ramach RPO 2021-2027 (planowana dostawa w rozkładzie jazdy 2023/2024).

Powyższe nie jest zobowiązaniem Zamawiającego i nie stanowi podstawy ewentualnych roszczeń.”

Ponadto, zgodnie z § 6 ust.7 wzoru umowy (Załącznika nr 7 do SWZ):

„Organizator zastrzega sobie prawo do przekazania dodatkowego taboru Operatorowi (w formie użyczenia lub dzierżawy) w dowolnym okresie obowiązywania umowy, Operator jest zobowiązany do jego przyjęcia na warunkach wynikających z Umowy.”-

Wymienione postanowienia skutkują tym, że Odwołujący, jako Operator nie może zaplanować wiarygodnie kosztów, ponieważ Zamawiający zastrzega możliwość wprowadzenia w trakcie obowiązywania umowy nowego taboru bez określenia jasno określonych zasad ich wprowadzenia. Ponadto Zamawiający nie uregulował kwestii związanych z przekazaniem majątkowych praw autorskich lub licencji do dokumentacji pojazdów, co istotnie utrudnia przeprowadzenie przez Odwołującego, jako Operatora postępowań na wybór wykonawców uwzględnienie kosztów przeglądów P4 i P5 taboru Organizatora. W przypadku braku podstawowych informacji obejmujących poniższe parametry:

- kiedy zostanie zakupiony nowy tabor,
- jaki jest przewidywany cykl utrzymaniowo – naprawczy nowego taboru,
- jaka jest oczekiwana kosztochłonność bieżącego procesu utrzymania oraz napraw wynikających z dokumentacji pojazdów,

- czy przekazanie taboru nastąpi w drodze dzierżawy czy użyczenia nie można stwierdzić, czy nastąpi to odpłatnie, czy nieodpłatnie,
- informację na temat amortyzacji,
- czy Zamawiający zagwarantuje przeniesienie majątkowych praw autorskich lub licencji do dokumentacji pojazdów na Operatora, co umożliwi zgodne z prawem przeprowadzenie postępowań na wybór wykonawców przeglądów P4 i P5 taboru Organizatora.

Niezależnie od powyższego w przypadku dzierżawy taboru od podmiotu trzeciego aby spełnić warunek taborowy pojawi się nadwyżka taboru. Kto pokryje ten koszt, ewentualnego zerwania umowy z podmiotem trzecim. Zamawiający nie określił na jakich Pakietach ma jeździć nowy tabor.

Wniosek:

Określenie w treści SWZ:

- kiedy zostanie zakupiony nowy tabor,
- jaki jest przewidywany cykl utrzymaniowy – naprawczy nowego taboru,
- jaka jest oczekiwana kosztochłonność bieżącego procesu utrzymania oraz napraw wynikających z dokumentacji pojazdów,
- czy przekazanie taboru nastąpi w drodze dzierżawy czy użyczenia nie można stwierdzić, czy nastąpi to odpłatnie, czy nieodpłatnie; jaka będzie wysokość czynszu dzierżawnego;
- informacji na temat amortyzacji (w szczególności wysokości amortyzacji),
- zagadnienia przeniesienia majątkowych praw autorskich lub licencji do dokumentacji pojazdów, co pozwoli na zgodne z prawem przeprowadzenie przez Operatora postępowań na wybór wykonawców przeglądów P4 i P5 taboru Organizatora.

V. Na brak możliwości rzetelnej kalkulacji oferty wpływa fakt. Brakuje informacji w zakresie planowanych obiegów składów pociągów oraz tabel prezentujących rozkład jazdy. Podstawą zwymiarowania finansowego oferty przewozowej jest określenie liczności zaangażowanych pojazdów, a do tego celu niezbędne jest posiadanie obiegów składów pociągów. Konsekwencją braku informacji o obiegach składów pociągów oprócz zaplanowania liczności zaangażowanego taboru jest także brak możliwości określenia zapotrzebowania na zespół pracowników drużyn pociagowych (maszyniści oraz kierownicy pociągu / konduktorzy).

Wniosek:

Wskazanie w treści SWZ informacji w zakresie planowanych obiegów składów pociągów oraz tabel prezentujących rozkład jazdy.

VI. W dokumentach zamówienia nie wskazano informacji o pojazdach spalinowych, których właścicielem jest Zamawiający w zakresie cyklu utrzymaniowo – naprawczego, który determinuje kosztochłonność tychże pojazdów. Obecnie pojazdy te Zamawiający dzierżawi innemu podmiotowi, który jak należy zakładać, również jest zainteresowany udziałem w postępowaniu. Wykonawca ten jest zatem uprzywilejowany w stosunku do pozostałych zainteresowanych uzyskaniem zamówienia wykonawców, w tym Odwołującego.

Wniosek:

Wskazanie w treści SWZ informacji o pojazdach spalinowych własności Zamawiającego w zakresie cyklu utrzymaniowo – naprawczego, który determinuje kosztochłonność tychże pojazdów.

VII. Załącznik nr 7 wzór umowy w § 18 ust. 6 nie przewiduje wypłaty wynagrodzenia a w postaci rekompensaty w przypadku zawieszenia przewozów w wysokości zgodnej z zasadami rozliczania rekompensaty i narusza rozporządzenie 1370/2007 . Rozporządzenie 1370/2007 zobowiązuje Operatora do przygotowania właściwych zasobów w celu wykonania umowy stąd brak rekompensaty za pokrycie kosztów w sytuacji niezależnej od operatora należy uznać za sprzeczne z kwalifikacją kosztów oraz definicją deficytu w myśl Rozporządzenia 1370/2007. Powoduje też istotne ryzyka związane z kalkulacją oferty.

Wniosek

Odwołujący wnosi o zmianę zapisu w taki sposób aby Organizator wypłacał wynagrodzenie w postaci rekompensaty w przypadku zawieszenia przewozów w wysokości zgodnej z zasadami rozliczania rekompensaty i zgodnie z rozporządzeniem 1370 /2007

VIII. W Załączniku nr 2 w ust. 1 stawia się następujące wymaganie:

„Koszty i Przychody, jak również Rozsądny zysk, alokowane będą do Umowy Zgodnie z regulacjami wewnętrznymi Zasadami Rachunkowości Operatora, opracowanymi w sposób zapewniający prowadzenie oddzielnej rachunkowości dla usług świadczonych w zakresie publicznego transportu zbiorowego, związanych z wykonywaniem przewozu o charakterze użyteczności publicznej, zatwierdzonymi zgodnie z zasadami korporacyjnymi obowiązującymi u Operatora, za pisemną zgodą Organizatora.

Zgodnie z odrębnymi przepisami zasady rachunkowości są ustalane przez Kierownika jednostki (Operatora) i nie mogą podlegać regulacjom Organizatora.

Wniosek:

Odwołujący wnioskuję o nadanie postanowieniu następującego brzmienia:

Koszty i Przychody, jak również Rozsądny zysk, alokowane będą do Umowy Zgodnie z

regulacjami wewnętrznymi Operatora, opracowanymi w sposób zapewniający prowadzenie oddzielnej rachunkowości dla usług świadczonych w zakresie publicznego transportu zbiorowego, związanych z wykonywaniem przewozu o charakterze użyteczności publicznej, zatwierdzonymi zgodnie z zasadami korporacyjnymi obowiązującymi u Operatora.

IX. Dokumenty zamówienia nie określają harmonogramu planowanych przeglądów.

Uniemożliwienie skalkulowania oferty z uwagi na brak harmonogramu planowanych przeglądów pojazdów Organizatora, a tym samym wkalkulowania w ofertę kosztów pojazdów zastępczych w sytuacji, gdy tabor Organizatora będzie podlegał naprawie.

Powyższe stanowi utrudnienie konkurencyjności postępowania.

Wniosek:

Odwołujący wnosi o uzupełnienie dokumentacji planowanych przeglądów taboru organizatora wyszczególnionego w tabeli w Załączniku Nr 8 OPZ ust. 7

X. Załącznik Nr 7 wzór umowy w § 3 ust 2 pkt 2 lit f nie zawiera wskazanego w tym przepisie numeru załącznika

Wniosek:

Odwołujący wnosi o uzupełnienie numeru załącznika.

XI. W Załączniku nr 7 w § 9 ust. 4 Zamawiający narzuca Operatorowi obowiązek uwzględniania zaleceń audytu bez możliwości ich zakwestionowania , w sytuacji, kiedy są one sprzeczne z wewnętrznymi zasadami Spółki lub przepisami prawa.

Wniosek:

Odwołujący wnosi o wprowadzenie do § 9 wzoru umowy możliwości zakwestionowania zaleceń audytu w sytuacji, kiedy są one sprzeczne z wewnętrznymi zasadami Spółki lub przepisami prawa.

XII. W załączniku nr 7 wzór umowy §11 ust. 3 brzmi:

3. Operator zapłaci kary umowne w przypadku zawinonego przez siebie nieuruchomienia, bądź rozwiązania przed stacją docelową pociągu ujętego w Rozkładzie Jazdy w danej dobie w wysokości 4 stawek bazowych, o których mowa w ust. 11 za każdy przypadek, z zastrzeżeniem iż maksymalnie 1% Pracy eksploatacyjnej może być niewykonany bez naliczenia za to kary umownej.

Tak sformułowane postanowienie istotnie utrudnia konkurencyjność w postępowaniu, ponieważ wymóg jest niemalże niemożliwy do spełnienia.

Wniosek:

Odwołujący wnosi o ustalenie ww. poziomu na poziomie maksymalnie 5% Pracy eksploatacyjnej, ponieważ jest to poziom potencjalnie możliwy do osiągnięcia bez naliczenia za to kary umownej.

Aktualne warunki zamówienia w tym opis przedmiotu zamówienia i warunki określone we wzorze umowy istotnie utrudnia złożenie rzetelnie sporządzonej i konkurencyjnej oferty.

W uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 marca 2015 r. (Sygn. Akt KIO/KD 15/15), Izba stwierdziła, że:

„Wymagania zamawiającego, na tle przepisu art. 29 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), jakkolwiek można uzasadniać potrzebami, to nie można czynić tego w oderwaniu od ich usprawiedliwienia. (...)”.

Powyższe stanowisko jest ciągle aktualne na gruncie dziś obowiązującego prawa. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 czerwca 2021 r. (Sygn. Akt KIO 1125/21), Izba stwierdziła, że: „Zamawiający przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia i opisując przedmiot zamówienia ma prawo do ustalenia wymagań, które w najlepszym stopniu spełnią jego oczekiwania. Dokonywany opis przedmiotu zamówienia zawsze w jakimś zakresie ogranicza konkurencję. Jednakże to ograniczenie konkurencji, aby było akceptowalne, musi być uzasadnione obiektywnymi i niedyskryminującymi potrzebami zamawiającego. Tak więc, postawione w SWZ wymagania muszą znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego. Acontrario nieakceptowalne będą wymagania ograniczające konkurencję w sposób arbitralny, nieuzasadniony obiektywnymi potrzebami zamawiającego, czy też nie proporcjonalne w stosunku do oczekiwanego efektu. Jeżeli potrzeby zamawiającego mogą zostać zaspokojone poprzez zastosowanie środków mniej restrykcyjnych dla wykonawców i poszerzających dostęp do zamówienia, to środki te należy zastosować.”

Zgodnie z art. 132 PZP:

Przetarg nieograniczony to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy.

W sprawie KIO 1807/14, w wyroku z dnia 24 września 2014 r. wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza wskazując, że:

Ewentualne naruszenie art. 39 p.z.p. mogłoby polegać wyłącznie na niezrealizowaniu określonych tym przepisem cech trybu przetargu nieograniczonego, tj. pełnej otwartości i konkurencyjności.

Orzeczenie to pozostaje aktualne także na gruncie obowiązującego dziś prawa

Ad. Zarzut nr 3.

Zgodnie z art. 239 PZP:

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem

W Rozdziale XIX. OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT, w ust. 1 stwierdzono, że punkty za kryterium „cena” zostaną obliczone wg wzoru opartego o stawkę rozliczeniową danej oferty dla danego pakietu.

Stawka rozliczeniowa nie jest ceną w rozumieniu art. 7 pkt 1 PZP. Jest jednym z elementów obliczania rekompensaty, o której mowa w Załączniku 2 do nr 2 do Wzoru umowy (Załączenia nr 7 do SWZ).

Zgodnie z definicją zawartą w pkt. 4.1. Załącznika nr 2 do Wzoru umowy (Załączenia nr 7 do SWZ) STAWKA rozliczeniowa (pockm) stawka za Pociągokilometr, wynikająca z Rocznego Planu finansowego, do obliczenia której wzięte pod uwagę zostały Przychody oraz Koszty zależne, przy czym Koszty zależne uwzględnione zostają w wartości po waloryzacji, dokonywanej w Rocznym Planie Finansowym, według wzorów opisanych poniżej.

Stawka rozliczeniowa stanowi różnicę sumy wartości stawek jednostkowych kosztów zależnych a przychodami przeliczonymi na 1 pociągokilometr. Zasady wyliczenia Stawki rozliczeniowej (pockm) oraz stawek jednostkowych kosztów zależnych przedstawiono poniżej.

To rekompensata jest wynagrodzeniem za świadczone za wykonanie przedmiotu zamówienia, czyli ceną brutto, o której mowa w rozdziale XVIII SWZ: OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY, która powinna być porównywana w kryterium ceny.

Zgodnie z ust. 1 Załącznika nr 2 do Wzoru umowy (Załączenia nr 7 do SWZ)

Rekompensatę oblicza się według poniższego schematu, w sposób uszczegółowiony w kolejnych postanowieniach niniejszego dokumentu:

Rekompensata =

(+) koszty poniesione w związku ze zobowiązaniem z tytułu świadczenia usług publicznych,
(-) przychody taryfowe, inne przychody uzyskane w związku ze zobowiązaniem z tytułu świadczenia usług publicznych oraz dodatnie wpływy finansowe wygenerowane na sieci obsługiwanej w ramach danego zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych (efekty sieciowe),

(+) rozsądny zysk.

W świetle ww. definicji, to właśnie rekompensata odpowiada cenie ofertowej. Rozliczana jest ona jednak netto, a cena ofertowa, o której mowa w rozdziale XVIII SWZ ma być ujęta brutto

(niezależnie od tego, że zgodnie z art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz.U. z 2019 r. poz .178): *W cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym . Przez cenę rozumie się również stawkę taryfową.*

Stawka rozliczeniowa za pierwszy okres rozliczeniowy (zgodnie z ust. 1 Formularza ofertowego, tj. Załącznika nr 2 do SWZ) nie odpowiada ani łącznemu wynagrodzeniu za wykonania zamówienia w całym okresie, ani nie może być też potraktowana, jak cena jednostkowa. Stawki jednostkowe z poszczególnych lat nie będą sobie równe. Będą też obliczane w różny

W ust. 3 Formularza ofertowego Zamawiający umieścił oświadczenie:

3. Oświadczamy, że cena ofertowa uwzględnia wszelkie koszty, okoliczności i ryzyka niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia dla osiągnięcia zamierzonego efektu.

Oświadczenie to nie odnosi się jednak do ust. 1 Formularza ofertowego, a do ceny ofertowej określonej w rozdziale XVIII SWZ, określonej zgodnie z załączonym do oferty planem finansowym. Cena ta nie podlega jednak ocenie w ramach kryterium oceny ofert, o którym mowa w rozdziale XIX SWZ.

Art. 240 ust. 2 stanowi:

2. Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu

oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

Przyjęty przez Zamawiającego sposób oceny ofert, mający za podstawę pierwszy okres rozliczeniowy nie umożliwia weryfikacji i porównania a poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

Zgodnie z § 7 ust. 2 oraz 6 i 7 Wzoru umowy Załączenia nr 7 do SWZ:

2.Podstawą kalkulacji Rekompensaty jest Plan finansowy, stanowiący załącznik nr 1A do Umowy, który zawiera prognozę szacunkową kalkulację Rekompensaty w całym Okresie Realizacji Przewozów, w rozbiciu na poszczególne Okresy Rozliczeniowe objęte niniejszą Umową, z uwzględnieniem Przychodów i Kosztów (zależnych i niezależnych). Plan finansowy oraz roczny plan finansowy zawiera elementy wskazane we wzorach stanowiących załączniki do niniejszej umowy z uwzględnieniem zasad określonych w załączniku nr 2 do Umowy.

6. Za wyjątkiem I Okresu Rozliczeniowego, na podstawie Projektu Rozkładu Jazdy i Rocznej

Pracy Eksploatacyjnej, Operator przedstawia Organizatorowi w terminie do dnia 30 sierpnia

danego roku projekt Roczego Planu Finansowego na kolejny Okres Rozliczeniowy.

Sporządzając Roczny Plan Finansowy, Operator zobowiązany jest skonsultować zakładany poziom pracy eksploatacyjnej, Przychodów, kosztów zależnych i niezależnych z Organizatorem i uwzględnić jego stanowisko w tym zakresie oraz uwzględnić waloryzację stawek jednostkowych kosztów zgodnie z postanowieniami Załącznika nr 2.

7. Strony prowadzą negocjacje dotyczące projektu Roczego Planu Finansowego z uwzględnieniem całkowitej Pracy Eksploatacyjnej, rocznej Pracy Eksploatacyjnej oraz możliwości finansowych Organizatora. W terminie do dnia 30 września każdego roku Organizator, zatwierdza projekt Roczego Planu Finansowego w formie aneksu do umowy.

Z powyższego wynika, że przyjęta do porównania ofert w ramach kryterium oceny ofert (nazwana kryterium ceny, pomimo, że nie stanowi ceny, o czym mowa powyżej) stawka rozliczeniowa określona w Załączniku nr 2 do Umowy, nie jest ceną za wykonanie zamówienia i nie umożliwia weryfikacji i porównania poziomu oferowanego wykonania przedmiotu, w szczególności, że stawki rozliczeniowe za kolejne okresy są negocjowane lub określone przez Zamawiającego. Uprawnienia, jakie Zamawiający sobie zagwarantował poprzez powyższe postanowienia skutkować mogą w trakcie wykonania zamówienia istotnymi stratami finansowymi. Brak określania jednoznacznych zasad modyfikacji planu finansowego w kolejnych latach wykonania umowy powoduje, że istnieje trudna do zaakceptowania sytuacja, w której Zamawiający mógłby w sposób dowolny określać wielkość Rekompensaty, która byłaby wypłacana Operatorowi. Jest tak dlatego, że Operator zobowiązany jest skonsultować zakładany poziom pracy eksploatacyjnej, Przychodów, kosztów zależnych i niezależnych z Organizatorem i uwzględnić jego stanowisko w tym zakresie oraz uwzględnić waloryzację stawek jednostkowych kosztów zgodnie z postanowieniami Załącznika nr 2.

W Załączniku nr 7 wzór umowy w § 11 ust. 7 „Zmiana składników uwzględnianych w kalkulacji

Rekompensaty możliwe będzie, o ile zmiana tam przewidziana będzie miała wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Operatora powodując ich zwiększenie lub obniżenie w stosunku do szacowanych przez niego przy składaniu oferty.”

Jeśli Zamawiający już na etapie ogłoszenia przetargu dopuszcza możliwość zmiany wynagrodzenia w przyszłości, powoduje to brak przejrzystości i konkurencyjności w postępowaniu z uwagi na fakt, iż przyczyny zmiany składników wynagrodzenia nie są precyzyjnie określone, co może wpływać na preferencyjne lub dyskryminujące traktowanie Wykonawców.

Z prawnego punktu widzenia powyższe jest o tyle ważne, że prowadzi do obejścia zakazu negocjacji treści oferty, a także przepisów dotyczących zmiany umowy o zamówienia publiczne.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 PZP:

1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

W omawianym przypadku negocjacje i zmiany w zakresie złożonej oferty nie miałyby miejsca na etapie oceny ofert, ale prowadzone byłyby po I okresie rozliczeniowym, w toku realizacji umowy.

Nie zmienia to jednak faktu, że negocjacje i zmiany dotyczyłyby oferty, bo zgodnie z ust. 2.1 w Rozdziale XII Zawartość oferty stanowi:

2.1 Formularz ofertowy stanowiący Załącznik nr 2 do SWZ do formularza należy dołączyć plan

finansowy sporządzony wg wzoru stanowiącego Załącznik 1A do wzoru umowy

Sposób wprowadzania ewentualnych zmian do treści oferty (planu finansowego) jest także niezgodny z postanowieniami art. 454 i 455 ust. 1 PZP, ponieważ § 7 ust. 2 oraz 6 i 7 Wzoru umowy Załączenia nr 7 do SWZ nie określają wymaganych przez PZP dla wprowadzania istotnych zmian do umowy, a takie są niewykluczone, w sytuacji, gdy nie są spełnione łącznie następujące warunki:

- a) określają rodzaj i zakres zmian,
- b) określają warunki wprowadzenia zmian,
- c) nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy;

W § 17 ust. 10 wzoru umowy wskazano jednoznacznie, że składając ofertę a w związku z tym także plan finansowy Wykonawca nie będzie mógł zasadniczo żądać zwiększenia wartości wynagrodzenia, tj. Rekompensaty:

10. W sytuacjach wskazanych w niniejszym paragrafie Operator może zwrócić się do Organizatora z wnioskiem o zmianę Umowy. Wniosek powinien mieć formę pisemną i zawierać uzasadnienie oraz propozycję zmiany umowy, w szczególności w zakresie wysokości Rekompensaty lub składników uwzględnianych w jej kalkulacji. Operator wraz ze złożonym wnioskiem zobowiązany jest wykazać Organizatorowi wpływ zmian na koszty wykonania przez niego przedmiotu Umowy, a w przypadku wystąpienia z wnioskiem przez Organizatora w terminie 7 dni od doręczenia mu wniosku, wykazać Organizatorowi wpływ zmian lub jego brak na składniki uwzględniane w kalkulacji Rekompensaty, w szczególności Koszty. W szczególności Operator zobowiązany jest określić: przyjęte przez Operatora zasady kalkulacji wysokości Kosztów oraz założenia co do wysokości przyszłych Kosztów wraz z dokumentami potwierdzającymi prawidłowość przyjętych założeń, wykazanie wpływu

zmian na wysokość Kosztów, szczegółową kalkulację proponowanej zmiany Umowy oraz wykazanie adekwatności propozycji zmiany wysokości Kosztów.

Stosownie do § 17 ust. 12 wzoru umowy:

12. Organizator może przekazać Operatorowi pisemny wniosek w sprawie zmiany wysokości Rekompensaty lub elementów wpływających na jej kalkulację. Wniosek taki powinien zawierać co najmniej propozycję zmiany Umowy w zakresie wysokości Rekompensaty lub elementów

wpływających na jej kalkulację oraz powołanie zmian przepisów.

Nie dotyczy to jednak sytuacji opisanych w § 7 ust. 2 oraz 6 i 7 Wzoru umowy.

Przewidziany w ww. postanowieniach sposób wprowadzania ewentualnych zmian do treści oferty (planu) jest wprost sprzeczny z postanowieniem ust. 5 Załącznika nr 2 do SWZ

Formularz ofertowy, który stanowi, że:

5. Oświadczamy, że zobowiązujemy się zrealizować zamówienie zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji warunków zamówienia oraz zgodnie z złożoną przez nas ofertą

Ad. Zarzut 4.

Powyższy zarzut znajduje uzasadnienie w postanowieniach SWZ dotyczących opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 8 do SWZ wraz z załącznikami) oraz wzoru umowy (Załącznik nr 7 do SWZ wraz z załącznikami, w tym w szczególności Załącznik nr 2 do wzoru umowy Zasady i sposób obliczania Rekompensaty).

W odniesieniu do wzoru umowy należy zauważyć, że w postanowieniach §1 ust. 3 w zw. z §2 ust. 4 §1 ust. 3 wskazano:

„W przypadku zawarcia przez Organizatora nowych porozumień lub dokonania nowych uzgodnień z innymi organizatorami publicznego transportu zbiorowego, a także zmiany dotychczas obowiązujących porozumień lub uzgodnień, Organizator może zlecić Operatorowi wykonywanie Przewozów również poza granicami

[REDAKOWANE]

§ 2 ust. 4

Operator będzie zobowiązany do realizacji Przewozów wskazanych w § 1 ust 3 w wymiarze nie większym niż 30% maksymalnej pracy eksploatacyjnej zaplanowanej na dany okres rozliczeniowy. Operator zobowiązany jest do (wyodrębnienia) wykazania kosztów realizacji tych przewozów w podziale i zgodnie z zasadami sprawozdawczości, wg zasad Umowy musi uwzględniać zasady podziału przychodów, kosztów, wyniku, rozsądnego zysku oraz rekompensaty na część przewozów realizowanych i finansowanych w ramach zadania własnego województwa [REDAKOWANE] oraz tej części przewozów która jest finansowana odpowiednio przez województwo ościennie.

Tak sformułowane wymagania nakładają na Wykonawcę (Operatora) obowiązek wykonania określonych dodatkowych czynności w sytuacji, gdy zapisy nie precyzują istotnych z punktu widzenia sformułowania oferty przetargowej oraz późniejszej ewentualnej realizacji umowy danych. Przede wszystkim, Zamawiający (Organizator) nie wskazał na terminy realizacji dodatkowych obowiązków Wykonawcy i nie określił procedury w tym zakresie. Tymczasem realizacja obowiązków umownych w wymiarze do 30% podstawowego zakresu realizacji ustanowionego przez umowę, może, a raczej na pewno spowoduje, konieczność długotrwałych, szerokich przygotowań, w tym m.in. pozyskanie nowego taboru, czy odpowiednie przygotowanie już posiadanego, potencjalną konieczność zatrudnienia nowych pracowników, zawarcia umów na podwykonawstwo oraz wykonywanie usług pomocniczych, jak np. sprzątanie pojazdów.

Brak szczegółowych regulacji w powyższym zakresie powoduje lub co najmniej sugeruje, iż Zamawiający zastrzega sobie i uzyskuje prawo do arbitralnego nakładania na Wykonawcę kolejnych obowiązków umownych, a w szczególności do określania trybu i terminu w jakim to nastąpi.

W związku z powyższym, tak sformułowane zapisy, nadające Zamawiającemu daleko idące uprawnienia względem Wykonawcy, prowadzą w sposób nieunikniony do możliwości nakładania przez Zamawiającego na Wykonawcę szeregu kar umownych, związanych z nienależytym wykonaniem przez niego umowy. Abstrahując od nieprawidłowej w przekonaniu Odwołującego konstrukcji zapisów umownych dotyczących kar umownych zawartych w § 11 umowy, w tym miejscu należy podnieść, iż tak sformułowane zapisy §1 ust. 3 i §2 ust. 4 mogą prowadzić do bezpodstawnego naliczania tych kar, w oparciu o przesłanki, na które Wykonawca może nie mieć żadnego wpływu. To z kolei prowadzi wprost do naruszenia regulacji art. 433 ust. 3 ustawy PZP, zgodnie z którą *„Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem.”*

Przywołany wyżej przepis art. 433 ust. 3 PZP ustanawia więc klauzulę abuzywną przewidującą odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Zwrócić należy w tym miejscu uwagę na orzecznictwo Sądu Najwyższego dotyczące art. 473 § 1 kodeksu cywilnego. W wyroku z 27.09.2013 r., I CSK 748/12, Sąd Najwyższy stwierdza, iż *„Nie można przyjąć, że dłużnik będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej także w sytuacji, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi wierzyciel. Kara umowna jest bowiem cywilnoprawną sankcją za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika”*.

Na uwagę zasługuje również w tym zakresie orzecznictwo sądów powszechnych, które wpisuje się w nurt orzeczeń SN. Dla przykładu wskazać należy wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 16.04.2019 r., I ACa 802/18, w którym SA stwierdza, że: „*Niewątpliwie sprzeczne z tak ukształtowaną przez ustawodawcę istotą kary umownej byłoby przyjęcie obciążenia dłużnika karą umowną wtedy, gdy do niewykonania lub nienależytego wykonania umowy doszło z przyczyn obciążających wierzyciela*”. Judykatura stoi zatem na stanowisku, iż niedopuszczalne jest takie rozszerzenie odpowiedzialności, które prowadzi do przyjęcia odpowiedzialności za zdarzenia, za które odpowiedzialna jest druga strona umowy.

§11 ust. 1.

Organizator będzie mógł naliczyć Operatorowi kary umowne w przypadku niewykonania z przyczyn leżących po stronie Operatora zobowiązań wskazanych w Umowie w § 3 ust. 2 i ust. 7 w wysokości stawki bazowej, o której mowa w ust. 12 za każdy przypadek niewykonania zobowiązania. Kary będą naliczane Operatorowi bez względu na wagę niewykonania zobowiązań, ich rodzaj i ilość stwierdzoną w toku danej kontroli.

Odwolujący podnosi, iż tak sformułowany zapis dotyczący podstawy do naliczania przez Zamawiającego kar umownych, jest wysoce nieprecyzyjny. Katalog kar został określony w sposób nieprecyzyjny i charakteryzuje się możliwością uznaniowego, arbitralnego naliczania kar, którymi Zamawiający będzie chciał obciążać Wykonawcę. Podkreślenia wymaga,

iż w przywołanym wyżej zapisie projektu umowy, Zamawiający odsyła do treści całego §3 ust. 2 i ust. 7. Znajdują się wśród nich zapisy nieprecyzyjnie, zawierające otwarte katalogi nakładanych na Wykonawcę obowiązków, określające kategorie obowiązków, które strony umowy mogą rozumieć w sposób rozbieżny.

Dla przykładu, zapis §3 ust. 2 pkt 2 zawiera otwarty katalog określający „odpowiednią jakość obsługi pasażerów”, określając przy tym obowiązki Wykonawcy w sposób nieprecyzyjny i pozostawiający Zamawiającemu pole do interpretacji; §3 ust. pkt 9 nakłada na Wykonawcę obowiązek przeprowadzania badań popytowych i jakościowych świadczonych usług, bez wskazania zakresu i częstotliwości tych badań, a zatem również w sposób nieprecyzyjny i pozwalający na dowolną interpretację przez Zamawiającego. Wykonawca podkreśla, iż wskazane powyżej zapisy stanowią jedynie przykład braku precyzji i jednoznaczności w sposobie, w jakim w projekcie umowy opisane zostały kary umowne. To wprost może prowadzić do naliczania tych kar w sposób arbitralny, w oparciu o przesłanki, które nie są w umowie wymienione, i których Wykonawca nie mógł w związku z tym wypełnić. Podobnie jak w przypadku zastrzeżeń związanych z regulacjami § 1 ust. 3 oraz §2 ust. 4 projektu

umowy, Wykonawca stoi na stanowisku, że tak sformułowane zapisy naruszają regulację art. 433 ust. 3 ustawy PZP.

W kontekście zapisów dotyczących kar umownych, które Zamawiający zawarł w projekcie umowy, Wykonawca podnosi również, iż część zapisów została sformułowana w sposób nieprecyzyjny i pozostawiający pole do zbędnej interpretacji lub nadinterpretacji. Wskazać tu należy w szczególności §1 ust. 5, zgodnie z którym *„W przypadku nieuruchomienia bądź rozwiązania przed stacją docelową pociągu, które wynikało z zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 15 listopada 1984 r. Prawo przewozowe i zapewnienia przewozu zastępczego zgodnie z postanowieniami art. 18 ust. 1, w czasie jednej godziny od zaistnienia okoliczności uniemożliwiającej wykonywanie przewozu na stacji początkowej, a w ciągu 1,5 godziny od zaistnienia okoliczności uniemożliwiającej wykonywanie przewozu na szlaku (po opuszczeniu stacji początkowej). Przez uruchomienie przewozu zastępczego rozumiany jest odjazd pojazdu zastępczego z miejsca wydarzenia (zamiany) kara o której mowa w ust. 3 będzie pomniejszona o 50%.”*

Ad. Zarzut nr 5

Naruszanie zasad określonych art.16 stanowi zarzut towarzyszący naruszeniem innych przepisów PZP w toku postępowania. Orzecznictwo wskazuje, że naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców są najczęstszą przyczyną odwołań. Należy tu zacytować aktualne ciągle orzeczenie KIO (zapadłe na gruncie art. 7 dPZP): *„Zgodnie z nakazem z uregulowanym w art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p., wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni być traktowani na równych prawach przez zamawiającego w toku całego postępowania. Obowiązek równego traktowania oznacza również, by wszystkie wymagania, które zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert, były znane wykonawcom w chwili przygotowywania ofert.(...) wyrok KIO z 11.01.2011 r., KIO/UZP 2824/10,LEX nr 70766.*

Poprzez wykazane w odwołaniu wadliwe zapisy w SWZ i załącznikach do niej prowadzony przetarg nieograniczony utracił walor postępowania prowadzonego z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Aktualnie ustalone warunki zamówienia istotnie utrudniają udzielenie zamówienia z zachowaniem zasady przejrzystości.

Zasada proporcjonalności przewidziana jest przez dyrektywy regulujące zagadnienia zamówień publicznych (niezależnie od tego, że została wprowadzona wprost do PZP w trakcie ostatniej nowelizacji). W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 maja 2016 r. (Sygn. akt KIO 786/16), Izba stwierdziła, że: *„Zasada proporcjonalności stanowi jeden z gwarantów poszanowania zasady uczciwej konkurencji. Warunek proporcjonalny to przede wszystkim taki, który zachowuje właściwą proporcję do przedmiotu zamówienia, czyli nie jest w stosunku do niego nadmierny, nie zaś wyłącznie taki, który pozostaje w określonym arytmetycznym stosunku do niego. Istota proporcjonalności musi sprowadzać się do odpowiedzi na pytanie, czy warunek nie ogranicza w sposób nieuzasadniony dostępu do zamówienia podmiotom zdolnym do jego należytego wykonania.”*

Wnosząc odwołanie oraz po zaprezentowaniu zarzutów, wniosków oraz uzasadnienia należy stwierdzić, że doszło do naruszenia wskazanych przepisów oraz zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji w sposób, który ma wpływ na wynik postępowania oraz naruszający interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia.

Ad. Zarzut nr 6.

Art. 17 PZP to przepis określający zasady udzielania zamówień. Zamawiający zobowiązany jest udzielić zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy w sposób zapewniający (zgodnie z ust. 1):

- a. *najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz*
- b. *uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.*

Aktualnie ustalone warunki zamówienia uniemożliwiają udzielenie zamówienia z zachowaniem powyższych zasad. W świetle tych okoliczności Odwołujący [REDAKTOWANE], wnosi jak na wstępie.

Jednocześnie, wobec skali i zakresu zarzutów, a w związku z tym konieczności dokonania istotnych zmian w dokumentach zamówienia, Odwołujący wnosi o wydłużenie terminu składania ofert o 14 dni od dnia wprowadzenia i publikacji zmian dokumentów zamówienia. W dniu 1 października 2021 r. do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2872/21 przystąpił po stronie Odwołującego [REDAKTOWANE] Wykonawca [REDAKTOWANE] wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożonej do akt sprawy, odpowiedzi na odwołanie złożonych przez Zamawiającego, oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania o sygn. akt: KIO 2864/21 oraz odwołania o sygn. akt: KIO 2872/21 na podstawie art. 528 ustawy PZP. Izba uznała, iż Odwołujący [REDAKTOWANE] oraz Odwołujący [REDAKTOWANE] wykazali, iż posiadają interes w uzyskaniu zamówienia oraz mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP.

Izba ustaliła, że Odwołujący [REDAKTOWANE] oraz Odwołujący [REDAKTOWANE] przekazali w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu.

Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2872/21 przez Przystępującego [REDAKTOWANE] po stronie Odwołującego i dopuściła wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika Postępowania.

Izba w sprawach o sygn. akt: KIO 2864/21 oraz KIO 2872/21 dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów zamówienia przekazanych przez Zamawiającego, w szczególności Specyfikacji Warunków Zamówienia, jej modyfikacji, ogłoszenia o zamówieniu i jego zmianach.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w odpowiedziach na odwołanie, pismach procesowych oraz ustnie do protokołu.

Izba dopuściła i przeprowadziła także dowody z następujących dokumentów:

1. przedstawionych przez Odwołującego [REDAKTOWANE]:
 - 1.1. Umowa o świadczenie usług przewozów autobusowych w zbiorowej komunikacji miejskiej zarządzanej przez [REDAKTOWANE] z 23.06.2016 (wyciąg),
 - 1.2. Umowa o świadczenie usług przewozów autobusowych w zbiorowej komunikacji miejskiej zarządzanej przez [REDAKTOWANE] z 28.05.2018 (wyciąg),
 - 1.3. Umowa AD [REDAKTOWANE] o świadczenie usług publicznych w zakresie kolejowych przewozów pasażerskich na terenie [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] w okresie od 12.12.2010 do 12.12.2020 „Pakiet spalinowy” (wyciąg),

- 1.4. Umowa o świadczenie usług przewozów autobusowych w zbiorowej komunikacji miejskiej zarządzanej przez [REDAKTOWANE] z 23.06.2016 (wyciąg),
- 1.5. Załącznik nr 8 do umowy z 11.12.2020 Plan finansowy i Założenia,
- 1.6. Konsultacje rynkowe poprzedzające ogłoszenie postępowania na świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego w transporcie kolejowym na terenie [REDAKTOWANE] w okresie od 12.12.2021 do 14.12.2030 (wyciąg),
- 1.7. Protokół Nr XXXV/21 z XXXV sesji [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] w dniu 30.08.2021 (wyciąg),
- 1.8. „Konsultacje Rynkowe poprzedzające ogłoszenie postępowania na świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego w transporcie kolejowym (...)” Prezentacja UM [REDAKTOWANE] z konferencji prasowej,
- 1.9. „Ostatnie przygotowania do nowego przetargu kolejowego” - informacja biura prasowego UM [REDAKTOWANE] (18.05.2021),
- 1.10. „Kolej po nowemu, zintegrowania komunikacja, jeden bilet” - informacja biura prasowego UM [REDAKTOWANE] (21.04.2021),
- 1.11. Wydruk strony internetowej z platformy zakupowej Organizatora z datami publikacji poszczególnych dokumentów wraz z wydrukiem pisma z 20.10.2021 „Informacja w sprawie zmian w dokumentacji postępowania (...)”,
- 1.12. Wyciąg z SIWZ w przetargu Gminy [REDAKTOWANE] na obsługę gminnych przewozów pasażerskich (BZP.271.02.2020),
- 1.13. Parametry cyklu przeglądowo naprawczego — wyciąg z dokumentacji zamówienia na świadczenie usług publicznych w zakresie kolejowych przewozów pasażerskich organizowanych przez [REDAKTOWANE] w okresie od 1 stycznia 2021 do 31 grudnia 2025,
- 1.14. Komunikat Komisji w sprawie wytycznych interpretacyjnych w odniesieniu do rozporządzenia WE nr 1370/2007,
- 1.15. Tabela fluktuacja przychodów z biletów w komunikacji miejskiej (opracowanie własne na podstawie danych [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE]),
- 1.16. Korespondencja e-mail z 14.06.2021 z [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] wraz z załącznikiem w postaci tabeli z szacunkiem przychodów i kosztów,
- 1.17. Korespondencja e-mail z 22.10.2021 od brokera ubezpieczeniowego w sprawie ubezpieczenia [REDAKTOWANE],
- 1.18. Analiza Audytora Rekompensat Refunda z 15.11.2021 r.,
- 1.19. Opis potrzeb i wymagań Zamawiającego,
- 1.20. Wydruk ze strony internetowej UTK — dane eksploatacyjne,
- 1.21. Wyciąg z Planu zrównoważonego rozwoju publicznego transportu zbiorowego dla

- ████████████████████,
- 1.22. Rejestr licencji — stan na 1 września 2021,
 - 1.23. Umowa ramowa nr ██████████ Koleje ██████████
(wyciąg),
 - 1.24. Uchwała „kierunkowa” dotycząca powołania własnej spółki,
 - 1.25. Wydruk ze strony UTK - dane eksploatacyjne/liczba pasażerów (wpływ Covid-19),
 - 1.26. Uchwała nr VII Rady ██████████ z dnia 25.02.2015 w sprawie akceptacji wprowadzenia bezpłatnej komunikacji miejskiej na terenie ██████████,
 - 1.27. Wyciąg z ██████████ Plan Spójności - tabela nr 32 Przedsięwzięcia kolejowe przewidziane do realizacji w ramach Regionalnego Planu Operacyjnego Woj. ██████████ 2014-2020.
2. Przedstawionych przez Odwołującego ██████████:
 - 2.1. Prezentacja przykładowego obiegowania składów pociągów,
 3. Przedstawione przez Zamawiającego:
 - 3.1. Opinia Prawna z dnia 25.11.2021 r.
 - 3.2. Korespondencja mailowa z wykonawcą ██████████ w sprawie ubezpieczenia ██████████,
 - 3.3. Korespondencja mailowa z ██████████ w sprawie konieczności zerwania połączenia,
 - 3.4. Wyciąg ze sprawozdań w zakresie przeglądów P4 i P5.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W dniu 17 września 2021 r. zostało ogłoszone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. „Świadczenie usług publicznych w publicznym transporcie zbiorowym w kolejowych przewozach pasażerskich na terenie ██████████ ██████████ w okresie od 12 grudnia 2021 r. do 14 grudnia 2030 r.” Numer referencyjny: WZP.272.51.2021. Ogłoszenie postępowania zostało poprzedzone konsultacjami rynkowymi prowadzonymi w dniach 9-11 czerwca 2021 r.

W dniu 17 września 2021 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej dokumenty zamówienia zawierające:

1. Specyfikację warunków zamówienia,
2. Załącznik nr 1A – Instrukcja wypełniania JEDZ,
3. Załącznik nr 2 – Formularz ofertowy,
4. Załącznik nr 3 – Oświadczenie dotyczące grupy kapitałowej,
5. Załącznik nr 4 – Oświadczenie dotyczące podwykonawstwa,
6. Załącznik nr 5 – Oświadczenie o potwierdzenie danych z JEDZ,
7. Załącznik nr 6 – Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby,

8. Załącznik nr 7 - Wzór umowy wraz z załącznikami do Wzoru umowy,
9. Załącznik nr 8 OPZ.

W dniu 20 września 2021 r. zamieścił na stronie internetowej następujące dokumenty zamówienia:

- Załącznik nr 1-2 do OPZ – Rozkład jazdy.

W dniu 22 września 2021 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej:

- Sprostowanie Ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji nr 2021/S 184-479727.

W dniu 28 września 2021 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej informacje o wniesionych odwołaniach przez wykonawców:

1. [REDAKTOWANE], oraz
[REDAKTOWANE]
3. Wezwanie do zgłoszenia przystąpień do postępowań odwoławczych,
4. Załącznik nr 2 do OZP – Zestawienie pojazdów szynowych będących własnością
[REDAKTOWANE].

W dniu 1 października 2021 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej:

- Sprostowanie SWZ (dotyczy treść punktu 1 działu XIX w ramach wzoru dla kryterium cena).

W dniu 4 października 2021 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej:

- Załącznik nr 1 JEDZ.

W dniu 12 października 2021 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej Sprostowanie Ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji nr 2021/S 198-517379 oraz w dniu 19 października 2021 r. kolejne Ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji nr 2021/S 203-531218.

W dniu 20 października 2021 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej:

1. Informację w sprawie zmian SWZ, (w treści pisma Zamawiający poinformował, iż w najbliższym czasie opublikuje dostosowane do wprowadzonych zmian załączniki nr 1A, 1B, 10 i 11 do umowy),
2. Kopię Stan taboru - P4 i P5,
3. Załącznik nr 8 do OPZ (po zmianach),

4. Zmodyfikowany Załącznik nr 2 do wzoru umowy Zasady Rekompensaty,
5. Zmodyfikowany Załącznik nr 7 do SWZ wzór umowy 8.10-1.

W dniu 22 października 2021 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej:

1. Sprostowanie SWZ 22.10.2021,
2. Zmodyfikowany załącznik nr 2 formularz ofertowy,
3. Prognozowane przychody.

W dniu 25 października 2021 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej Sprostowanie Ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji nr 2021/S 207-542637.

Do czasu zamknięcia rozprawy Zamawiający nie udostępnił załączników nr 1A, 1B, 10 i 11 do Umowy, do przekazania których zobowiązał się w Informacji w sprawie zmian SWZ z dnia 20 października 2021 r.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie:

1. zarzutów odwołania o sygn. akt: KIO 2864/21 podniesionych w punktach:
 - 1.1. II.1.d) w części dotyczącej formy przekazania, wysokości czynszu dzierżawnego oraz amortyzacji, II.1.f) w części dotyczącej klimatyzacji; II.1.o); II.6.a)
- w związku z ich cofnięciem przez Odwołującego,
 - 1.2. II.1.h) w części dotyczącej kosztów audytora w związku z jego uwzględnieniem przez Zamawiającego,
2. zarzutów odwołania o sygn. akt: KIO 2872/21 podniesionych w punktach:
 - 2.1. X w związku z jego cofnięciem przez Odwołującego,
 - 2.2. I i IV w części dotyczącej podania zasad wprowadzenia nowego taboru w związku z ich uwzględnieniem przez Zamawiającego;

Izba zważyła:

Izba dokonując oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, ustalając stan faktyczny sprawy oraz orzekając w granicach zarzutów podniesionych w obu odwołaniach w zakresie zarzutów które nie zostały wycofane i nie zostały uwzględnione stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Podkreślić należy, iż w przypadku odwołania na treść postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) ramy postępowania odwoławczego określa nie tylko wskazanie konkretnych uchybień, ale też oczekiwania Odwołującego. Podniesiony w odwołaniu zarzut jak i konstrukcja żądania być musi sformułowana w sposób jasny i

przejrzysty, musi z niego wynikać jednoznaczne sformułowanie oczekiwań Odwołującego a także uzasadnienie dlaczego w ocenie Odwołującego zapisy Specyfikacji Warunków Zamówienia naruszają przepisy Prawa zamówień publicznych oraz zawierać uzasadnienie dla proponowanych przez siebie rozwiązań.

Skład orzekający podziela prezentowany szeroko w orzecznictwie KIO pogląd, iż w przypadku zaskarżenia brzmienia treści postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia, dalsza kreacja ich treści ponad żądanie wskazane w odwołaniu, winna doznawać ograniczeń. Co równie istotne, stawiane żądania w zakresie modyfikacji postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia, powinny prowadzić do eliminacji niezgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, a nie do udogadniania warunków realizacji zamówienia wykonawcom podnoszącym te żądania.

Sygn. akt: KIO 2864/21

1. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1 i ust. 4 PZP w związku z art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP, art. 17 ust. 1 i 2 PZP oraz w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4 oraz 20 PZP oraz w zw. z art. 25 ust. 3 pkt 1,2, 10, 15, 17-18 i 20 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym („Uptz”), poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia („OPZ”) oraz warunków zamówienia dotyczących realizacji Umowy w sposób przejrzysty, jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, Izba za zasadne uznała zarzuty podniesione w petitum odwołania w punktach:

II.1.a) dotyczący obowiązku realizacji przez Operatora przewozów również poza granicami województwa [REDAKTOWANE],

II.1.b) w zakresie podania danych o potokach pasażerskich,

II.1.d) dotyczący braku informacji odnośnie taboru Organizatora,

II.1.e) w zakresie przeniesienia kosztów użytkowania nowego taboru do kosztów niezależnych, II.1.g) w zakresie braku danych odnośnie rozkładu jazdy na pierwszy okres rozliczeniowy, II.1.h) dotyczący zasad wyboru audytora

II.1.i) dotyczący przesunięcia terminu rozpoczęcia świadczenia usług i okresu rozliczeniowego,

II.1.n) dotyczący braku wskazania minimalnej wielkości pracy eksploatacyjnej, co stanowi także o naruszeniu art. 433 pkt 4 PZP.

W zakresie zarzutów podniesionych w pkt:

II.1.d) w części dotyczącej formy przekazania, wysokości czynszu dzierżawnego oraz amortyzacji,

II.1.f) w części dotyczącej klimatyzacji;

II.1.o); II.1.h) w części dotyczącej kosztów audytora postępowanie odwoławcze zostało umorzone.

W pozostałym zakresie Izba uznała zarzuty za niezasadne.

Zgodnie z treścią art. 99 ust. 1 PZP 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 oferty.

Z kolei, zgodnie z treścią art. 99 ust. 4 PZP przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Podkreślenia wymaga, że sporządzenie przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia jest obligatoryjną i jedną z najistotniejszych czynności poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przedmiot zamówienia musi być opisany w sposób jednoznaczny, wyczerpujący, wszechstronny i szczegółowy, tzn. taki, który w sposób precyzyjny i nie budzący wątpliwości określa co jest przedmiotem zamówienia, wskazuje jego dokładny zakres, oraz odnosi się do wszystkich elementów, mających wpływ na jego treść i kształt, z uwzględnieniem wymagań i okoliczności istotnych dla sporządzenia oferty. Opis przedmiotu zamówienia winien być tak sporządzony, aby wyeliminować element niepewności wykonawców co do oczekiwań zamawiającego i zagwarantować wykonawcom wiedzę niezbędną do prawidłowego przygotowania oferty i wykonania zamówienia. Przedmiot zamówienia winien być określony w taki sposób, aby obraz tego co chce nabyć Zamawiający był tożsamy z obrazem odczytanym przez Wykonawcę, który w oparciu o opis przedmiotu zamówienia składa ofertę, w zakresie konkretnej dostawy, usługi lub roboty budowlanej.

Jeżeli opis przedmiotu zamówienia nie będzie spełniał powyższych cech, będzie niepełny i niejasny, nie będzie uwzględniał wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie ważnej oferty, będzie zawierał postanowienia wewnętrznie sprzeczne bądź w inny sposób nieprzejryste, które uniemożliwią wykonawcom rozeznanie co do rzeczywistych oczekiwań zamawiającego w zakresie konkretnego przedmiotu zamówienia, to opis taki należy uznać jako sporządzony z naruszeniem art. 99 ust. 1 PZP.

Opisu przedmiotu zamówienia nie można określać również w sposób, który może skutkować nieuzasadnionym ograniczeniem konkurencji. Sposób sformułowania opisu przedmiotu zamówienia jak też i konkretnie zawarte w nim wymogi wpływają na jakość

złożonych ofert ale i krąg podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia. Dlatego opis przedmiotu zamówienia powinien odpowiadać uzasadnionym i rzeczywistym potrzebom Zamawiającego związanym z realizacją przypisanych mu zadań. Jednakże, Zamawiający sporządzając opis przedmiotu zamówienia, nie może pomijać zasad udzielania zamówień publicznych, wyrażonych w art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP, zgodnie z którymi Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, w sposób przejrzysty oraz proporcjonalny.

Powyższe koresponduje z motywem 74 preambuły dyrektywy klasycznej, gdzie wskazano, że „specyfikacje techniczne [opis przedmiotu zamówienia] powinny być opracowywane w taki sposób, aby uniknąć sztucznego zawężania konkurencji poprzez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę, odzwierciedlając kluczowe cechy dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych zwykle przez tego wykonawcę”.

Zasadniczo każdy opis przedmiotu zamówienia oddziałuje na konkurencję.

Dyrektywa klasyczna w motywie 74 preambuły dostrzega tę okoliczność, wskazując, że niedopuszczalne jest zawężenie, które ma charakter „sztuczny”, tzn. faworyzuje (lub dyskryminuje) określonego wykonawcę lub produkt.

Niedopuszczalne jest zatem w świetle art. 99 ust. 4 PZP zaburzenie konkurencji pomiędzy wykonawcami, mające swoją genezę w przygotowanym opisie przedmiotu zamówienia, polegające albo na preferencji w opisie konkretnego wykonawcy lub produktu, albo na niemającym uzasadnienia wyeliminowaniu wykonawcy lub produktu. Poprzez niedopuszczalne preferowanie należy rozumieć wszystkie zabiegi, przy użyciu dowolnych sposobów opisu przedmiotu zamówienia, które w sposób nieuzasadniony preferują lub wprost wskazują na konkretnego wykonawcę lub konkretny produkt. Skutkiem takiego zapisu jest niemożność złożenia oferty zgodnej z tak sformułowanym opisem przedmiotu zamówienia przez wykonawcę innego niż preferowany lub zaproponowania innego niż preferowany produkt. (por. Prawo Zamówień Publicznych Komentarz pod. red. H. Nowaka, M. Winiarza, s. 340).

Zamawiający kształtując warunki zamówienia, nie może pomijać zasady wyrażonej w art. 17 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którą Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

- 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz
- 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów,

oraz, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący [REDAKTOWANE] powołując się na naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 oraz art. 17 ust. 1 i 2 PZP poprzez zaniechanie sposobu opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków zamówienia dotyczących realizacji umowy w sposób przejrzysty, jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty winien wykazać adekwatny związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy sposobem ukształtowania opisu przedmiotu zamówienia i warunków zamówienia, a brakiem możliwości w oparciu o ten opis, prawidłowego przygotowania oferty i wykonania zamówienia.

Za zasadny Izba uznała zarzut podniesiony w pkt II.1.a) petitum, dotyczący naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 oraz art. 17 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 25 ust. 3 pkt 1-2 Ustawy z dnia 25 czerwca 2021 r. o Publicznym transporcie zbiorowym, dotyczący obowiązku realizacji przez Operatora przewozów również poza granicami [REDAKTOWANE]

W treści Opisu przedmiotu zamówienia (pkt 41) Zamawiający zastrzegł możliwość zwiększenia realizacji przewozów w wymiarze nie większym niż 30 %, w przypadku zawarcia porozumienia między Zamawiającym a województwem ościennym, a Wykonawca zobowiązany będzie do realizacji takich przewozów.

Izba podziela argumentację Odwołującego [REDAKTOWANE], zgodnie z którą zwiększenie realizacji zakresu zamówienia o 30 %, to zakres bardzo szeroki, którego realizacja ma bezpośredni wpływ na cenę oferty. Zważywszy na konieczność uwzględnienia przez wykonawcę w cenie oferty ryzyka wynikającego z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, przy braku jakichkolwiek danych dotyczących realizacji przewozów poza granicami [REDAKTOWANE], wykonawca nie jest w stanie prawidłowo oszacować poziomu przychodów oraz kosztów i ryzyka związanego z realizacją tych przewozów, a w konsekwencji skalkulować ceny zgodnie z zasadami określonymi w pkt XVIII SWZ. Odwołujący wskazał również, że powyższy wymóg narusza art. 25 ust. 3 pkt 1-2 Ustawy z dnia 25 czerwca 2021 r. o Publicznym transporcie zbiorowym (Uptz) (Dz.U. z 2021 r. poz. 1371) zgodnie z którym, w umowie, o której mowa w ust. 1, określa się w szczególności:

- 1) opis usług wynikających z zamówienia;
- 2) linię komunikacyjną, linie komunikacyjne lub sieć komunikacyjną, których dotyczy umowa.

W ocenie Izby, Opis przedmiotu zamówienia w zakresie obowiązków realizacji przewozów poza granicami [REDAKTOWANE] został sporządzony z naruszeniem art. 99 ust. 1

PZP. Nie spełnia podstawowych wymogów nałożonych na Zamawiającego dotyczących jednoznacznego i wyczerpującego opisu. Poza zakreśleniem wielkości do 30 % nie uwzględnia żadnych wymagań i okoliczności mających wpływ na cenę.

Argumentacja Zamawiającego, iż w chwili obecnej nie jest w stanie przewidzieć dokładnej wielkości pracy eksploatacyjnej oraz precyzyjnie określić tras, na których usługi będą realizowane, nie zasługuje na uwzględnienie wobec obowiązku wynikającego z art. 99 ust.1 PZP, którego Zamawiający zobowiązany jest dochować.

Ponadto, Izba wskazuje na niedopuszczalne stanowisko Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 listopada 2021 r. w którym Zamawiający odwołuje się do ponad 10-cio letniego doświadczenia Odwołującego [REDAKTED] w realizacji takich zadań i posiadaniu wystarczającego doświadczenia w kalkulacji oraz rozliczeniu tego typu zadań.

Zamawiający całkowicie pomija okoliczność, iż przedmiotowe postępowanie prowadzone jest zgodnie z ustawą prawo zamówień publicznych, na zasadach konkurencyjnych, a obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania zgodnie z przepisami i zasadami określonymi w ustawie. Jednym z nich jest obowiązek sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Tym samym duże doświadczenie Wykonawcy w świadczeniu usług objętych przedmiotem zamówienia nie zwalnia Zamawiającego z podstawowych obowiązków wynikających z ustawy Pzp dotyczących opisu przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego, zarzut jak i żądanie Odwołującego [REDAKTED] wyrażone w formie alternatywy, na wypadek gdyby Zamawiający nie mógł udostępnić danych, o które Odwołujący wnosi należy uznać za zasadne.

Za zasadny Izba uznała również zarzut wskazany w pkt II.1.b) petitum odwołania dotyczący braku danych o potokach pasażerskich. Przewoźnik zobowiązany jest do zapewnienia podróżnym odpowiednich warunków bezpieczeństwa i higieny oraz wygody i należytej obsługi (art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 15 listopada 1984 r. Prawo przewozowe). Obowiązek taki wynika również z umowy, która zostanie zawarta z Zamawiającym. Ponadto Dokumentacja Techniczno-Ruchowa, Dokumentacja Systemu Utrzymania określają dopuszczalną ilość osób w pojeździe. Zatem za zasadną Izba uznała argumentację Odwołującego, zgodnie z którą, informacje o potokach pasażerskich w odniesieniu do danych historycznych czy też planowanych mają bezpośrednie przełożenie na zestawienie pociągów, stosownie do wielkości potoków pasażerskich, w taki sposób aby nie dochodziło do ich przepełnienia. A brak powyższych danych uniemożliwia prawidłowe, zgodne z przepisami przygotowanie oferty.

W odniesieniu do stanowiska Zamawiającego, Izba podkreśla, że argumentacja, która w celu należytego przygotowania oferty nakazuje wykonawcy korzystać z własnego, dotychczasowego doświadczenia, nie zasługuje na uwzględnienie. Ponadto Zamawiający odwołał się do danych dotyczących prognozowanych potoków pasażerskich ujętych w Planie zrównoważonego rozwoju publicznego transportu zbiorowego dla Województwa [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] stanowiącego załącznik do uchwały nr LIII/814/14 w sprawie uchwalenia „Planu zrównoważonego rozwoju publicznego transportu zbiorowego dla Województwa [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE]” wskazując na możliwość pozyskania takich danych przez Odwołującego. Jeżeli pozyskanie tych danych jest możliwe przez wykonawcę – jak twierdzi Zamawiający, to również i przez Zamawiającego, który jako podmiot zobowiązany do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, winien był informacje takie przekazać wykonawcom. Tym samym, Zamawiający wskazując na możliwość pozyskania danych, które stanowią istotny element opisu przedmiotu zamówienia, potwierdził że ich brak w opisie przedmiotu zamówienia, co stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 PZP. Ponadto Zamawiający ma obowiązek posiadania powyższych danych, bowiem zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1) Uptz, badanie i analiza potrzeb przewozowych w publicznym transporcie zbiorowym, z uwzględnieniem potrzeb osób niepełnosprawnych i osób o ograniczonej zdolności ruchowej jest jednym z elementów organizowania publicznego transportu zbiorowego.

Izba oddaliła natomiast zarzut w zakresie żądania podania przez Zamawiającego danych dotyczących wpływu pandemii i planowanych modernizacji linii na ich planowane wielkości z uwagi na brak argumentacji uzasadniającej żądanie.

Za zasadny Izba uznała zarzut podniesiony w pkt II.1.d) (w zakresie niewycofanym) dotyczącym braku informacji odnośnie taboru Organizatora. Zasadność zarzutu potwierdza również oświadczenie Zamawiającego złożone na rozprawie do protokołu, iż dostrzegł on konieczność uzupełnienia dokumentów zamówienia o dokumentację, o którą wnosi Odwołujący [REDAKTOWANE] i wystąpił w tym celu do Urzędu Transportu Kolejowego. Niezwłocznie po jej otrzymaniu, zamieści ją jako element opisu przedmiotu zamówienia. Ponadto, Zamawiający w dniu 28 września 2021 r. uzupełnił dokumentację zamówienia poprzez dodanie Załącznika nr 2 do OPZ – Zestawienie pojazdów szynowych będących własnością [REDAKTOWANE].

Powyższe potwierdza zasadność zarzutu dotyczącego przygotowania opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem 99 ust. 1 i ust. 4 PZP w związku z art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP, art. 17 ust. 1 i 2 PZP.

Za zasadny Izba uznała również zarzut podniesiony w pkt II.1.e) petitum odwołania, dotyczący zobowiązania do przejęcia dodatkowego taboru Organizatora i sformułowane

żądanie w zakresie przeniesienia kosztów użytkowania nowego taboru do kosztów niezależnych.

Zamawiający w OPZ pkt 21 zastrzegł sobie prawo, do przekazania dodatkowego taboru Wykonawcy, który będzie zobowiązany do jego przyjęcia (dotyczy to wszystkich pakietów). Jednakże w zakresie dodatkowego taboru nie przekazał wykonawcom żadnych informacji dotyczących typu, rodzaju taboru oraz kosztów jego eksploatacji oraz utrzymania, których brak uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie kosztów związanych z zobowiązaniem wykonawcy

do przejęcia dodatkowego taboru, w tym prawidłowe skalkulowanie ceny.

W odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający sam przyznał, iż w chwili obecnej nie jest możliwe określenie parametrów technicznych, gdyż ciągły postęp technologiczny uniemożliwia przewidzenie, jakie rozwiązania techniczne pojawią się w najbliższej przyszłości, a tym bardziej wskazanie konkretnego modelu. Ze stanowiska Zamawiającego jednoznacznie wynika, iż powyższy zakres ocenia jako niemożliwy do przewidzenia, co z kolei ma przełożenie na brak możliwości oszacowania kosztów w tym zakresie przez wykonawców.

Wobec powyższego, za zasadne należy uznać żądanie Odwołującego, zgodnie z którym ryzyko w zakresie oszacowania powyższych kosztów nie powinno być przerzucane na wykonawcę, jako całkowicie od niego niezależne, a koszty użytkowania nowego taboru winny zostać przeniesione do kosztów niezależnych.

W zakresie żądania pokrycia kosztów w wartości faktycznie poniesionych kosztów w opcji Rekompensaty ex post i ex ante, Odwołujący nie przedstawił uzasadnienia, potwierdzającego zasadność żądania.

W zakresie żądania dotyczącego podania informacji odnośnie dodatkowego taboru operatora w zakresie odpłatności, typu, rodzaju taboru, kosztów jego eksploatacji oraz utrzymania Izba uznała zarzut za niezasadny. Za wiarygodne Izba uznała wyjaśnienia Zamawiającego, co do braku możliwości podania w chwili obecnej wnioskowanych danych, z przyczyn obiektywnych niezależnych od Zamawiającego. Ponadto, Zamawiający przewidział że zakup nowego taboru nastąpi w procedurze, w której z głosem doradczym uczestniczyć będzie wykonawca realizujący zamówienie, a przekazanie nowego taboru nastąpi w drodze porozumienia, z informacją o przekazaniu taboru podaną z co najmniej rocznym wyprzedzeniem.

Za zasadny Izba uznała zarzut podniesiony w pkt. II.1.g) dotyczący braku prawidłowego rozkładu jazdy oraz jednoznacznych zasad tworzenia i aktualizacji rozkładów jazdy na kolejne lata, w zakresie braku danych odnośnie rozkładu jazdy na pierwszy okres rozliczeniowy.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia pkt 6, rozkład jazdy pociągów 2021/2022 jest załącznikiem nr 1 do OPZ. Rozkład jazdy 2021/2022, stanowiący załącznik nr 1 do OPZ pomimo, że został załączony do dokumentów zamówienia w dniu 20 września 2021 r. (tj. 3 dni po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu i zamieszczeniu na stronie internetowej dokumentów zamówienia), to w wyniku zmiany treści Załącznika nr 8 OPZ w dniu 20 października 2021 r. jego określenie w pkt 6 OPZ zostało zmienione z „Rozkładu jazdy pociągów 2021/2022” na „Założenia do rozkładu jazdy pociągów 2022/2023” bez zmiany treści oraz tytułu samego Załącznika nr 1 do OPZ (treść nadal odnosiła się do okresu 2021/2022). W ocenie Izby informacje dotyczące Załącznika nr 1 do OPZ i zawarte w jego treści, na podstawie których wykonawca ma przygotować ofertę są niejednoznaczne i budzą wątpliwości. Wykonawca nie ma jednoznacznych i wyczerpujących informacji co do tego, czy treść, która odnosi się do okresu rozliczeniowego 2021/2022 ma być podstawą oszacowania oferty w odniesieniu do okresu rozliczeniowego 2022/2023 (który po zmianie okresu realizacji zamówienia będzie pierwszym okresem rozliczeniowym), czy też zostanie ona uaktualniona. Dlatego Zamawiający winien przekazać wykonawcom jednoznaczne i wyczerpujące dane odnośnie rozkładu jazdy na pierwszy okres rozliczeniowy, w sposób zgodny z treścią art. 99 ust. 1 PZP.

Wobec zmiany przez Zamawiającego określenia „rozkład jazdy” na „założenia do rozkładu jazdy”, za niezasadny Izba uznała zarzut dotyczący braku spełnienia przez zawarty w Załączniku nr 1 do OPZ rozkład jazdy, wymogów rozkładu jazdy w rozumieniu przepisów Rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 10 kwietnia 2021 r. w sprawie rozkładów, bowiem założenia do rozkładu jazdy nie podlegają rygorom wynikającym z ww. przepisów.

Ponadto, Izba za zasadne i wiarygodne (potwierdzone dowodami) uznała wyjaśnienia Zamawiającego, dotyczące zasad i sposobu tworzenia rozkładu jazdy i braku możliwości, z przyczyn niezależnych od Zamawiającego udostępnienia rozkładu jazdy na kolejne lata.

Natomiast w odniesieniu do żądania określenia jednoznacznych zasad tworzenia i aktualizacji rozkładów jazdy na kolejne lata Izba uznała żądanie za niezasadne, nie możliwe do spełnienia przez Zamawiającego, jako podmiotu który nie odpowiada za tworzenie rozkładu jazdy.

W odniesieniu do zarzutu zawartego w pkt. II.1.h), zarzut zasługuje na uwzględnienie w zakresie zasad wyboru audytora.

W ocenie Izby Wykonawca, którego roczne Rozliczenie Rekompensaty w zakresie zgodności z postanowieniami umowy i przepisami prawa będzie podlegało sprawdzaniu przez audytora, a także, z uwagi na to, że audyt jest wiążący dla Wykonawcy, winien wiedzieć

z jakiego kręgu osób będzie wybierany audytor, jakie musi spełniać kwalifikacje, jak zostanie zapewniona bezstronność audytora, a także Wykonawca winien mieć zapewnioną możliwość odwołania się od opinii audytora. Możliwość wniesienia uwag do wstępnego raportu przez Wykonawcę jest niewystarczająca, aby uznać je za możliwość odwołania się od opinii audytora, która ma ostateczny wpływ na wysokość rekompensaty, która zostanie wypłacona wykonawcy.

W zakresie kosztów audytu, Zamawiający uwzględnił zarzut i przeniósł koszt audytora do kosztów niezależnych.

Izba za zasadny uznała również zarzut podniesiony w pkt II.1.i) dotyczący przesunięcia terminu rozpoczęcia świadczenia usług i okresu rozliczeniowego wraz z żądaniem określenia zasad przesunięcia terminu rozpoczęcia świadczenia usług i okresu rozliczeniowego.

Zamawiający wskazał sztywną datę zawarcia umowy poprzez odniesienie się do konkretnego dnia, miesiąca i roku, który jest zgodny z okresem rozliczeniowym, a co z kolei ma przełożenie na opracowanie Planu Finansowego na dany rok. Zamawiający nie przewidział możliwości zawarcia umowy w innym, późniejszym terminie, z uwagi np. na przedłużającą się procedurę przetargową. Żądanie Odwołującego jest zasadne, bowiem w przypadku braku możliwości zawarcia umowy w terminie określonym przez Zamawiającego, brak jest informacji jak będzie kształtował się okres rozliczeniowy, np. czy pierwszy okres zostanie skrócony czy przesunięty, co w konsekwencji będzie skutkowało zmianami w Planie Finansowym.

Bez określenia zasad przesunięcia terminu rozpoczęcia świadczenia usługi i okresu rozliczeniowego, Wykonawca nie będzie mógł prawidłowo skalkulować oferty, co jako istotny brak dokumentacji, winno zostać uzupełnione.

Bez znaczenie dla powyższego są wyjaśnienia Zamawiającego, który wskazał że przesunął termin rozpoczęcia okresu rozliczeniowego o rok a wykonawcy będą mieli więcej czasu na przygotowanie oferty. W dalszym ciągu termin zawarcia umowy określony jest datą sztywną, a zasady przesunięcia terminu rozpoczęcia świadczenia i okresu rozliczeniowego nie zostały dookreślone.

Za zasadny Izba uznała również zarzut podniesiony w pkt II.1.n) w petitum odwołania dotyczący braku wskazania minimalnej wielkości pracy eksploatacyjnej, co stanowi także o naruszeniu art. 433 pkt 4 PZP oraz związane z nim żądanie, wskazania minimalnej wielkości pracy eksploatacyjnej w każdym pakiecie.

Zgodnie z art. 433 pkt 3 PZP projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Art 433 PZP został wprowadzony w celu ograniczenia praktyk zamawiających polegających na kształtowaniu postanowień umów w sposób zabezpieczający wyłącznie ich interesy bez należytego ich wyważenia z interesami wykonawców. Potrzeba zmian w tym zakresie wynikała przede wszystkim z faktu, że zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego posiadał szczególnie uprzywilejowaną pozycję, co niejednokrotnie prowadziło do próby nieuzasadnionego lub nadmiernego przerzucenia ryzyk kontraktowych na wykonawcę (por. Prawo Zamówień Publicznych Komentarz pod. red. H. Nowaka, M. Winiarza)

Określony w art. 433 pkt 4 PZP zakaz wprowadzenia do umowy postanowień związanych z możliwością ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego dotyczy okoliczności, w których Zamawiający nie wskaże minimalnej wartości lub wielkości świadczeń stron. Co do zasady możliwe jest zatem ograniczenie zakresu zamówienia przez Zamawiającego, jeżeli Zamawiający w dokumentach zamówienia określił minimalną wartość lub wielkość świadczenia stron.

Jednakże, w analizowanym opisie przedmiotu zamówienia nie została wskazana minimalna wartość lub wielkość, której realizacja zostanie zagwarantowana przez Zamawiającego.

W szczególności Izba podkreśla nieprawidłowość w zakresie części I, gdzie w pierwszym okresie rozliczeniowym wartość pracy eksploatacyjnej równa jest „0”, a w kolejnych wskazano, że realizacja pakietu I jest uwarunkowana dostępnością tras, u zarządcy infrastruktury kolejowej, bez wskazania minimalnej wielkości pracy eksploatacyjnej.

W ocenie Izby, brak określenia minimalnej wielkości pracy, której świadczenie jest dla wykonawcy gwarantowane, stanowi klauzulę abuzywną wskazaną w art. 433 pkt 4 PZP oraz narusza art. 99 ust. 1 i 4 PZP.

Izba nie uwzględniła zarzutów i żądań dotyczących danych, których Zamawiający nie posiada lub nie może ich przekazać wykonawcom, zarzutów i żądań dotyczących zapisów Specyfikacji Warunków Zamówienia, które zostały przez Zamawiającego zmodyfikowane w toku postępowania a treść zarzutu utraciła swoją aktualność oraz zarzutów i żądań dotyczących przekazania informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba oddaliła zarzut podniesiony w pkt II.1.c) petitum odwołania dotyczący braku danych o przychodach oraz zasad zmiany taryfy oraz żądanie dodania informacji odnośnie historycznych przychodów oraz innych danych mających wpływ na przychody a także określenia zasad zmiany taryfy.

Izba zwraca uwagę, że Zamawiający w dniu 22 października 2021 r. zamieścił na stronie internetowej informacje o prognozowanych przychodach z podziałem na poszczególne pakiety, które zostały przyjęte przez Zamawiającego do oszacowania wartości zamówienia, opracowane w oparciu o przewidywany przez Zamawiającego ruch pasażerski i

założeniu 7% wzrostu cen biletów o wskaźnik inflacji. Zamawiający dokonał również modyfikacji postanowień SWZ, w zakresie możliwości wpływania wykonawcy na cennik, w tym inicjowania jego zmian (§ 5 ust. 12 wzoru umowy) nie częściej niż raz w roku.

Ponadto, podkreślenia wymaga, że Odwołujący [REDAKTOWANE] w zakresie żądania przekazania historycznych danych dotyczących przychodów oraz innych danych mających wpływ na przychody, domaga się udostępnienia przez Zamawiającego danych, które sam (w zakresie realizowanym przez siebie w ramach dotychczasowej umowy) objął tajemnicą przedsiębiorstwa, co czyni niezasadnym żądanie ich załączenia do treści SWZ.

W związku z powyższym, wobec modyfikacji treści SWZ przez Zamawiającego, udostępnienia informacji o szacowanych przychodach i wprowadzenia zasad zmiany Taryfy, zarzut i żądanie stało się bezprzedmiotowe.

Izba oddaliła również zarzut podniesiony w pkt II.1.f) petitum odwołania, dotyczący wymogów przesunięcia taboru między pakietami, odsetka taboru z urządzeniem składającym, możliwości zmian w taborze oraz żądania umożliwienia dokonywania zmian taboru, obniżenia odsetka urządzeń chłodzących, określenia jak ten wskaźnik powinien zostać policzony oraz doprecyzowania postanowień dotyczących zmian w pojazdach.

Odwołujący [REDAKTOWANE] kwestionuje wprowadzony przez Zamawiającego wymóg dotyczący możliwości przesunięcia taboru między pakietami, z zachowaniem zasady zastępstwa na ten sam typ pojazdu. Wskazuje, że zastrzeżenie nie jest zasadne, zwłaszcza że Zamawiający wymaga dostosowania taboru do potoków pasażerskich, zatem wykonawca winien mieć możliwość reagowania na zwiększone potoki pasażerskie, zwiększając liczbę miejsc w pojeździe, a co za tym idzie możliwość zmiany typu pojazdu.

Zarzut Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Za zasadną Izba uznała argumentację Zamawiającego wyrażoną w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którą, „Zamawiający przypisał konkretne pojazdy do poszczególnych pakietów zgodnie z założeniami własnej polityki transportowej w zakresie standardu obsługi podróżnych. Poprzez klauzule uniemożliwiające nieustanne żonglowanie taborem pomiędzy pakietami, Zamawiający chce uniknąć przede wszystkim właśnie przypadku wskazanego przez Odwołującego, czyli wymiany przez Wykonawcę nowoczesnego, kilkuletniego taboru Zamawiającego na tabor Wykonawcy, który wypełnia wyłącznie zasadę „zachowania nie pogorszenia warunków podróżowania w zakresie dostępności miejsc w pociągu”, nie dotrzymując jednocześnie pozostałych założonych przez zamawiającego standardów jakościowych dla danej trasy. Ponadto swobodna, niczym nieograniczona możliwość przesuwania taboru między pakietami mogłaby naruszyć zasadę konkurencyjności postępowania. Zamawiający przypisał bowiem dany tabor dla danego pakietu i w oparciu o te dane Operatorzy zobligowani są przygotować swoją ofertę. Całkowita swoboda przesuwania taboru między pakietami po zawarciu umowy mogła by

doprowadzić do sytuacji, w której złożona w postępowaniu oferta nie odzwierciedla faktycznego sposobu realizacji zamówienia na danym pakiecie". Ponadto Zamawiający dopuścił możliwość stosowania innego typu taboru, z zastrzeżeniem, iż dotyczy to szczególnie uzasadnionych przypadków i za zgodą Zamawiającego. Takie zastrzeżenie w ocenie Izby jest uzasadnione, zważywszy że przedmiot zamówienia obejmuje świadczenie usług przewozów pasażerskich, za jakość których odpowiada Zamawiający. Ponadto Zamawiający musi mieć prawo decyzji w zakresie zmiany sposobu realizacji zamówienia.

Co do określenia wskaźnika odsetka pojazdów wyposażonych w urządzenia chłodzące, został on doprecyzowany, jako stosunek liczby pojazdów spełniających wymagania § 5 ust. 3 wskazanych w załącznikach 4A i 4B do wzoru umowy, do zapotrzebowania na tabor wskazany przez Zamawiającego. Ponadto, oprócz pojazdów wyposażonych w klimatyzację, Zamawiający dopuścił pojazdy wyposażone w urządzenia schładzające, niebędące klimatyzacją.

W zakresie możliwości wprowadzenia zmian, poprawek, udoskonaleń i przeróbek w pojazdach Zamawiającego, za zgodą Zamawiającego i braku dookreślenia pojęcia zmian, poprawek, udoskonaleń i przeróbek, zasadnym jest stanowisko Zamawiającego, iż „uzyskiwania zgody na dokonanie powyższych wynika z potrzeby kontroli Zamawiającego nad przekazanym taborem, co wydaje się być wymogiem naturalnym i oczywistym, zastrzeżenie to dotyczy przecież taboru, którego Zamawiający jest właścicielem i jako taki musi posiadać kontrolę nad stanem swojego taboru. Proces utrzymania pojazdów Zamawiającego, do którego Zamawiający nie jest dopuszczany połączony z odmową przekazywania danych pod pretekstem tajemnicy przedsiębiorcy prowadzi do powstawania sytuacji, na które w odwołaniu wskazuje Wykonawca, a które wynikają przede wszystkim z postępowania podmiotów prowadzących działalność przewozową – Zamawiający zostaje pozbawiony wiedzy dotyczącej aktualnego stanu taboru oraz możliwości jego utrzymania opartej o najnowszą dokumentację (zawierającą m.in. samodzielnie ustalone cykle przeglądowe)".

Wobec powyższego, zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba oddaliła również zarzut podniesiony w pkt II.1.j) petitum odwołania, dotyczący zasad określenia parametrów rekompensaty co stanowi także naruszenie art. 436 pkt 2 PZP oraz 4 ust. 2 lit. b) (i) rozporządzenia (WE) Nr 1370/2007 wraz z żądaniem wskazania przepisów rozporządzenia 1370/2007, które mają zastosowanie do określenia parametrów rekompensaty. Izba, w konstrukcji zarzutu oraz w treści jego uzasadnienia nie odnalazła podstaw wskazujących na zaistnienie przesłanek naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 PZP w zw. z art. 436 pkt 2 PZP, zgodnie z którym umowa zawiera postanowienia określające w szczególności warunki zapłaty wynagrodzenia. W ocenie Izby, odwołanie się do rozporządzenia 1370/2007 w zakresie oceny poprawności kalkulacji rekompensaty, bez

odniesienia do konkretnych przepisów jest wystarczające i nie potwierdza zarzutu. Brak przywołania konkretnych przepisów rozporządzenia 1370/2007, nie oznacza, że Zamawiający nie określił warunków zapłaty wynagrodzenia.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut przywołany w pkt II.1.k) petitum odwołania, dotyczący braku danych o planowanych zamknięciach torowych wraz z żądaniem wskazania danych o planowanych zamknięciach torowych, ich terminach, zakresie, modernizacji i potencjalnym wpływie na realizację usług. Izba za zasadne uznała stanowisko Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie, który wyjaśnił, że „ostateczny kształt rozkładu jazdy jest produktem zarządcy infrastruktury kolejowej – spółki [REDAKOWANE] Harmonogramy zamknięć torowych są jawne i udostępniane na stronach zarządcy infrastruktury kolejowej. Rozkład jazdy edycji 2021/2022 został skonstruowany w oparciu i zgodnie z Regulaminem Sieci 2021/2022 i Sieciowymi harmonogramami zamknięć torowych zawierającym zamknięcia torowe planowane na dzień ogłoszenia przedmiotowego postępowania przetargowego oraz (...).

Mając na uwadze brak zatwierdzonych Regulaminów Sieci dla rozkładów jazdy kolejnych edycji oraz braku dostępnych Sieciowych harmonogramów zamknięć torowych obejmujących cały okres realizacji zamawianej usługi przewozowej, spełnienie powyższego warunku – udostępnienie lub wskazanie miejsca pobrania informacji na temat planowanych zamknięć torowych w okresie realizacji usługi przewozowej - nie jest możliwe z przyczyn niezależnych od Zamawiającego”.

Ponadto, Izba wskazuje, że Odwołujący [REDAKOWANE] mając świadomość żądania podania przez Zamawiającego informacji, których z przyczyn obiektywnych podać nie może, stawia zarzut, bez sformułowania żadnych propozycji rozwiązania problemu, nie próbuje przedstawić żadnych mechanizmów lub możliwości zaproponowania zmian, co również nie pozwala na uwzględnienie zarzutu.

Izba oddaliła również zarzut podniesiony w pkt II.1.l) petitum odwołania dotyczący niedokładnego określenia zakresu ubezpieczenia taboru i żądania modyfikacji SWZ. Zamawiający dokonał modyfikacji treści SWZ w zakresie katalogu ryzyk podlegających ubezpieczeniu, poprzez jego zamknięcie.

Odwołujący [REDAKOWANE] zarzucił brak informacji o wartości ubezpieczenia taboru, która to wartość została przez Zamawiającego wskazana w załączniku nr 2 do OPZ.

Co do braku możliwości uzyskania oferty ubezpieczeniowej na zakres ubezpieczenia wskazany w SWZ, Izba odnosząc się korespondencji mailowej złożonej jako dowód przez Odwołującego i Zamawiającego doszła do przekonania, że zakres objęty ubezpieczeniem jest zgodny z propozycją ubezpieczeniową przedstawioną w innym postępowaniu przez Odwołującego [REDAKOWANE]. Co więcej, korespondencja mailowa prowadzona pomiędzy

Odwołującym [REDAKTOWANE] a brokerem ubezpieczeniowym nie potwierdza braku możliwości otrzymania oferty ubezpieczeniowej na zakres wskazany przez Zamawiającego, lecz na trudność w uzyskaniu takiej oferty. Ponadto, jest to tylko stanowisko jednego z brokerów, wskazujące na jego doświadczenie, a nie daje możliwości obiektywnego oglądu sprawy.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut podniesiony w pkt II.1.m) petitum odwołania, dotyczącego niejasnych zasad określenia kapitału zaangażowanego wraz z żądaniem wskazania jasnych zasad określenia kapitału zaangażowanego zgodnie z ustawą o rachunkowości. Odwołujący wskazuje, że definicja kapitału zaangażowanego nie jest precyzyjna i może nasuwać interpretację, że do pozostałej wartości majątku trwałego należy zaliczyć jedynie wartość netto rzeczowych aktywów trwałych, podczas gdy zgodnie z przepisami o rachunkowości majątek trwały to aktywa trwałe przedsiębiorstwa, do których poza rzeczowymi aktywami trwałymi, zalicza się także wartości niematerialne i prawne, należności długoterminowe oraz długoterminowe rozliczenia.

W ocenie Izby powyższy zarzut dotyczy zasad określania kapitału zaangażowanego i rozsądnego zysku, stanowiących element obliczenia rekompensaty, będącej wynagrodzeniem należnym Operatorowi z tytułu realizacji przewozów. Jednakże sposób obliczenia wynagrodzenia z tytułu realizacji umowy, nie stanowi opisu przedmiotu zamówienia. Zatem powyższy zarzut, odnoszący się do zasad obliczenia wynagrodzenia między stronami, nie może potwierdzać naruszenia art. 99 ust. 1 i ust. 4 PZP, odnoszących się do wyłącznie do opisu przedmiotu zamówienia. Ponadto Odwołujący, wnosząc o zmianę zapisu dotyczącego elementów wyliczenia kapitału zaangażowanego, nie wykazał w jaki sposób i dlaczego zapis wskazany przez Zamawiającego narusza przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego zarzut nie podlegał uwzględnieniu.

2. Odnosząc się do zarzutu art. 431 PZP, art. 433 pkt 1-3 PZP, art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny („kc”), art. 3531 kc, w związku z art. 8 ust. 1 PZP, art. 16 pkt 1-3 PZP oraz art. 17 ust. 1 PZP a także w zw. z art. 27 ust. 3 pkt 1,2, 10, 15, 17-18 i 20 Uptz, poprzez ukształtowanie treści SWZ w zakresie projektowanych postanowień Umowy, w sposób rażąco naruszający równowagę kontraktową stron, przerzucający na wykonawców niemożliwe do oszacowania ryzyka kontraktowe, poprzez nieprecyzyjne lub rażąco niekorzystne dla wykonawców postanowienia Umowy, w tym za okoliczności niezawinione przez wykonawcę lub za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, sprzeciwiający się naturze stosunku zobowiązaniowego, naruszający bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, w konsekwencji zniechęcając wykonawców do

składania ofert w Postępowaniu, ograniczając konkurencję, Izba za zasadne uznała zarzuty podniesione

w petitum odwołania w punktach:

- II.2.a) dotyczący ryzyk wykonawcy związanych z brakiem danych oraz niejasnymi postanowieniami SWZ, o których mowa w pkt II.1. petitum, w tym ryzyka przychodowego, taboru, rozkładu jazdy, rezygnacji z tras, zamknięć torowych, braku autoryzacji wniosku o przydzielenie zdolności przepustowej, ryzyka kosztowego, czy związanego z terminem rozpoczęcia świadczenia usług,
- II.2.b) w zakresie jednostronnych zapisów dotyczących kar umownych,
- II.2.c) dotyczący braku stabilności zamówienia i szerokich przesłanek przedterminowego zakończenia Umowy,
- II.2.d) dotyczący ryzyk wykonawcy związanych z określeniem zasad Rekompensaty, co stanowi także naruszenie art. 433 pkt 3 PZP.

W pozostałym zakresie Izba zarzuty oddaliła.

Zgodnie z treścią art. 431 PZP Zamawiający i Wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej „umową”, w celu należytej realizacji zamówienia. Przepis ten, formułuje zasadę współdziałania zamawiającego i wykonawcy przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak podkreślono w uzasadnieniu do projektu ustawy PZP, „zawarcie umowy nie jest celem samym w sobie, celem tym jest należyte wykonanie zamówienia publicznego z poszanowaniem interesów stron umowy. Urzeczywistnieniu tego celu ma służyć wyrażne wyartykułowanie zasady współdziałania”.

Zgodnie z art. 433 pkt 1-3 PZP projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

- 1) odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia;
- 2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;
- 3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.

Jak zostało wskazane powyżej, art 433 PZP został wprowadzony w celu ograniczenia praktyk zamawiających polegających na kształtowaniu postanowień umów w sposób zabezpieczający wyłącznie ich interesy bez należytego ich wyważenia z interesami wykonawców. Potrzeba zmian w tym zakresie wynikała przede wszystkim z faktu, że zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego posiadał szczególnie uprzywilejowaną pozycję, co niejednokrotnie prowadziło do próby

nieuzasadnionego lub nadmiernego przerzucenia ryzyk kontraktowych na wykonawcę. Zgodnie z uzasadnieniem projektu PZP „skutkiem takiego działania jest niekorzystny wpływ na efektywność wydatkowania środków publicznych, przez wyższe ceny wskazywane przez wykonawców uwzględniające koszt nieproporcjonalnego ryzyka po ich stronie, a także zmniejszenia konkurencyjności postępowań, przez rezygnację potencjalnych wykonawców z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Skutkiem tego przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby postanowień umownych nie kształtować w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia a wykonawcę. Wprowadzenie tej zasady nie ma na celu uniemożliwienia zamawiającym takiego ukształtowania treści umowy, który jest uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminację postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców.”

Ustawodawca, mając na uwadze powyższe negatywne zjawisko, określił w art. 433 PZP katalog niedozwolonych postanowień, czyli takich, których projektowane przepisy umowy w sprawie zamówienia publicznego nie mogą przewidywać. Niedozwolone postanowienia umowne, czyli inaczej „klauszule abuzywne”, to termin wywodzący się z prawa cywilnego, który oznacza postanowienia wzorców umów, które kształtują prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interes. W zamówieniach publicznych klauszule abuzywne oznaczają projektowane postanowienia umowne kształtujące obowiązki wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją. (por. Prawo Zamówień Publicznych Komentarz pod. red. H. Nowaka, M. Winiarza)

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanej sprawy, za zasadny Izba uznała zarzut podniesiony w petitum odwołania w pkt II.2.a) dotyczący ryzyk wykonawcy związanych z brakiem danych oraz niejasnymi postanowieniami SWZ, o których mowa w pkt II.1. petitum, w tym ryzyka przychodowego, taboru, rozkładu jazdy, rezygnacji z tras, zamknięć torowych, braku autoryzacji wniosku o przydzielenie zdolności przepustowej, ryzyka kosztowego, czy związanego z terminem rozpoczęcia świadczenia usług.

Zgodnie z wymogiem zawartym w Rozdziale XVIII SWZ – Opis sposobu obliczenia ceny „Wykonawca powinien wkalkulować w cenę ofertową (brutto) wszystkie jej składniki tj. m.in. wszystkie elementy przedmiotowego zamówienia przedstawione w niniejszej SWZ ze szczególnym uwzględnieniem zasad obliczania rekompensaty wskazanych we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 7 do SWZ oraz ewentualne ryzyko wynikające z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy. Cena ofertowa jest ceną brutto. Cena może ulec zmianie jedynie na zasadach wskazanych we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 7 do SWZ”.

Powyższy wymóg, nakłada na wykonawcę obowiązek ujęcia w cenie oferty, m.in. ryzyk wynikających z okoliczności niemożliwych do przewidzenia w chwili zawarcia umowy, również i tych, których wystąpienie nie jest zależne od wykonawcy, a leży wyłącznie po stronie Zamawiającego. Przykładem ryzyka, którym w całości został obciążony Wykonawca, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający jest ryzyko związane z przychodami, stanowiącymi główny element wynagrodzenia, w szczególności koszty związane z cennikami i taryfami oraz waloryzacją przychodów. Wykonawca zobowiązany jest do zaplanowania przychodów ze sprzedaży biletów wraz z ustawowymi ulgami na pierwszy okres rozliczeniowy nie mając wpływu na ukształtowanie cennika. Prowadzi to do wniosku, że Wykonawca nie mając wpływu na przychody, ich wysokość oraz kształt, za które odpowiada Zamawiający, został w całości obciążony odpowiedzialnością za ich oszacowanie. Takie ukształtowanie postanowień umowy świadczy wprost o naruszeniu art. 433 pkt 4 PZP, ponieważ wprowadza odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający.

W ocenie Izby zasadne jest żądanie Odwołującego [REDAKTOWANO] aby Zamawiający określił odpowiedzialność za przychody po stronie Zamawiającego, ewentualnie przekazał historyczne dane o potokach pasażerskich oraz wprowadził obiektywne kryteria zmiany cen biletów w celu możliwości zaplanowania przychodów. Wykonawca, ponosząc pełne ryzyko przychodów, powinien mieć pełną możliwość ich zaplanowania.

Abstrahując od tego, że Odwołujący [REDAKTOWANO] wykazał zasadność zarzutu, to - jako na dodatkowy element potwierdzający jego zasadność, należy przywołać stanowisko Zamawiającego przedstawione w konsultacjach rynkowych poprzedzających wszczęcie przedmiotowego postępowania (9 - 11 czerwca 2021 r.), w których Zamawiający (np. pkt 50) potwierdził, iż „(...) ryzyko przychodowe zostanie zdjęte z Wykonawcy. Kalkulacja stawki opiera się wyłącznie o koszty z uwzględnieniem wyłączeń w tej materii wskazanych przez Zamawiającego (opłata dworcowa, dostęp do infrastruktury kolejowej ściśle związany z realizacją (...)) oraz indeksacji składników stawki, która zostanie sprecyzowana w SIWZ”. Powyższe zapewnienia zostały również przytoczone w Protokole Nr XXXV/21 z XXXV sesji Sejmiku Województwa [REDAKTOWANO] z dnia 30 sierpnia 2021 r. „(...) Kwestie sprzedaży biletów – całkowicie bierzemy na siebie. Odpowiedzialność za taryfę jaki i też to, ile ten bilet kosztuje. Będziemy całkowicie brać odpowiedzialność za przychody”. Podobnie wypowiedział się rzecznik prasowy Urzędu Marszałkowskiego w dniu 21 kwietnia 2021 r. w informacji prasowej „Kolej po nowemu, zintegrowana komunikacja, jeden bilet” „(...) samorząd województwa [REDAKTOWANO] bierze na siebie całkowitą odpowiedzialność za ryzyko przychodowe w zlecanych przewozach. Nasi usługodawcy będą zobowiązani jedynie do wykonywania rzetelnych usług przewozowych, zgodnie

ze standardami. Racjonalną i odpowiedzialną politykę transportową będziemy prowadzić poprzez odpowiednie ułożenie rozkładów i taryf.”

W zakresie pozostałych ryzyk kontraktowych wskazanych w zarzucie, związanych z brakiem danych pozwalających na ich należyte oszacowanie, oraz niejasnymi postanowieniami Specyfikacji Warunków Zamówienia, Izba wskazuje na słusność żądania Odwołującego [REDAKTOWANE] co do określenia ich w sposób zrównoważony, z zachowaniem zasady przejrzystości, formułowaniem wymagań w sposób jasny i jednoznaczny z poszanowaniem równowagi kontraktowej stron.

Izba uwzględniła również zarzut podniesiony w pkt II.2.b) petitum odwołania w zakresie jednostronnych zapisów dotyczących kar umownych. Odwołujący słusznie podnosi jednostronność kar umownych dotyczących bezpodstawnego rozwiązania umowy obciążających wyłącznie Wykonawcę. Zasada proporcjonalności, a także sposób ukształtowania wzajemnych praw i obowiązków stron umowy w sposób równomierny, nakazywałyby, aby również Zamawiający podlegał karze umownej za bezpodstawne rozwiązanie umowy, co czyni zasadnym żądanie Odwołującego [REDAKTOWANE] w zakresie wprowadzenia od Zamawiającego kary umownej, analogicznie do zasad określonych w § 11 ust. 12 i 16 Umowy.

Izba za niezasadny uznała zarzut dotyczący niejednoznacznych zapisów dotyczących kar umownych.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że liczny katalog obowiązków o ogólnym charakterze, wskazany w § 3 ust. 2 i 7 umowy, stanowiący podstawę do naliczenia kar umownych (§ 11 ust. 1 umowy), w przypadku niewykonania ich z przyczyn leżących po stronie Operatora, może prowadzić do dużej niepewności, jakie konkretne zdarzenia będą penalizowane karą umowną, co do braku powiązania kary z wagą naruszenia i jego skutkiem, a także do możliwości podwójnego karania za jakość obsługi i niedotrzymanie wskaźnika punktualności.

Za zasadne, Izba uznała stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym „Sam katalog (który obecnie został doprecyzowany dzięki modyfikacji § 11 ust. 1 wzoru umowy) jest zaś ściśle skorelowany z obowiązkami operatora – naturalnym jest, że Organizator, którego zadaniem jest zapewnienie mieszkańcom Województwa [REDAKTOWANE] komunikacji publicznej o odpowiedniej jakości, powinien mieć nie tylko możliwość ustanowienia wymogów co do standardu przewozów, ale także ich kontrolowania i sankcjonowania naruszeń każdego z ustanowionych standardów. Tylko bowiem w takiej sytuacji jego obowiązek będzie mógł być rzeczywiście wykonywany.

Zupełnie także nietrafiony jest argument o możliwości podwójnego ukarania, nie zachodzi również proces dwukrotnego karania tego samego połączenia – kara za brak jakości dotyczy konkretnego pociągu kursującego w danym dniu, natomiast ewentualna kara za niezachowanie wskaźnika punktualności dotyczy kursowania konkretnego pociągu na przestrzeni całego kwartału. Zasady przeprowadzenia kontroli doraźnych klarownie wyjaśnia § 10 ust 3-7. Wykonawca może aktywnie uczestniczyć w procedurze – istnieje możliwość wniesienia uwag do protokołu przez obsługę pociągu; oraz zajęcie stanowiska i wyjaśnienia przyczyn nieprawidłowości przez Wykonawcę po otrzymaniu protokołu z kontroli. (...)

Zapis § 11 ust. 8 nie abstrahuje od przyczyn czy stopnia zawinienia Wykonawcy - uwzględniony został zarówno stopień nieprawidłowego wykonania umowy (przedział tolerancji), jak i jego przyczyna (tylko odjazdy, gdzie opóźnienie powstało z winy operatora). (...)

Kara umowna za niezachowanie wskaźnika punktualności pociągów liczona jest na podstawie raportu kwartalnego, stanowiącego załącznik nr 9 do wzoru umowy. Budowa raportu umożliwia przypisanie każdego pociągu do jednej z niżej podanych grup:

- P Pociąg kursował zgodnie z obowiązującym rozkładem jazdy lub był opóźniony do 7 minut
- Sx Pociąg opóźniony z winy przewoźnika
- Ox Pociąg opóźniony z przyczyn niezależnych od przewoźnika
- Nx Pociąg nie kursował - zapewniono przewóz zastępczy
- Mx Pociąg nie kursował - nie zapewniono przewozu zastępczego

oraz szczegółowe opisanie wszystkich zdarzeń, które wystąpiły w danym kwartale. (...)

Zgodnie bowiem z zasadą racjonalnego tworzenia dokumentów prawnych i ich interpretacji, przepisy ściślej regulujące dany przypadek (zatem *lex specialis*) mają pierwszeństwo przed przepisami ogólnymi (*legi generali*). Zatem jeśli za dany przypadek naruszenia przewidziana jest szczególna kara umowna, to oczywistym jest, że nie będzie w tym przypadku zastosowana bardziej ogólna podstawa nakładania kary umownej”.

Powyższe potwierdza brak zasadności zarzutu w zakresie niejednoznacznych zapisów dotyczących kar umownych.

Za zasadny Izba uznała również zarzut podniesiony w pkt II.2.c) petitum odwołania dotyczący braku stabilności zamówienia i szerokich przesłanek przedterminowego zakończenia umowy.

Odwołujący [REDAKTOWANE] wskazuje, że w treści umowy § 18 ust. 4 pkt 1 i pkt 3) – pkt 5) umowy, zostały określone okoliczności uzasadniające przedterminowe rozwiązanie umowy, z przyczyn będących poza kontrolą Operatora. W § 18 ust. 7 umowy, Zamawiający zastrzegł

również możliwość rozwiązania umowy, w okolicznościach innych niż wymienione w powyższych ustępach, które przesądzą o tym, że dalsza realizacja umowy, ze względu na zmianę warunków gospodarczych lub społecznych, nie leży w interesie publicznym, do którego realizacji zobowiązany jest Operator.

Zgodnie z treścią art. 25 ust. 3 pkt 11 Uptz w umowie, o której mowa w ust. 1, określa się w szczególności zasady rozliczeń za realizację usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego, w przypadku wystąpienia okoliczności uniemożliwiających wykonywanie tych usług z przyczyn niezależnych od Operatora.

Izba wskazuje, że przesłanki rozwiązania umowy wskazane w §18 ust. 4 pkt 1 i pkt 3) – pkt 5) oraz ust. 7 umowy stanowią okoliczności uniemożliwiające wykonywanie usługi z przyczyn niezależnych od Operatora. Zatem zgodnie z art. 25 ust. 3 pkt 11 Uptz, Zamawiający zobowiązany jest do zawarcia w treści umowy zasad rozliczenia za realizację usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego, w przypadku wystąpienia okoliczności uniemożliwiających wykonywanie tych usług z przyczyn niezależnych od Operatora.

W związku z powyższym, zasadne jest żądanie Odwołującego [REDAKTOWANE] wprowadzenia do umowy odpowiednich zasad rozliczenia, spełniających wymagania określone w art. art. 25 ust. 3 pkt 11 Uptz.

Izba uwzględniła również zarzut podniesiony w pkt II.2.d) petitum odwołania dotyczący ryzyk wykonawcy związanych z określeniem zasad rekompensaty, co stanowi także naruszenie art. 433 pkt 3 PZP.

Zgodnie z postanowieniami umowy (§ 8 ust. 1) Operatorowi przysługuje rekompensata wyłącznie za rzeczywiście wykonane przewozy, zgodnie z postanowieniami umowy.

Według Załącznika nr 2 do umowy „Zasady i sposób obliczania Rekompensaty” rekompensatę oblicza się według poniższego schematu:

Rekompensata =

- (+) koszty poniesione w związku ze zobowiązaniem z tytułu świadczenia usług publicznych,
- (-) przychody taryfowe, inne przychody uzyskane w związku ze zobowiązaniem z tytułu świadczenia usług publicznych oraz dodatnie wpływy finansowe wygenerowane na sieci obsługiwanej w ramach danego zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych (efekty sieciowe),
- (+) rozsądny zysk.

Odwołujący [REDAKTOWANE] podnosi w odwołaniu, że przyjęta konstrukcja kalkulacji rekompensaty w powiązaniu z zasadą, że ostateczna kwota rekompensaty należnej Operatorowi za dany okres rozliczeniowy, nie może przekroczyć niższej wartości (ex ante albo ex post), oznacza przerzucenie na Operatora pełni ryzyk finansowych faktycznie

realizowanych przewozów (wynikających także z tych kategorii kosztów, które są zaliczone do kosztów niezależnych) oraz ich odchylenia od planu (pomimo braku pełnej możliwości wpływu na plan). Operator ponosi ryzyko finansowe realizacji przewozów i nie ma możliwości uzyskania pokrycia pełni ponoszonych kosztów i ryzyk, co Odwołujący utożsamia z ukrytą formą kary i obciążenia wykonawcy odpowiedzialnością za okoliczności, za które nie ponosi winy, w tym również i te, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający (co stanowi klauzulę abuzywną z art. 433 pkt 3 PZP).

Izba podziela argumentację Odwołującego, podkreślając po raz kolejny, że art 433 PZP został wprowadzony w celu ograniczenia praktyk Zamawiających polegających na kształtowaniu postanowień umów w sposób zabezpieczający wyłącznie interesy zamawiających, bez należytego ich wyważenia z interesami wykonawców. Potrzeba zmian w tym zakresie wynikała przede wszystkim z faktu, że zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego posiadał szczególnie uprzywilejowaną pozycję, co niejednokrotnie prowadziło do próby nieuzasadnionego lub nadmiernego przerzucenia ryzyk kontraktowych na wykonawcę.

W analizowanym stanie faktycznym zaistniała okoliczność, będąca przykładem nieuzasadnionego lub nadmiernego przerzucenia ryzyk kontraktowych na wykonawcę, zwłaszcza w zakresie ryzyka przychodowego. W powyższym zakresie, Izba w całości przywołuje argumentację przedstawioną przy rozpoznaniu zarzutu II.2.a), jako właściwą również dla rozpoznania niniejszego zarzutu.

W zakresie pozostałych, podniesionych w zarzucie kosztów i ryzyk, których oszacowanie ma bezpośredni wpływ na obliczenie rekompensaty, Izba dostrzega zależność pomiędzy brakami w dokumentacji zamówienia, w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia

a ryzykiem wykonawcy związanym z osiągnięciem zaplanowanych przychodów, i przywołuje argumentację podniesioną dla rozpoznania zarzutu II.1.d) jako właściwą także w tym przypadku.

Potwierdzeniem powyższego, jest również stanowisko zawarte w „Analizie Audytora Rekompensat” Refunda (złożonej jako dowód przez Odwołującego [REDACTED]), zgodnie z którym, „podejście Zamawiającego skutkujące przerzuceniem wszystkich ryzyk na wykonawcę / przyszłego Operatora, powoduje, że wypłacenie wynagrodzenia – błędnie nazwane rekompensatą - jest w zasadzie niemożliwe do zaplanowania i oszacowania przez potencjalnych oferentów. (...) Skoro Zamawiający (...) musi wypłacać rekompensatę zgodnie z przepisami Rozporządzenia 1370/2007 oraz UPTZ, to jej konstrukcja w ramach dokumentów Postępowania wymaga całkowitej zmiany, aby odpowiadała praktyce rynkowej, a przede wszystkim zasadom pomocy publicznej. W przypadku ich zaniechania potencjalny

wykonawca nigdy nie otrzyma rekompensaty, a jedynie część pokrycia kosztów bez jakiegokolwiek szansy osiągnięcia jakiegokolwiek zysku.

Spowodowane jest to następującymi okolicznościami:

- a. Przerzuceniem na wykonawcę całego ryzyka przychodowego bez jednoczesnego zagwarantowania pokrycia niedoborów (co jest cechą charakterystyczną dla rekompensaty) wskutek czego wykonawca może nigdy nie uzyskać nawet pokrycia kosztów usługi, co jest zaprzeczaniem krajowej praktyki w tym zakresie
- b. Przerzuceniem na wykonawców w zasadzie wszystkich ryzyk kosztowych niezależnie od tego, że są one w ramach wzoru umowy podzielone na zależne i niezależne od wykonawcy. Zwiększenie jednej lub drugiej kategorii kosztów nie ma bowiem wpływu na wartość rekompensaty rocznej, skoro nie można jej zapłacić w wielkości wyższej niż wynikająca z planu finansowego, a ten z kolei wynika ze złożonej oferty, której z kolei nie sposób odpowiednio oszacować wobec przerzucenia wszelkich ryzyk znanych i nieznanych na wykonawcę.
- c. Nieprawidłowym zdefiniowaniem rozsądnego zysku, co powoduje, że obliczenie jego wartości jest oderwane od realizowanego kontraktu i niezgodne z regułami Rozporządzenia 1370/2007."

Zestawiając powyższą Analizę Audytora Rekompensat z Opinią Prawną złożoną przez Zamawiającego jako dowód w przedmiocie zgodności z unijnymi i polskimi przepisami dotyczącymi publicznego transportu zbiorowego zasad i sposobu obliczania rekompensaty, zastosowanych przez Województwo [REDAKTOWANE] w postępowaniu o udzielenie zamówienia numer WZP.272.51.2021 Izba wskazuje, że powyższa Opinia w ocenie jej autora potwierdza, iż mechanizm obliczania rekompensaty ex ante jest zgodny z Rozporządzeniem 1370/2007 i UPTZ. Jednakże autor opinii nie odniósł się do wymogów i zakazów ustanowionych przez ustawę prawo zamówień publicznych, w szczególności w zakresie klauzul abuzywnych określonych w art. 433.

Izba podkreśla, że przedmiotowe postępowanie prowadzone jest zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych w trybie konkurencyjnym, a zatem Zamawiający nie może wybiórczo stosować obowiązujących przepisów i wprowadzać niedozwolone zapisy umowne w zakresie odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, powołując się na brak konkurencyjności na rynku i odnosząc się wyłącznie do przepisów wynikających z Rozporządzenia 1370/2007 i ustawy o Publicznym transporcie zbiorowym.

Zatem zasadne jest żądanie Odwołującego [REDAKTOWANE] dotyczące modyfikacji Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Izba oddaliła zarzuty zawarte w petitum odwołania w pkt II.2. e) – h).

Zarzuty podniesione w petitum odwołania w punktach: II.2.e) - dotyczący ryzyk związanych z zasadami waloryzacji oraz II.2.h) - dotyczący ryzyk wykonawcy ponoszenia straty finansowej za okres braku realizacji przewozów z powodu zamknięcia linii, zostały oddalone z uwagi na brak w odwołaniu uzasadnienia dla obu zarzutów.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut podniesiony w pkt II.2.f) petitum odwołania dotyczący pełnej odpowiedzialności za roszczenia osób trzecich. Odwołujący [REDACTED] podnosi, że na podstawie § 3 ust. 5 i 6 umowy, to na Operatorze spoczywa pełna odpowiedzialność za roszczenia osób trzecich bez powiązania ich z odpowiedzialnością Operatora. Narusza to postanowienia art. 433 pkt 1 i 3 PZP, ponieważ roszczenia osób trzecich mogą wynikać z okoliczności niezawinionych przez wykonawcę, za które pełną odpowiedzialność ponosi Zamawiający.

Izba zwraca uwagę, iż Zamawiający dokonał modyfikacji § 3 ust. 5 i 6 wzoru umowy w ten sposób, że Operator odpowiada wyłącznie za roszczenia osób trzecich wynikające z przyczyn leżących po jego stronie, powstałe w związku z zadaniami realizowanymi bezpośrednio lub pośrednio przez Operatora w ramach realizacji umowy. Analogicznie zostało doprecyzowane, że Operator będzie zobowiązany do pokrycia szkody lub zwrócenia organizatorowi kosztów wyłącznie w przypadku, gdy na mocy obowiązujących przepisów prawa albo orzeczenia sądu lub innego organu orzekającego, Organizator byłby zobowiązany do zaspokojenia roszczeń powstałych w związku z wykonywaniem przez Operatora w sposób bezpośredni i pośredni zadań związanych z realizacją umowy.

Izba oddaliła również zarzut podniesiony w pkt II.2.g) petitum odwołania dotyczący ryzyka wykonawcy osiągnięcia zaplanowanych przychodów wobec braku możliwości wpływu na Taryfę, której kształt jest całkowicie zależny od decyzji Zamawiającego. Izba dla rozpoznania powyższego zarzutu przywołuje argumentację podniesioną dla zarzutu II.1.c), wskazując, że Zamawiający wprowadził w § 5 ust. 12 wzoru umowy możliwość wpływania Wykonawcy na cennik, w tym inicjowania jego zmian, nie częściej niż raz w roku.

3. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 439 ust. 1-3 PZP w zw. z art. 353¹ kc, art. 8 ust. 1 PZP art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP, art. 17 ust. 1 PZP, art. 431 PZP oraz art. 433 pkt 2-3 PZP, poprzez ukształtowanie projektowanych postanowień Umowy w zakresie waloryzacji wynagrodzenia, Izba za zasadne uznała zarzuty podniesione w petitum odwołania w punktach dotyczące waloryzacji:

II.3.a) przez określenie pierwszej waloryzacji dopiero w trzecim roku obowiązywania Umowy i oparcie jej o wskaźniki sprzed dwóch okresów, w stosunku do których dokonywane są waloryzacje,

II.3.d) w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny.

W pozostałym zakresie Izba uznała zarzuty za niezasadne.

Zgodnie z art. 439 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych

1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

2. W umowie określa się:

1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;

2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub

b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;

3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;

4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

3. 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 kolei, art. 353¹ kc wskazuje, że Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 PZP do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z

dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Wskazać należy, że celem wprowadzenia do Prawa zamówień publicznych obowiązku uwzględniania klauzul waloryzacyjnych w umowach, których przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, jest przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy, która została zachwiana poprzez określone zdarzenia, mające miejsce w trakcie jej realizacji. Ustawodawca nałożył zatem na zamawiających obowiązek wprowadzania do długoterminowych umów (dłuższych niż 12 miesięcy) mechanizmów umownych, które uwzględniałyby wpływ czynników zewnętrznych (zmiana cen materiałów lub kosztów), na rentowność realizowanego zamówienia. Uwzględniając powyższe, regulacja art. 439 PZP prowadzi do zachowania równowagi kontraktowej między zamawiającym a wykonawcą, zobowiązując do rozłożenia między stronami ryzyk gospodarczych będących następstwem zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia i zachodzących w toku jego realizacji. Jednakże, wprowadzając obowiązek ustanowienia klauzuli waloryzacyjnej w umowie, ustawodawca pozostawił swobodzie zamawiającemu możliwość doprecyzowania jej elementów. Dzięki temu możliwe jest uwzględnienie specyfiki danego zamówienia, np. to, jakie materiały lub koszty będą kluczowe albo podlegają zmianom i w konsekwencji będą wpływać na równowagę ekonomiczną stron umowy.

Sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia został pozostawiony swobodzie zamawiających, jednakże swoboda ta jest ograniczona ustawowymi zasadami określającymi relacje między stronami. Ustawodawca ograniczył się bowiem jedynie do wskazania dwóch sposobów ustalenia zmiany wynagrodzenia, tj:

- a. odesłania do wskaźników zmiany cen materiałów lub kosztów ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub
- b. wskazania innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, których zmiana będzie uprawniać do żądania zmiany wynagrodzenia.

Za zasadny Izba uznała zarzut podniesiony w pkt II.3.a) petitum odwołania dotyczący ukształtowania postanowień umowy w zakresie waloryzacji wynagrodzenia, przez określenie pierwszej waloryzacji dopiero w trzecim roku obowiązywania Umowy. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z zapisami pkt. 4.1. Załącznik nr 2 do umowy, pierwsza indeksacja nastąpi dopiero w trzecim roku trwania umowy i nie jest jasne czy podstawą indeksacji ma być wartość kosztów zależnych z pierwszego roku (ex ante) czy faktycznie poniesionych kosztów (ex post). Stanowi to również potwierdzenie zarzutu podniesionego w pkt II.3.d) w zakresie ukształtowania postanowień umowy w zakresie waloryzacji wynagrodzenia w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny.

Izba zwraca uwagę, że art. 439 ust. 1 PZP odnoszący się do umów zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, nakazuje aby umowa zawierała postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, jednak nie precyzuje terminu początkowego, od którego zmiany te winny nastąpić. Podkreślenia wymaga, iż Zamawiający konstruując zapisy przyszłej umowy musi uwzględniać specyfikę danej branży, uwarunkowania danego zamówienia, jego przedmiot, wahliwość cen materiałów lub kosztów, i te elementy, które mogą znacząco wpływać na równowagę ekonomiczną stron w toku realizacji zamówienia. Nie można jednak pominąć regulacji wskazanej w art. 439 ust. 3 PZP, odnoszącej się do umowy zawartej po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, gdzie ustawodawca wskazał, że początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, chyba że Zamawiający określi termin wcześniejszy.

Wobec powyższego, w okolicznościach niniejszej sprawy, opierając się na argumentach Odwołującego dotyczących aktualnego wzrostu inflacji oraz dynamicznego wzrostu cen mających wpływ na świadczone usługi, Izba za zasadne uznała zarzut Odwołującego

w zakresie określenia pierwszej waloryzacji dopiero w trzecim roku obowiązywania umowy. Izba doszła do przekonania, iż sposób waloryzacji umowy, począwszy od trzeciego roku jej obowiązywania, narusza równowagę ekonomiczną stron umowy.

Izba nie uwzględniła zarzutu podniesionego w pkt II.3.b) petitum odwołania dotyczącego określenia waloryzacji wynagrodzenia w sposób nieodpowiadający strukturze kosztów świadczenia usług transportu, poprzez nieprawidłowe ustalenie sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia, z odesłaniem do nieadekwatnego wskaźnika konsumenckiego, oraz podniesionego w pkt II.3.c) dotyczącego niepoprawnego sformułowania wzoru indeksacji.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, iż w zakresie waloryzacji kosztów zależnych, odwołuje się on do wskaźnika waloryzacji, tj. do średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem, ogłoszonego w formie Komunikatu Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w Monitorze Polskim za rok poprzedni przed kolejnym okresem rozliczeniowym, jako do wskaźnika który nie odzwierciedla zmian w kosztach kolejnych okresów.

Izba zauważa, że sposób określenia waloryzacji wynagrodzenia przyjęty przez Zamawiającego nie narusza prawa zamówień publicznych, ponieważ taki sposób waloryzacji jest wprost wskazany w art. 439 ust. 2 pkt 2a) PZP jako jeden z dwóch dopuszczalnych sposobów ustalenia zmiany wynagrodzenia, a Zamawiającemu przysługuje swoboda w zakresie wyboru jednego z nich. Zatem Zamawiający, korzystając z prawa nadanego mu przez ustawodawcę, i wybierając jeden ze wskazanych przez ustawodawcę sposobów

waloryzacji, nie mógł naruszyć przepisów ustawy PZP. Ponadto, co wymaga podkreślenia, Zamawiający uwzględniając postulat Odwołującego, co do uwzględnienia w waloryzacji dynamiki zmian cen na rynku, wprowadził w toku postępowania, dodatkowe mechanizmy waloryzacji kosztów paliwa i energii, ponad kwestionowany przez Odwołującego wskaźnik, co w odniesieniu do tego zakresu, czyni zarzut nieaktualnym.

Wobec powyższego, zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

4. Izba oddaliła również zarzut podniesiony w pkt II.4 petitum odwołania, dotyczący naruszenia art. 134 ust. 1 pkt 6 PZP, art. 436 pkt 1 PZP oraz art. 220 ust. 1 pkt 2 PZP, poprzez określenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług datą kalendarzową na dzień 12 grudnia 2021 r., który to termin jest nierealny do dotrzymania biorąc pod uwagę obecną, niejednoznaczną treść SWZ oraz czas potrzebny na przygotowanie do świadczenia usług, a ponadto przypadający w czasie biegu terminu związana ofertą. Abstrahując od argumentacji podniesionej przy rozpoznaniu zarzutu zawartego w pkt II.1.i) petitum odwołania, którą Izba podtrzymuje, powyższy zarzut Izba uznała za niezasadny. Podkreślenia wymaga, iż zarzut został podniesiony w innym stanie faktycznym, niż stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, do którego ustalenia Izba zobowiązana jest na mocy art. 522 ust. 1 PZP. Zamawiający przesunął termin rozpoczęcia realizacji zamówienia o rok, wyznaczając go na dzień 11 grudnia 2022 r. oraz skrócił okres trwania umowy z 9 lat do 8 lat. Zatem argumenty podniesione w zarzucie, zwłaszcza dotyczące terminu związania ofertą wyznaczonego do dnia 14 lutego 2022 r. utraciły aktualność. Natomiast w zakresie dotyczącym przesunięcia terminu zakończenia realizacji zamówienia i okresu trwania umowy, Odwołujący poza wnioskiem o jego odpowiednie wydłużenie nie uzasadnił, jak w jego ocenie należy obliczyć odpowiedni okres trwania umowy i ile powinien on wynosić.

Wobec powyższego, zarzut należało oddalić.

5. Izba uwzględniła zarzut podniesiony w pkt II.5 petitum odwołania dotyczący naruszenia art. 134 ust. 1 pkt 4), pkt 14) i pkt 17) PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 PZP oraz art. 17 ust. 1 PZP w zw. z art. 436 pkt 2 PZP oraz art. 4 ust. 2 lit b) Rozporządzenia 1370/2007, poprzez opisanie sposobu przygotowania oferty, sposobu obliczenia ceny oraz warunków zapłaty wynagrodzenia w sposób niezrozumiały, niejednoznaczny, skrajnie niekorzystny dla wykonawcy, uniemożliwiający udział w postępowaniu na jasnych, przejrzystych oraz uczciwych warunkach, z uwagi na argumenty podniesione w ppkt a) – d).

Izba uznając argumentację Odwołującego za zasadną co do niezrozumiałych, i niejednoznacznych zapisów dotyczących sposobu obliczenia ceny oraz warunków zapłaty, które mogą w konsekwencji prowadzić do uniemożliwiania udziału w postępowaniu na jasnych, przejrzystych oraz uczciwych warunkach, kierowała się również stanowiskiem

Zamawiającego, który zobowiązał się w dniu 20 października 2021 r. do dokonania modyfikacji załączników nr 1A, 1B, 10 i 11 do umowy, dostosowując je do wprowadzonych zmian

w dokumentacji postępowania i nadając im formę, która ułatwi wykonawcom złożenie oferty. Zamawiający potwierdził zatem zasadność powyższego zarzutu, zwłaszcza, że powyższy zarzut dotyczy w szczególności treści Załącznika nr 1A do umowy, stanowiącego Plan Finansowy na cały okres realizacji zamówienia, będący treścią oferty.

Izba zauważyła również, że do dnia ogłoszenia wyroku w przedmiotowej sprawie, Zamawiający nie udostępnił wykonawcom nowych, zmodyfikowanych załączników nr 1A, 1B, 10 i 11 do umowy. Pomimo oświadczenia Zamawiającego o modyfikacji załączników (zwłaszcza nr 1A), zarzut Odwołującego pozostawał zatem nadal aktualny.

6. Izba za zasadny uznała również zarzut podniesiony w pkt II.6.b) petitum odwołania, dotyczący naruszenia art. 134 ust. 1 pkt 18) PZP w zw. z art. 239 ust. 1-2 PZP, art. 240 ust. 1 PZP oraz art. 242 ust. 1 pkt 2 PZP, poprzez wadliwe określenie kryterium oceny ofert polegające

na ocenie ofert w ramach kryterium oceny w oparciu jedynie o stawkę rozliczeniową wskazaną w formularzu oferty w pierwszym okresie, podczas gdy zamówienie jest udzielane do 14 grudnia 2030 r., wraz z żądaniem, aby najwięcej punktów otrzymała oferta z najkorzystniejszą ceną za wykonanie całego przedmiotu zamówienia. (Zarzut podniesiony w pkt II.6.a) został wycofany).

Odwołujący [REDAKTOWANE] zarzuca Zamawiającemu, iż punkty w ramach kryterium „cena” będą przyznawane wykonawcom w oparciu jedynie o stawkę rozliczeniową wskazaną w formularzu oferty w pierwszym okresie rozliczeniowym, podczas gdy zamówienie udzielone będzie do 14 grudnia 2030 r. Zamawiający przyznając punkty w ramach kryterium „cena”, winien brać pod uwagę również stawkę dla kolejnych okresów rozliczeniowych, nie tylko dla pierwszego.

Izba podziela argumentację Odwołującego, wskazując, że art. 7 pkt 1) PZP zawiera definicję ceny, odsyłając do ustawy o informowaniu o cenach towarów lub usług. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 tej ustawy ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. Zgodnie z art. 3 ust. 2 tej ustawy w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym. Definicja ceny na potrzeby PZP (zwłaszcza w kontekście porównania i oceny ofert) oznacza więc cenę brutto, zawierającą również podatek VAT lub podatek akcyzowy, o ile w przypadku sprzedaży danej usługi czy towaru

taki podatek będzie należny, odnoszącą się do wartości całego przedmiotu zamówienia, a nie jedynie do wartości odnoszącej się – jak w rozpoznawanej sprawie – do elementu rozliczenia dla pierwszego okresu rozliczeniowego. Podkreślenia wymaga, że definicja ceny nie odwołuje się do art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o informowaniu o cenach towarów lub usług, w którym została zdefiniowana cena jednostkowa, pojęcie ceny w PZP nie odnosi się do cen jednostkowych. Prawidłowe obliczenie ceny oferty, jest warunkiem poddania oferty ocenie w przyjętych kryteriach oceny ofert.

Wobec powyższego, należy zgodzić się z odwołującym [REDAKTOWANE] że kryterium „cena” jako kryterium oceny ofert, zostało określone nieprawidłowo, z naruszeniem wskazanych przepisów Prawa zamówień publicznych.

7. Izba oddaliła również zarzut podniesiony w pkt II.7 petitum odwołania dotyczący naruszenia art. 138 ust. 1 w zw. z art. 138 ust 2 i 4 PZP w zw. z art. 133 ust. 1 PZP, poprzez obejście przepisów o minimalnym terminie składania ofert, z uwagi na nieopublikowanie wraz z SWZ informacji kluczowych dla należytego przygotowania oferty lub publikowanie ich w czasie późniejszym od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu wraz z żądaniem wydłużenia terminu składania ofert o co najmniej 40 dni od daty udostępnienia wymaganych informacji i dokumentów oraz wyjaśnienia okoliczności wskazanych w odwołaniu.

Zgodnie z art. 138 ust. 1 PZP termin składania ofert nie może być krótszy niż 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Odwołujący [REDAKTOWANE] wniósł o wydłużenia terminu składania ofert o co najmniej 40 dni od daty udostępnienia dokumentów, o które wnosi, jednak nie przedstawił żadnego uzasadnienia dla wyjaśnienia z czego wywodzi, iż Zamawiający winien przedłużyć termin składania ofert o wskazaną ilość dni. Okres ten jest dłuższy, niż ustawowy termin, na składanie ofert, do którego zachowania zobowiązany jest Zamawiający. Ponadto, Izba podkreśla, że zarzut został postawiony w innych okolicznościach faktycznych. Zamawiający w toku prowadzonego postępowania kilkakrotnie przesuwiał termin składania ofert z wyznaczonego pierwotnie na dzień 18 października 2021 r., ostatecznie wyznaczając go na dzień 17 stycznia 2022 r., co znacznie przekroczyło wnioskowany przez Odwołującego termin.

Wobec powyższego zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

Sygn. akt: KIO 2872/21

Odnosząc się do zarzutów nr 1 i 2 dotyczących naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 PZP, dla których Odwołujący [REDAKTOWANE] przedstawił łączne uzasadnienie, rozwiniętych w pkt

I – XII, Izba za zasadne uznała zarzuty z pkt VI i IX. W zakresie zarzutów z pkt. I, IV – w części dotyczącej podania zasad wprowadzenia nowego taboru postępowanie odwoławcze zostało umorzone z uwagi na uwzględnienie zarzutów przez Zamawiającego, w zakresie zarzutu

z pkt X postępowanie odwoławcze zostało umorzone, z uwagi na wycofanie zarzutu. W zakresie pozostałych zarzutów odwołanie zostało oddalone.

W zakresie zarzutu z pkt VI, zgodnie z którym w dokumentach zamówienia nie wskazano informacji o pojazdach spalinowych, których właścicielem jest Zamawiający w zakresie cyklu utrzymaniowo – naprawczego, który determinuje kosztochłonność tychże pojazdów,

i uprzywilejowania wykonawcy, który obecnie pojazdy te dzierżawi od Zamawiającego, w stosunku do pozostałych zainteresowanych uzyskaniem zamówienia wykonawców, Izba za zasadne uznała żądanie Odwołującego dotyczące wskazania w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia informacji o pojazdach spalinowych, będących własnością Zamawiającego w zakresie cyklu utrzymaniowo – naprawczego, który determinuje kosztochłonność tychże pojazdów.

Informacje te, stanowiąc istotny element treści oferty, mają bezpośredni wpływ na cenę oferty. Winny zatem stanowić element opisu przedmiot zamówienia, ponieważ Zamawiający zobowiązany jest do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Ponadto, zasadność zarzutu potwierdził również Zamawiający, który zobowiązał się do przekazania wykonawcom wykazu pojazdów spalinowych, o który wystąpił do Urzędu Transportu Kolejowego.

Podobnie, w zakresie zarzutu z pkt IX, w którym Odwołujący [REDAKTOWANE] zarzuca brak określenia w dokumentacji zamówienia harmonogramu planowanych przeglądów, których brak uniemożliwia skalkulowanie oferty, a tym samym wkalkulowania w ofertę kosztów pojazdów zastępczych, w sytuacji gdy tabor Organizatora będzie podlegał naprawie, którego zasadność również potwierdził Zamawiający, poprzez zobowiązanie się do udostępnienia dokumentów technicznych, o które wystąpił do Urzędu Transportu Kolejowego.

W zakresie obu zarzutów, stanowisko Zamawiającego stanowi potwierdzenie ich zasadności co do sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem art. 99 ust. 1 i 4 PZP.

Za niezasadny Izba uznała zarzut wskazany w pkt II (w ramach zarzutów 1 i 2),

odwołujący się do zapisów zawartych w Załączniku nr 2 do wzoru umowy, w pkt 2.1.2. pkt. 1 i 2 zgodnie z którym, koszty zależne stanowią:

- 1) Koszt zużycia energii trakcyjnej,
- 2) Koszty zużycia paliwa trakcyjnego.

Odwołujący [REDAKTOWANE] podnosi, że ujęcie powyższych kosztów w kategorii kosztów zależnych, powoduje, że koszty te podlegają waloryzacji w oparciu o średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem ogłoszony w formie Komunikatu Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w Monitorze Polskim za rok poprzedni przed kolejnym okresem rozliczeniowym, który nie odpowiada uwarunkowaniom rynkowym. Przyjęty przez Zamawiającego sposób indeksacji ww. cen powoduje, że rzetelne skalkulowanie oferty nie jest możliwe.

W zakresie powyższego zarzutu Izba wskazuje, że został on podniesiony w innym stanie faktycznym, niż stan rzeczy ustalony przez Izbę w toku postępowania odwoławczego, do którego ustalenia Izba zobowiązana jest na mocy art. 522 ust. 1 PZP. Zamawiający wyjaśnił, iż uwzględniając postulaty Odwołującego [REDAKTOWANE], wprowadził odrębne zasady waloryzacji cen paliwa/energii (Załącznik nr 2 do umowy, pkt 4.1), które w większym stopniu niż określone poprzednio, odzwierciedlają zmiany cen na rynku konkurencyjnych, na którym zaopatrują się przewoźnicy kolejowi.

Wobec powyższych zmian SWZ, żądanie modyfikacji SWZ w zakresie sposobu indeksacji cen paliwa i energii uwzględniającego ich ceny rynkowe stało się nieaktualne i niezasadne.

Żądanie ewentualne, dotyczące przeniesienia kosztów zużycia energii trakcyjnej i zużycia paliwa trakcyjnego do kosztów niezależnych, zostało przez Izbę oddalone z uwagi na brak w treści odwołania uzasadnienia dla żądania.

Izba oddaliła również zarzut wskazany w pkt III (w ramach zarzutów 1 i 2), dotyczący kosztów dostępu do infrastruktury jako kosztu niezbędnego do realizacji zamówienia wraz z żądaniem doprecyzowania, że koszty stanowiące opłatę za różnicę za dostęp do infrastruktury stanowią koszty uwzględnione w kalkulacji rekompensaty.

Izba za zasadne uznała stanowisko Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym: „Zamawiający zamawiając trasy pociągów określił zestawienie składu wyrażające się również masą brutto pojazdu, od której wielkości zależy część stawki jednostkowej opłaty podstawowej. Zamawiający, gospodarujący środkami publicznymi obowiązany jest dbać o ich racjonalne i gospodarne wydatkowanie oraz sprawowanie kontroli nad poziomem i celem wydatków. Różnica w opłacie za dostęp wynikająca z wykorzystania taboru innego, bez uzgodnienia tego faktu z Zamawiającym, nie stanowi kosztu uwzględnianego w kalkulacji Rekompensaty”.

Izba podziela powyższą argumentację, zgodnie z którą żądanie pokrycia przez Zamawiającego kosztów wynikających z wykorzystania taboru, który nie został uzgodniony z Zamawiającym, jest nieuzasadnione i nieracjonalne. Ponadto, Odwołujący [REDAKTOWANE], poza przywołaniem Rozporządzenia 1370/2007, które nie definiuje i nie ogranicza kryterium kosztów związanych z ofertą przewozową, nie przedstawił żadnego uzasadnienia, dla którego Zamawiający winien pokrywać koszty, które nie zostały z Zamawiającym uzgodnione, i pozostają poza jego kontrolą. Wobec powyższego, zarzut podlega oddaleniu.

Izba oddaliła również zarzut podniesiony w pkt. IV (w ramach zarzutów 1 i 2), dotyczący określenia w treści SWZ:

- kiedy zostanie zakupiony nowy tabor,
- jaki jest przewidywany cykl utrzymaniowo – naprawczy nowego taboru,
- jaka jest oczekiwana kosztochłonność bieżącego procesu utrzymania oraz napraw wynikających z dokumentacji pojazdów,
- informacji na temat amortyzacji (w szczególności wysokości amortyzacji),
- zagadnienia przeniesienia majątkowych praw autorskich lub licencji do dokumentacji pojazdów, co pozwoli na zgodne z prawem przeprowadzenie przez Operatora postępowań na wybór wykonawców przeglądów P4 i P5 taboru Organizatora.

Za wiarygodne Izba uznała wyjaśnienia Zamawiającego (podobnie jak w zakresie rozpoznania zarzutu podniesionego przez Odwołującego [REDAKTOWANE] w pkt II.1.e) petitum odwołania), co do braku możliwości podania w chwili obecnej wnioskowanych danych, z przyczyn obiektywnych niezależnych od Zamawiającego, z uwagi na ciągły postęp technologiczny, uniemożliwiający przewidzenie, jakie rozwiązania techniczne pojawią się w najbliższej przyszłości. Ponadto, Izba podkreśla, że Zamawiający przewidział że zakup nowego taboru nastąpi w procedurze, w której z głosem doradczym uczestniczyć będzie Wykonawca realizujący zamówienie, i zostaną z nim ustalone kwestie ilości i rodzaju nowego taboru. Porozumienie regulować będzie w szczególności ilość i parametry techniczne taboru jaki ma zostać przekazany oraz planowany termin i sposób jego przekazania Wykonawcy. Przekazanie nowego taboru nastąpi w drodze porozumienia, z informacją o przekazaniu taboru podaną z co najmniej rocznym wyprzedzeniem.

W ocenie Izby Zamawiający, przekazując powyższe informacje, umożliwił wykonawcy realizującemu zamówienie możliwość współuczestnictwa z zakupie nowego taboru oraz możliwość wprowadzenia z wyprzedzeniem stosownych klauzul w umowach z ewentualnymi podwykonawcami.

Wobec powyższego, z przyczyn obiektywnych Izba uznała zarzut za niezasadny, niemożliwy do uwzględnienia.

W zakresie dotyczącym podania zasad wprowadzenia nowego taboru, zarzut został uwzględniony przez Zamawiającego. Zamawiający dookreślił, że sposób przekazania nowego taboru nastąpi w formie użyczenia.

Izba oddaliła również zarzut podniesiony w pkt V (w ramach zarzutów 1 i 2), dotyczący wskazania w treści SWZ informacji o planowanych obiegach składów pociągów oraz tabel prezentujących rozkład jazdy.

W zakresie wskazania informacji dotyczących rozkładu jazdy, Izba przywołuje odpowiednio argumentację przedstawioną dla rozpoznania zarzutu II.1.g) w odwołaniu o sygn. akt: KIO 2864/21 jako właściwą również dla rozpoznania przedmiotowego zarzutu.

W zakresie wskazania w treści SWZ informacji dotyczących planowanych obiegów składów pociągów Izba zwraca uwagę, że Zamawiający udostępnił możliwe do przekazania wykonawcom informacje dotyczące układu połączeń w roli założeń do konstrukcji rozkładu jazdy, pozostawiając wykonawcom swobodę w zakresie planowania obiegów składów.

Zamawiający z przyczyn obiektywnych, nie mając rozkładu jazdy na okres realizacji zamówienia, nie może przekazać informacji w zakresie planowanych obiegów składów.

Wobec powyższego, zarzut nie podlega uwzględnieniu.

Izba za niezasadny uznała również zarzut podniesiony w pkt VII (w ramach zarzutów 1 i 2), dotyczący zmiany sposobu wypłaty wynagrodzenia wskazanego w § 18 ust. 6 wzoru umowy, w taki sposób, aby Organizator wypłacał wynagrodzenie w postaci rekompensaty w przypadku zawieszenia przewozów w wysokości zgodnej z zasadami rozliczenia rekompensaty i zgodnie z rozporządzeniem 1370/2007.

Odwołujący [REDAKTOWANE] kwestionuje zapisy § 18 ust. 6 wzoru umowy odnoszące się do możliwości zawieszenia realizacji przewozów na okres maksymalnie 6 miesięcy, wywołanych okolicznościami niezależnymi od obu stron, powodującymi że realizacja umowy nie jest możliwa, za który Operatorowi nie przysługuje rekompensata, natomiast przysługuje mu odszkodowanie w wysokości nieprzekraczającej 60% faktycznie poniesionych w tym okresie kosztów, jednak nie wyższej niż 50% kosztów zależnych określonych ex ante dotyczących tego okresu. Odwołujący wnosi o wypłacanie wynagrodzenia w okresie zawieszenia, w postaci rekompensaty, zgodnej z zasadami rozliczenia rekompensaty i zgodnie z rozporządzeniem 1370/2007.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym, klauzula zawarta w § 18 ust. 6 wzoru umowy „ma na celu rozwiązanie sytuacji, w której świadczenie usług staje się niemożliwe z przyczyn niezależnych od obu

stron umowy i dzieje się to nagle. Wprowadzone rozwiązanie jest korzystne dla Operatora, gdyż jest on uprawniony do otrzymywania zryczałtowanego odszkodowania w czasie, gdy nie może on rzeczywiście wykonywać usługi, a zatem zgodnie z rozporządzeniem 1370/2007, nie należy mu się Rekompensata. Dopiero po 6 miesiącach utrzymywania się takiego stanu Organizator może, ale nie musi, rozwiązać umowę. Tak więc Operator ma odpowiednio długi okres na przygotowanie się na wszelkie ewentualności. (...) Określenie przedmiotowych mechanizmów jest konieczne chociażby ze względu na fakt, iż Zamawiający jest podmiotem sektora finansów publicznych dlatego w sposób wyczerpujący zobowiązany jest zabezpieczyć wydatkowanie tych środków ze względu na możliwość podniesienia wobec niego zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych”.

Izba podkreśla, że Odwołujący [REDAKTOWANE] nie wykazał w jaki sposób powyższe postanowienia umowne naruszają przepisy Prawa zamówień publicznych, skutkujące koniecznością ich zmiany. Odwołujący powołał się również na niezgodność powyższej regulacji z zasadami rozliczenia rekompensaty wskazanymi w rozporządzeniu 1370/2007, nie wyjaśniając i nie uzasadniając na czym ta niezgodność polega, i w jaki sposób Zamawiający naruszył powyższe zasady. Odwołujący pominął również okoliczność, iż regulacja zawarta w § 18 ust. 6 wzoru umowy nie odnosi się do zasad obliczenia rekompensaty, lecz do odszkodowania należnego Operatorowi, za okres, w którym nie będzie on świadczył usługi przewozowej, tj. za okres, w którym rekompensata nie będzie mu przysługiwała. Co więcej, Odwołujący [REDAKTOWANE] żądając wypłacenia rekompensaty za okres, w którym nie będzie świadczył usług przewozowych, nie wykazał iż Zamawiający zobowiązany będzie do wypłacenia za taki okres rekompensaty, o której mowa w rozporządzeniu 1370/2007. Odwołujący podnosi, że zobowiązany jest do przygotowania właściwych zasobów w celu wykonania umowy, jednak całkowicie pomija okoliczność, że Zamawiający przewidział mechanizm odszkodowawczy, w przypadku zaistnienia powyższej sytuacji, dzięki któremu Operator będzie otrzymywał zryczałtowane odszkodowanie, na zasadach określonych we wzorze umowy.

Wobec powyższego zarzut należy uznać za niezasadny.

Izba oddaliła również zarzut podniesiony w pkt VIII (w ramach zarzutów 1 i 2) dotyczący treści postanowienia zawartego w Załączniku nr 2 ust. 1 i żądanie nadania mu następującego brzmienia (po usunięciu zwrotu „za pisemną zgodą Organizatora”):

„Koszty i Przychody, jak również Rozsądny zysk, alokowane będą do Umowy Zgodnie z regulacjami wewnętrznymi Operatora, opracowanymi w sposób zapewniający prowadzenie oddzielnej rachunkowości dla usług świadczonych w zakresie publicznego transportu zbiorowego, związanych z wykonywaniem przewozu o charakterze użyteczności publicznej, zatwierdzonych zgodnie z zasadami korporacyjnymi obowiązującymi u Operatora”.

Izba wskazuje, że Odwołujący [REDAKTOWANE], wnosząc o zmianę ww. zapisu, nie uzasadnił stawianego żądania, nie wykazał aby poprzez treść ww. postanowienia Zamawiający naruszył przepisy Prawa zamówień publicznych.

Wobec powyższego zarzut należało oddalić.

Izba za niezasadny uznała również zarzut podniesiony w pkt XI (w ramach zarzutów 1 i 2) dotyczący postanowień zawartych w § 9 ust. 4 wzoru umowy, odnoszących się do obowiązku uwzględnienia zaleceń audytora bez możliwości ich zakwestionowania, w sytuacji, kiedy są one sprzeczne z wewnętrznymi zasadami Spółki lub przepisami prawa oraz żądanie wprowadzenia możliwości zakwestionowania zaleceń audytu w sytuacji, kiedy są one sprzeczne z zasadami Spółki lub przepisami prawa.

Izba podkreśla, iż również w zakresie powyższego zarzutu brak jest wykazania, w jaki sposób, poprzez wprowadzenie powyższego postanowienia, Zamawiający naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

Wobec powyższego, zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

Izba oddaliła również zarzut podniesiony w pkt XII (w ramach zarzutów 1 i 2) dotyczący kar umownych, o których mowa w § 11 ust. 3 wzoru umowy, w którym Zamawiający przewiduje, że maksymalnie 1% pracy eksploatacyjnej może być niewykonany bez naliczenia za to kary umownej oraz żądanie Odwołującego [REDAKTOWANE], o ustalenie ww. poziomu na poziomie maksymalnie 5% pracy eksploatacyjnej, ponieważ jest to poziom potencjalnie możliwy do osiągnięcia bez naliczenia za to kary umownej.

W odniesieniu do powyższego zarzutu i żądania Odwołującego, Izba podkreśla również brak wykazania, że powyższy zapis wzoru umowy, stanowi naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych. Odwołujący [REDAKTOWANE] poza przywołaniem kilku nieadekwatnych do stanu faktycznego wyroków i uchwał Krajowej Izby Odwoławczej, nie przedstawił żadnej argumentacji wykazującej zasadność żądania, ponad to, że nie jest w stanie sprostać wymaganiom Zamawiającego. Nie wykazał również, w jaki sposób wyznaczony przez Zamawiającego poziom pracy eksploatacyjnej, za który nie zostaną naliczone kary umowne, utrudnia złożenie rzetelnie sporządzonej i konkurencyjnej oferty, pomijając fakt, iż kary dotyczą okoliczności zawinionych przez Wykonawcę. Nie wykazał również, że proponowana przez niego zmiana poziomu pracy eksploatacyjnej, za którą nie zostaną naliczone kary umowne, obiektywnie wpłynie korzystnie na realizację zamówienia, a nie jedynie będzie stanowiła subiektywną korzyść dla Odwołującego.

Ponadto, Izba za zasadne uznała stanowisko Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie oraz wyrażone podczas rozprawy, zgodnie z którym, „margines wprowadzony w niniejszym postępowaniu – naliczanie kary za zawinione przez Wykonawcę

nieuruchomienie pociągu dopiero po przekroczeniu poziomu 1% pracy eksploatacyjnej – zdaniem Zamawiającego nie utrudnia konkurencji w postępowaniu i jest przejawem jego elastyczności oraz otwarcia na sygnały zgłaszane przez Wykonawców. 1% pracy eksploatacyjnej pozwala (w rozkładzie jazdy obejmującym 365 dni) na nieuruchomienie z winy Wykonawcy bez ponoszenia za to odpowiedzialności finansowej przykładowo: w pakiecie A - 1 pociągu w relacji [REDAKTOWANO] dziennie (30 miesięcznie), w pakiecie C - 8 pociągów relacji [REDAKTOWANO] miesięcznie, w pakiecie F - 6 pociągów relacji [REDAKTOWANO] miesięcznie, w pakiecie G - 21 pociągów w pełnej relacji z [REDAKTOWANO] w okresie rozkładu jazdy”.

Ponadto, zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że celem zapisu jest zabezpieczenie Zamawiającego przed okolicznością, w której Wykonawcy bardziej opłacałoby się zapłacić karę umowną niż odwołać połączenie.

W powyższych okolicznościach zarzut należało uznać za niezasadny.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego [REDAKTOWANO] podniesionych w pkt 3 – 6 odwołania, Izba wskazuje, że zarzuty te nie mogły zostać uwzględnione z uwagi na brak żądania co do sposobu ich rozstrzygnięcia. Izba wskazuje, jak w uzasadnieniu powyżej, iż w przypadku odwołania na treść postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia, ramy postępowania odwoławczego określa nie tylko wskazanie konkretnych uchybień, ale też oczekiwań Odwołującego. Podniesiony w odwołaniu zarzut jak i konstrukcja żądania być musi sformułowana w sposób jasny i przejrzysty, musi z niego wynikać jednoznaczne sformułowanie oczekiwań Odwołującego a także uzasadnienie dlaczego w ocenie Odwołującego zapisy Specyfikacji Warunków Zamówienia naruszają przepisy Prawa zamówień publicznych oraz zawierać uzasadnienie dla proponowanych przez siebie rozwiązań. W przypadku zarzutów podniesionych w pkt 3 – 6, Odwołujący [REDAKTOWANO] nie sformułował oczekiwań w zakresie sposobu ich rozstrzygnięcia, zatem nie mogły one zostać uwzględnione.

Dodatkowo Izba wyjaśnia, iż zgodnie z art. 555 PZP Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W związku z powyższym zarzuty podniesione podczas rozprawy przez obu Odwołujących oraz w pismach procesowych odnoszące się do postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia, zmodyfikowanych lub uzupełnionych przez Zamawiającego, a nie zawartych w treści odwołań, nie mogły zostać przez Izbę rozpoznane, w związku z tym, iż nie zostały zawarte w odwołaniu.

Uzasadnienie unieważnienia prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 256 w zw. z art. 137 ust. 7 ustawy Pzp

Po rozważeniu całokształtu okoliczności niniejszej sprawy, mając na względzie w szczególności wagę i rodzajów zarzutów uznanych za zasadne, Izba stwierdziła, że spełniona została podstawa unieważnienia prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, o której mowa w art. 256 w zw. z art. 137 ust. 7 ustawy Pzp.

Stosownie do treści art. 137 ust. 7 ustawy Pzp, w przypadku gdy zmiany treści SWZ prowadziłyby do istotnej zmiany charakteru zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym, w szczególności prowadziłyby do znacznej zmiany zakresu zamówienia, zamawiający unieważnia postępowanie na podstawie [art. 256](#). Z powyższą regulacją koresponduje art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że w przypadku gdy zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu istotnie zmieniają charakter zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym, w szczególności znacznie zmieniają zakres zamówienia, zamawiający unieważnia postępowanie na podstawie [art. 256](#). Z kolei stosownie do treści art. 256 ustawy Pzp, zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert, jeżeli wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione.

Z analizy ww. przepisów wynika, iż katalog zmian treści Specyfikacji Warunków Zamówienia mogących zostać uznane za istotnie zmieniające charakter zamówienia jest otwarty. W art. 137 ust. 7 ustawy Pzp ustawodawca jedynie przykładowo za taką zmianę uznał znaczną zmianę zakresu zamówienia. Wskazać należy, iż każdorazowo w okolicznościach danej sprawy punktem wyjścia dla prawidłowej oceny wagi i charakteru zmian treści specyfikacji będzie pierwotny charakter wszczętego postępowania o udzielenie zamówienia. W tym miejscu przypomnieć należy, iż jak wynika z motywu 81 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 65) [dalej „dyrektywa”], *„Należy doprecyzować, że potrzeba zapewnienia wykonawcom czasu wystarczającego na sporządzenie dopuszczalnych ofert może spowodować konieczność wydłużenia pierwotnie ustalonych terminów. Tak byłoby w szczególności w przypadku wprowadzenia istotnych zmian w dokumentach zamówienia. Należy również uściślić, że w takiej sytuacji istotne zmiany należy rozumieć jako obejmujące zmiany, w szczególności w specyfikacjach technicznych, w odniesieniu do których wykonawcy potrzebowaliby dodatkowego czasu na ich zrozumienie i odpowiednią reakcję. Należy jednak wyjaśnić, że zmiany te nie powinny być na tyle istotne, by umożliwić dopuszczenie innych kandydatów niż kandydaci pierwotnie zakwalifikowani lub by zainteresować postępowaniem o udzielenie zamówienia dodatkowych uczestników. Taki przypadek wystąpiłby w sytuacji, gdy wprowadzane modyfikacje istotnie zmieniają charakter zamówienia lub umowy ramowej*

w porównaniu z charakterem pierwotnie określonym w dokumentach zamówienia.” Końcowy fragment motywu 81 dyrektywy daje zatem wskazówkę jakie zmiany dokumentów zamówienia należy uznać za istotnie zmieniające charakter zamówienia w porównaniu z charakterem pierwotnie określonym. Z taką zmianą mielibyśmy do czynienia, w sytuacji gdy zakres zmian wymagających wprowadzenia w dokumentach zamówienia umożliwiłby dopuszczenie innych kandydatów niż kandydaci pierwotnie zakwalifikowani lub by zainteresować postępowaniem o udzielenie zamówienia dodatkowych uczestników. Podkreślenia wymaga również okoliczność, że zarówno art. 137 ust. 7 ustawy Pzp, jak i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp mają charakter obligatoryjny – w przypadku, gdy mamy do czynienia z istotną zmianą charakteru zamówienia zamawiający ma obowiązek unieważnić postępowanie, tylko takie działanie gwarantować bowiem będzie zachowanie zasady równego traktowania wykonawców.

W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy uzasadnionym jest przedstawienie uwag natury ogólnej stanowiących fundament każdego zamówienia publicznego. Izba wskazuje, iż obowiązkiem zamawiającego jest należyte przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Obowiązek ten winien być realizowany z poszanowaniem podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności. Zamawiający winien mieć również na względzie uregulowaną w art. 17 ustawy Pzp zasadę efektywności wyrażającą się w dążeniu do uzyskaniu najlepszej jakości dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnionej charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz uzyskaniu najlepszych efektów zamówienia, efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów. Tym samym przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być postrzegane jedynie przez pryzmat formalnego obowiązku, lecz jako proces gospodarczy mający na celu wyłonienie podmiotu dającego rękojmię należytego wykonania zadania publicznego oraz gwarantującego najlepszą jakość świadczonych usług oraz najlepszych efektów. Jednocześnie w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia niezbędne jest zapewnienie pełnej konkurencyjności i traktowanie wykonawców w sposób równy.

Izba wskazuje, iż kluczowym elementem każdego zamówienia publicznego jest opis wymogów stawianych przez zamawiającego potencjalnym wykonawcom zamówienia. Czynność ta stanowi jednocześnie obowiązek zamawiającego, ale i jego uprawnienie, bowiem zamawiający opisując przedmiot zamówienia odzwierciedla swoje rzeczywiste potrzeby, które chce zaspokoić poprzez udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający

ma prawo, tak określić przedmiot zamówienia, aby opisać go adekwatnie do wyznaczonego celu, zachowując jednocześnie obiektywizm i precyzję w formułowaniu swoich potrzeb. Obowiązkiem zamawiającego w świetle art. 99 ust. 1 ustawy Pzp jest skonstruowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający stosownie do treści art. 99 ust. 4 ustawy Pzp nie może opisać przedmiotu zamówienia w sposób dyskryminacyjny. Podkreślić należy, że sporządzony przez zamawiającego należyć opis przedmiotu zamówienia ma kluczowe znaczenie dla porównywalności złożonych ofert, prawidłowego odczytania przez wykonawcę obowiązków leżących po jego stronie, kalkulacji ceny ofertowej, w tym uwzględnienia i realnej wyceny wszystkich kosztów i ryzyk związanych z realizacją zamówienia publicznego. Wskazać trzeba, iż nie jest rolą wykonawców poszukiwanie z innych źródeł aniżeli specyfikacja warunków zamówienia informacji niezbędnych do przygotowania oferty. Nie jest dopuszczalne na gruncie ustawy Pzp przerzucanie na wykonawców ciężącego na zamawiającym obowiązku prawidłowego opisanie przedmiotu zamówienia. Podobnie nie jest dopuszczalnym takie skonstruowanie postanowień opisu przedmiotu zamówienia, które prowadzi do uprzywilejowania sytuacji wykonawców dotychczas realizujących usługi z uwagi na fakt, iż dysponują oni częścią danych niezbędnych do złożenia oferty, w sytuacji gdy Zamawiający nie udostępnia tych danych wszystkim zainteresowanym wykonawcom w dokumentach zamówienia.

Zdaniem Izby w warunkach tej sprawy Zamawiający *de facto* potwierdził, że nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób należyty. Opisany przez Zamawiającego przedmiot zamówienia był nieprecyzyjny, niepełny, jak również wymagał od wykonawców poszukiwania określonych danych niezbędnych do kalkulacji ceny oferty poza dokumentami zamówienia. Podkreślić należy, iż u podstaw niedołożenia przez Zamawiającego należytej staranności w opisanie przedmiotu zamówienia legło błędne podejście Zamawiającego, który z góry założył, że rynek kolejowy w zasadzie nie jest rynkiem konkurencyjnym, że „*sam fakt zadeklarowania, że postępowanie ma być prowadzone w trybie PZP nie oznacza, że będzie to postępowanie konkurencyjne*” oraz „*że wbrew wymaganiom ustawowym, które wymagają prowadzenia przetargu rynek przewozów kolejowych nie jest w stanie sprostać wymogom konkurencyjności.*” Podkreślić należy, iż skoro Zamawiający zdecydował się na udzielenie przedmiotowego zadania publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp, a nie w trybie powierzenia, z którego uprawniony był skorzystać, to obowiązkiem Zamawiającego było przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o zamówienia publiczne z poszanowaniem przepisów ustawy Pzp. W tym miejscu zauważyć należy, iż z analizy potrzeb i wymagań Zamawiającego dotyczącej przedmiotowego postępowania wynikają wnioski przeciwne do prezentowanych w toku rozprawy. Jak wynika bowiem z ww.

dokumentu w ramach konsultacji rynkowych wzięły udział wszystkie podmioty posiadające licencję na wykonywanie przewozów kolejowych osób (5 podmiotów), jak również stwierdzono, że *„w toku konsultacji wykazano, że postępowanie przetargowe jest jedyną drogą do dokonania wyboru operatora w sposób pozwalający zachować zasady konkurencyjności i przejrzystości”*.

Izba wskazuje, iż przeprowadzone postępowanie odwoławcze potwierdziło, że dokumentacja zamówienia zawierała liczne braki np. dotyczące historycznych danych w zakresie potoków pasażerskich na liniach objętych przedmiotem zamówienia, danych odnośnie rozkładu jazdy, informacji odnośnie taboru Organizatora przypisanego do poszczególnych pakietów, kosztów utrzymania, gotowości technicznej pojazdów, stanu technicznego, parametrów technicznych itp., minimalnych wielkości pracy eksploatacyjnej w każdym pakiecie, braki w dokumentacji technicznej (DSU), które niewątpliwie przekładałyby się na prawidłową wycenę oferty oraz porównywalność złożonych ofert. Zamawiający z kolei powyższe braki w opisie przedmiotu zamówienia usprawiedliwiał możliwością skorzystania przez Odwołujących z własnego doświadczenia oraz posiadanych danych, czy też ogólnej bazy danych prowadzonej przez Urząd Transportu Kolejowego, co nie zasługuje na akceptację z przyczyn omówionych powyżej.

Dalej wskazać należy, iż Zamawiający przyznał w toku rozprawy, że winien udostępnić wykonawcom jako załącznik do specyfikacji dokumentację DSU, dlatego też w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia wystąpił do Urzędu Transportu Kolejowego o jej przekazanie. Powyższe jednoznacznie potwierdza, że już tylko w tym zakresie Zamawiający uchybił regułom określonym w art. 99 ustawy Pzp, a proces opisania przedmiotu zamówienia w ww. zakresie rozpoczął *de facto* po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia na skutek wniesionych przez wykonawców środków ochrony prawnej, co nie zasługuje na ochronę prawną. Zamawiający w toku postępowania zobowiązał się także do modyfikacji części załączników, w tym np. załącznika 1A do umowy stanowiącego ważki z punktu widzenia Wykonawców dokument obejmujący Plan Finansowy będący załącznikiem do oferty. Na moment zamknięcia rozprawy Zamawiający nie udostępnił jednak załączników, których zmiany przewidywał, w tym załącznika 1A do umowy. Nie zostało także wyjaśnione, jaki zakres zmian Zamawiający zamierza wprowadzić w rzeczonym dokumencie, nie sposób również ustalić jaka jest relacja planu rocznego do planu 8 – letniego. Powyższe potwierdza, iż niniejsze zamówienie nie zostało przygotowane należycie, a potencjalni wykonawcy zamówienia pozostali w niepewności co do wymogów stawianych przez Zamawiającego.

Wyżej opisane działanie Zamawiającego, jak i zawarte w odpowiedziach na odwołanie twierdzenia Zamawiającego, jak przykładowo: „*Odwołujący jako realizator zadań ma wystarczające doświadczenie w kalkulacji oraz rozliczaniu*”, „*najbardziej wiarygodne dane dotyczące przychodów na poszczególnych liniach posiada wykonawca, gdyż świadcząc usługi ma przeanalizowany poziom przychodów (...). Zamawiający nie posiada danych historycznych dotyczących przychodów w układzie pakietów.*”, czy też „*wykonawca, będąc podmiotem realizującym usług, doskonale zna procedurę układania rozkładu jazdy oraz optymalnego obiegowania składów*” w sposób jednoznaczny wskazują po pierwsze, że Zamawiający nie przygotował postępowania w sposób należyty (nie przekazał danych niezbędnych do przygotowania ofert w sposób umożliwiający ich wzajemną porównywalność), a po drugie, że swoim zaniechaniem Zamawiający sam – i to zdaje się świadomie – ograniczył konkurencyjność przedmiotowego postępowania. Przy tak skonstruowanym opisie przedmiotu zamówienia, jak i przy tak założonym rozkładzie ryzyk kontraktowych, faktyczny udział w postępowaniu mogliby wziąć wyłącznie wykonawcy dotychczas realizujący przewozy na rzecz Zamawiającego (czyli obaj Odwołujący), przy czym nawet w takiej sytuacji w ocenie Izby oferty tych wykonawców mogłyby nie być porównywalne (każdy z wykonawców posiada wiedzę co do realizacji usług na innych liniach).

Obok opisu przedmiotu zamówienia szczególnie istotnym aspektem procedury zamówieniowej są ustalone przez zamawiającego kryteria oceny ofert służące wyborowi oferty najkorzystniejszej. W okolicznościach tej sprawy Izba stwierdziła, że ustalone przez Zamawiającego kryterium oceny ofert naruszało przepisy ustawy Pzp. Zamawiający ustalił kryterium „cena” w oparciu o stawkę rozliczeniową wskazaną w ofercie za pierwszy okres rozliczeniowy (1 rok), podczas gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego miała zostać zawarta na 8 lat.

Następnie Izba wskazuje, iż warunki zamówienia zdefiniowane w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, pod pojęciem których należy rozumieć warunki wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert ale i projektowanych postanowień umowy powinny być jasne, przejrzyste i nie powinny stanowić nieuzasadnionych barier w dostępie do zamówienia. Stwierdzić należy, iż umowa w sprawie zamówienia publicznego, wieńcząca proces udzielenia zamówienia publicznego winna uwzględniać interesy obu stron, a sposób formułowania warunków umowy podlega ocenie w kontekście nadużycia prawa, ograniczeń swobody kontraktowania, czy też nieważności czynności prawnej. Jakkolwiek nie budzi wątpliwości, iż na gruncie Prawa zamówień publicznych zasada swobody umów doznaje ograniczeń, to nie oznacza to

jednak, że zamawiający może nadużywać czy wykorzystywać swoją pozycję przy formułowaniu postanowień umowy.

Zdaniem składu orzekającego niniejsze postępowanie odwoławcze potwierdziło, iż Zamawiający w sposób jednostronny i nieprecyzyjny ukształtował zasady realizacji zamówienia publicznego, uzależnione niejednokrotnie od niejasnych i arbitralnych decyzji Zamawiającego, jednocześnie przerzucając na przyszłego wykonawcę zamówienia kluczowe ryzyka, w tym ryzyka od wykonawcy niezależne jak np. ryzyko przychodowe. Zamawiający nie dokonał podziału ryzyk kontraktowych w sposób zrównoważony, z uwzględnieniem warunków niniejszego kontraktu, w tym nie dokonał rzetelnej analizy, które z ryzyk powinny obciążać zamawiającego, które wykonawcę, a które winny zostać rozdzielone pomiędzy stronami kontraktu. Ponadto wskazać należy, iż argumentacja Zamawiającego w wielu aspektach była wewnętrznie sprzeczna, oderwana od warunków wynikających z dokumentów zamówienia oraz pozbawiona argumentów natury merytorycznej. Jako przykład można wskazać, iż Zamawiający z jednej strony w wielu miejscach odpowiedzi na odwołania wskazuje, że nie jest w stanie podać, czy określić istotnych z punktu widzenia wynagrodzenia okoliczności np. dotyczących dodatkowego taboru, połączeń z [REDAKTOWANO] ościennymi czy wyłączeń linii z uwagi na remonty. Z drugiej zaś strony Zamawiający oczekiwał aby te ryzyka zostały uwzględnione przez wykonawcę, skoro formuła rekompensaty jest taka, iż wykonawca otrzyma ją w wysokości zaplanowanej *ex ante*, jeśli będzie to korzystniejsze dla Zamawiającego. Co szczególnie istotne, dokonany w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia rozkład ryzyk pomiędzy organizatorem a przyszłym operatorem zasadniczo różnił się w stosunku do wynikającego z protokołu sesji Sejmiku Województwa [REDAKTOWANO], która miała miejsce jedynie na kilkanaście dni przed opublikowaniem ogłoszenia o zamówieniu, dnia 30 sierpnia 2021 r., gdzie wskazano, m.in. iż *„cena będzie kształtować się wokół dwóch składowych: racjonalnego zysku oraz kosztów związanych z bieżącym utrzymaniem taboru (...) wszystkie inne, czyli ich pokrycie gwarantowane jest przez nas. Kwestię sprzedaży biletów – całkowicie bierzemy na siebie. Odpowiedzialność za taryfę jak i też to, ile ten bilet kosztuje. Będziemy całkowicie brać odpowiedzialność za przychody.”* Również podczas prowadzonych w czerwcu 2021 r. konsultacji rynkowych poprzedzających ogłoszenie postępowania Zamawiający wprost wskazywał, że ryzyko przychodowe zostanie zdjęte z wykonawcy, w tym m.in. ryzyko związane z zagrożeniem nieosiągnięcia założonego przychodu z powodów wynikających z konstrukcji rozkładu jazdy. Tymczasem rozwiązanie przyjęte w dokumentach zamówienia nie tylko przenosi wspomniane ryzyka w zasadzie w całości na wykonawcę, ale dodatkowo powoduje brak możliwości ich należytego wycenienia, z uwagi na niedostępność niezbędnych danych.

Kolejno Izba wskazuje, że Zamawiający w sposób niejednoznaczny oraz sprzeczny z przepisami ustawy Pzp ukształtował postanowienia dotyczące zasad waloryzacji, w tym przewidział mechanizm indeksacji dopiero od trzeciego roku obowiązywania umowy, naruszył równowagę stron umowy formułując katalog kar umownych w sposób jednostronny z uwagi na brak przewidzenia zapłaty na rzecz wykonawcy kary umownej za bezpodstawne rozwiązanie umowy oraz prawa wykonawcy do odszkodowania uzupełniającego (analogicznie do § 11 ust. 12 i 16 umowy). Zamawiający nie określił również w umowie zasad rozliczeń za realizację usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego, w przypadku wystąpienia okoliczności uniemożliwiających wykonywanie tych usług z przyczyn niezależnych od operatora, stosownie do treści art. 25 ust. 3 pkt 11 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1371). Zamawiający nie wskazał także danych pozwalających ustalić minimalną wartość czy minimalny zakres świadczenia wykonawcy – nie określił minimalnych wielkości pracy eksploatacyjnej w każdym pakiecie, zastrzegając sobie prawo do jej zmniejszenia w określonych w umowie przypadkach. Powyższe kwestie dotyczą istotnych aspektów niniejszego zamówienia, które miało być realizowane w długiej perspektywie czasowej.

Podsumowując powyższe w ocenie Izby całokształt okoliczności niniejszej sprawy uzasadniał unieważnienie prowadzonego postępowania odwoławczego na podstawie art. 256 w zw. z art. 137 ust. 7 ustawy Pzp. Niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie zostało przygotowane z należytą starannością wymaganą w każdym przypadku. Zamawiający naruszył podstawowe reguły wynikające z Prawa zamówień publicznych, do których stosowania jest zobowiązany przy opisie przedmiotu zamówienia, warunkach realizacji zamówień, kryteriach oceny ofert oraz projektowanych postanowieniach umowy. Izba stwierdziła, iż w okolicznościach tej sprawy konieczne do wprowadzenia zmiany są daleko idące, w istotny sposób ingerują w treść dokumentów zamówienia, w szczególności w kwestię rozdziału ryzyk kontraktowych między stronami umowy oraz przyjęty mechanizm wynagrodzenia, prowadząc tym samym do istotnej zmiany charakteru zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym. Jednocześnie liczne i obszerne zmiany konieczne do wprowadzenia w dokumentach zamówienia pociągałyby za sobą konieczność dokonania dalszych zmian w specyfikacji, prowadząc *de facto* do jej zasadniczego przemodelowania. Co więcej, na moment zamknięcia niniejszej rozprawy nie było możliwe ustalenie, kiedy Zamawiający udostępni wykonawcom część dokumentacji technicznej (DSU), której zasadność załączenia do specyfikacji dostrzegł sam gospodarz postępowania, co z kolei utrudnia zainteresowanym wykonawcom rzetelną wycenę oferty. W tym miejscu podkreślić również należy, iż nie jest rolą Izby zastępowanie Zamawiającego w prawidłowym przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, sporządzaniu za niego

treści opisu przedmiotu zamówienia i definiowaniu rozkładu ryzyk kontraktowych czy modelu wynagradzania, zwłaszcza w sytuacji gdy postawa Zamawiającego oraz prezentowane stanowisko w dużej mierze pozbawione było argumentów merytorycznych, czy też wewnętrznie sprzeczne. W ocenie Izby prowadzone przez Zamawiającego postępowanie o udzielenie zamówienia zostało przygotowane w warunkach niekonkurencyjnych, przy błędnym z góry założeniu Zamawiającego, iż oferty w niniejszym postępowaniu złożą wyłącznie odwołujący się w przedmiotowej sprawie Wykonawcy. Tymczasem ta zakładana przez Zamawiającego niekonkurencyjność była wynikiem zaniedbań samego Zamawiającego - to treść dokumentów zamówienia, a w szczególności zakres brakujących danych, ich istotność dla prawidłowego sporządzenia oferty, niekorzystny dla wykonawców model wynagradzania oraz naruszający zasadę równowagi stron umowy rozkład ryzyk kontraktowych, doprowadziły do wyeliminowania konkurencji w tym postępowaniu. Tym samym zakres i charakter zmian koniecznych do wprowadzenia dotyczących kluczowych obszarów zamówienia w istocie wymagałby zasadniczej rekonstrukcji specyfikacji mającej na celu uczynienie niniejszego postępowania realnie konkurencyjnym. W ocenie Izby zmiany niezbędne do wprowadzenia w dokumentach zamówienia są bardzo istotne, wręcz kluczowe, dla zagwarantowania możliwości złożenia porównywalnych ofert, ich zakres jest znaczny i niewątpliwie są to zmiany mające realny wpływ na krąg wykonawców zainteresowanych przedmiotowym zamówieniem, a w szczególności zainteresowanie tym postępowaniem innych kandydatów, niż dwaj wykonawcy dotychczas realizujący usługi na rzecz Zamawiającego. Powyższe wypełnia obligatoryjną przesłankę unieważnienia postępowania wskazaną w art. 137 ust. 7 ustawy Pzp.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.