

Warszawa, dnia 27 września 2021 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Odwołujący:

ARRIVA RP Sp. z o.o.

ul. Gen. Jana Henryka Dąbrowskiego 8/24
87-100 Toruń
KRS: 0000290693
NIP: 7010092409

reprezentowany przez:

radcę prawnego Annę Szymańską

adres do korespondencji:

Dentons Europe Dąbrowski i Wspólnicy sp. k.
ul. Zajęcza 4, 00-351 Warszawa
tel. +48 22 242 56 72
e-mail: anna.szymanska@dentons.com

Zamawiający:

**Województwo Kujawsko-Pomorskie – Urząd
Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego**

Plac Teatralny 2, 87-100 Toruń
tel. +48 566218281
faks: +48 566218455
e-mail: zamowienia@kujawsko-pomorskie.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie usług publicznych w publicznym transporcie zbiorowym w kolejowych przewozach pasażerskich na terenie województwa kujawsko-pomorskiego w okresie od 12 grudnia 2021 r. do 14 grudnia 2030 r.” – numer referencyjny: WZP.272.51.2021, wszystkie części (dalej: „**Postępowanie**”)

Ogłoszenie nr 2021/S 181-470215 z dnia 17.09.2021 r.:

<https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:470215-2021:TEXT:PL:HTML>

ODWOŁANIE

I. Działając w imieniu wykonawcy Arriva RP Sp. z o.o. (dalej: „**Odwołujący**” lub „**Arriva**”), w oparciu o pełnomocnictwo, które załączam, na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w z art. 505 ustawy z dnia 19 września 2019

r. – Prawo zamówień publicznych¹ (dalej: „**PZP**”), wnoszę odwołanie na treść Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej zwanej: „**SWZ**”) opublikowanej w dniu 17 września 2021 r.², w tym także na projektowane postanowienia umowy³.

II. Zarzucam 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 kujawsko – pomorskiego,
 - 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,

¹ Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.

² <https://platformazakupowa.pl/transakcja/509701>

³ Załącznik nr 7 do SWZ „Umowa o świadczenie usług publicznych w zakresie kolejowym przewozów pasażerskich na terenie województwa kujawsko-pomorskiego w okresie od 12 grudnia 2021 do 14 grudnia 2030” („**Umowa**”).

- 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, niejednoznaczność treści 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. W związku z ww. zarzutami wnoszę 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 umożliwienia wykonawcom odpowiedniego przygotowania i złożenia ofert, a następnie wykonanie zamówienia;
2. ewentualnie wnoszę 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 miałyby 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 technicznej 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.

IV. Wnoszę również o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach Postępowania, a także przedłożonych w toku postępowania odwoławczego - na okoliczności przytoczone w odwołaniu oraz w toku postępowania odwoławczego.

V. Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz zamieścił SWZ na stronie internetowej w dniu 17 września 2021 r. 10-dniowy termin na wniesienie odwołania został zatem zachowany.

VI. Odwołujący spełnia materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania z art. 505 ust. 1 PZP, ponieważ ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Odwołujący, działając w obszarze usług publicznych w zakresie kolejowych przewozów pasażerskich, jest zainteresowany udziałem w Postępowaniu i ma zamiar złożyć ofertę w Postępowaniu.

Jednakże obecne postanowienia SWZ, sformułowane z naruszeniem wskazanych w odwołaniu przepisów prawa, uniemożliwiają Odwołującemu skuteczny udział w Postępowaniu w warunkach uczciwej konkurencji. Pozbawia to Odwołującego szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia oraz jego wykonanie w warunkach przejrzystości, obiektywizmu i uczciwej konkurencji, a tym samym możliwości osiągnięcia korzyści, w tym zysku z tytułu wykonania zamówienia.

Odwołujący ma prawo ubiegać się o udzielenie zamówienia stanowiącego przedmiot Postępowania w warunkach poszanowania kluczowych zasad polskiego reżimu udzielania zamówień publicznych – zasady uczciwej konkurencji, a także przejrzystości, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i efektywności. Tymczasem wymienione zasady doznają obecnie uszczerbku w świetle obecnej treści SWZ, na skutek czego Odwołujący może utracić możliwość uzyskania zamówienia procedurze zgodnej z przepisami prawa, a więc ponieść szkodę w postaci utraty realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu realizacji zamówienia.

Zmiana postanowień SWZ, której domaga się Odwołujący, umożliwi mu złożenie skutecznej oferty i ubieganie się o udzielenie zamówienia w warunkach uczciwej konkurencji.

W świetle orzecznictwa KIO, nie ulega wątpliwości, że taki wykonawca jak Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania⁴.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi Postępowanie, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług publicznych w publicznym transporcie zbiorowym w kolejowych przewozach pasażerskich na terenie województwa kujawsko-pomorskiego 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”.

⁴ Por. wyrok KIO z dnia 31 lipca 2015 roku, sygn. akt KIO 1519/15, wyrok KIO z dnia 10 maja 2016 roku, sygn. akt KIO 645/16.

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 szczegółowy⁵.

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 publicznego⁶.

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 oferty⁷.

„Precyzyjność opisu przedmiotu zamówienia ma kluczowe znaczenie dla prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ gwarantuje zarówno porównywalność ofert, jak i możliwość stosunkowo łatwej weryfikacji zgodności złożonych ofert ze specyfikacją. Wieloznaczność opisu czy braki w nim mogą powodować wadliwość ukształtowania cen ofert wykonawców, przez ich nieuzasadnione zawyżenie lub zniżenie”⁸. „Zatem, zgodnie z wyżej wymienionymi przepisami, sformułowany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia powinien dawać wykonawcom możliwość przygotowania oferty i obliczenia ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników na nią wpływających. Obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia ciąży więc na zamawiającym, a nie na wykonawcach, którzy nie mają obowiązku poszukiwania potrzebnych informacji dla przygotowania oferty z innych źródeł niż SIWZ. Opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych powinno umożliwiać wykonawcy bez żadnych wątpliwości i dodatkowych interpretacji zidentyfikowanie, z jakich elementów składa się zamówienie oraz co będzie kluczowe i niezbędne do jego prawidłowej realizacji”⁹.

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.¹⁰ 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

⁵ Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. Hubera Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa, 2021, art. 99 PZP.

⁶ Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. Hubera Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa, 2021.

⁷ Komentarz E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 99.

⁸ Wyrok KIO z 6.06.2018 r., KIO 980/18, KIO 983/18, LEX nr 2528926; wyrok KIO z 13.12.2019 r., KIO 2416/19, LEX nr 2770734.

⁹ Uchwała KIO z 2.07.2019 r., KIO/KD 45/19, LEX nr 2700221.

¹⁰ O ile zamawiający ma prawo i obowiązek zaspokajania swoich interesów, to działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest m.in. na tyle „rygorystyczne” określenie wymagań, jakie powinien spełniać przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie może ograniczać krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia i nawet pośrednio nadmiernie utrudniać im złożenie oferty.

nakładów. *Sposób przygotowania dokumentów zamówienia oraz ich treść powinny odzwierciedlać zasadę przejrzystości, konkurencyjności, niezależnie od tego, czy będą dotyczyć opisu przedmiotu umowy, warunków realizacji umowy, kryteriów kwalifikacji, czy kryteriów wyboru oferty¹¹.*

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 PZP¹², 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 województwa kujawsko – pomorskiego

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 kujawsko-pomorskiego.*”

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 województwa kujawsko – pomorskiego 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 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.*

¹¹ Wyrok KIO 2220/19.

¹² Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 82.

W odniesieniu do przewozów poza granicami województwa kujawsko-pomorskiego, 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 Uptz¹³.

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 Przewozowe¹⁴ 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 Umowy¹⁵.

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.

¹³ Operator powinien przyjąć, że w każdym z 9 lat, na które powinien przygotować Plan finansowy powinien przyjąć założenie realizacji do 30% innych przewozów niż te objęte przetargiem, co może powodować obniżenie przychodów oraz wzrost kosztów (linie o niskich potokach pasażerskich oraz słabej efektywności kosztowej) i w konsekwencji zawyżenie planowanych kosztów oraz stawki.

¹⁴ Tj. Dz.U.2020 poz.8.

¹⁵ 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).*

Wskazujemy jednocześnie, że zarys rozkładu jazdy został udostępniony tylko na pierwszy okres rozliczeniowy (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 nieuzgodnienia 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 Rocznią 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 zmieni przy rozliczeniu Rekompensaty *ex ante* i *ex post*, to, jeśli Wykonawca podejrze – 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 wartości 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 przekaze 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 Województwa Kujawsko-Pomorskiego. (...)*”

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 Województwa Kujawsko-Pomorskiego”) 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 obiegów 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 obiegów 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 przekaże 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 20.09.2021 Załącznik nr 1 (a więc 3 dni po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu, które miało miejsce w dniu 17.09.2021 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 określane 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 zawieszenia 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 pociągokilometrów 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 przypadkiem 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 przejścia 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, powódzie (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 naszej ocenie, 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 polegającą 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*¹⁶. 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 publicznego¹⁷.

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

¹⁶ Koncepcja nowego Prawa zamówień Publicznych, UZP, Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii, str. 54
https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0029/36875/Koncepcja_nowego_prawa_zamowien_publicznych.pdf

¹⁷ 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.

w sprawie zamówienia publicznego powinny być także interpretowane i rozstrzygane w oparciu o przepisy Kc¹⁸, z wykorzystaniem instytucji cywilnoprawnych, w tym zakazu nadużywania prawa¹⁹.

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 PZP, 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 orzecznictwie 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 nieznaną odzwierciedlenia w realnych potrzebach zamawiającego, rozłożenie ryzyk kontraktowych, czy brak ekwiwalentności świadczeń”²⁰

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 Wytocznymi 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”.

¹⁸ Potwierdza to także orzecznictwo KIO, np. wyrok KIO 1585/19, zdaniem Izby uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Zgodnie z regułą wyrażoną w art. 5 kc, nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Przy formułowaniu postanowień dotyczących kar umownych w zamówieniach publicznych niezwykle istotne jest wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikających z przyszłej umowy. Zamawiający posiada uzasadniony interes, którego celem jest zagwarantowanie należytej realizacji zamówienia publicznego i dbałość o finanse publiczne, z drugiej strony nie można zapominać o interesie przedsiębiorców, ubiegających się o udzielenie zamówienia. Działania Zamawiającego nie mogą prowadzić do przerzucenia na wykonawców zbyt dużych ryzyk i odpowiedzialności za zdarzenia, na które nie mają oni wpływu.

¹⁹ Zgodnie z art. 5 Kc nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Por. KOMENATRZ 'NOWY' UZP: Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. Hubera Nowaka i Mateusza Winiaza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa, 2021

²⁰ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 10 maja 2019 roku, sygnatura akt KIO 693/19.

„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 do 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 odpowiedzialność ponosiłby zamawiający, co narusza art. 433 pkt 3 PZP.

W odniesieniu do ryzyka związanego z rozkładem jazdy, Operator nie ma swobody w zakresie jego ustalania²¹. 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

²¹ Zgodnie z § 2 ust 6 Umowy: Szczegółowy zakres Przewozów, o których mowa w § 1 ust. 1 określa odpowiednio dla wskazanych w tabeli 4 okresów część załącznika 3A do niniejszej umowy zawierająca Rozkład jazdy pociągów oraz odpowiednio dla wskazanych w tabeli 4 okresów część załącznika 3B do niniejszej umowy zawierająca m.in. wielkość Pracy eksploatacyjnej wynikającej z Rozkładu jazdy pociągów, zestawienie pociągów oraz wysokość opłat na rzecz Zarządcy, za realizację przejazdów w ramach Rozkładu jazdy pociągów.”

nieuzgodnienia 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 zabezpieczania 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 cennika²².

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 wewnątrznie informacje o rozkładzie jazdy.

Ponadto, ustalenie wskaźnika zmiany cen biletów jest po stronie Zamawiającego²³. 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 możliwości 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 podróżnych 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 stronie²⁴.

„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:

²² Zgodnie z § 5 ust 10 Umowy, Operator jest zobowiązany do stosowania cennika biletów opracowanego zgodnie z postanowieniami załącznika nr 6 dla wszystkich Przewozów objętych umowami zawartymi przez Operatora lub innego przewoźnika z województwem kujawsko-pomorskim na świadczenie pasażerskich przewozów kolejowych. (...). Zgodnie z § 5 ust 12 Umowy, Organizator przewiduje zmianę cennika, o którym mowa w ust. 10, zgodnie z zasadami ustanowionymi w umowie, nie częściej niż raz w roku.

²³ Zgodnie z pkt 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.

²⁴ Dla przykładu praca eksploatacyjna dla pakietu C w trakcie umowy wzrasta z 680 tys pckm do 713 tys pc km rocznie (blisko 5%). Oznacza to że przy niezmiennej cenie biletu, o 5% wzrosną przychody, które Operator zobowiązany jest przyjąć w planie finansowym.

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 karami umownymi 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 publicznych²⁷, „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:

²⁵ § 11 ust 8 Umowy brzmi: *W przypadku niedotrzymania wskaźnika punktualności (WP), o którym mowa w § 3 ust. 2 pkt 2 lit. f Umowy Organizator może naliczyć Operatorowi karę umowną w wysokości obliczanej według następujących wzorów (...).*

²⁶ § 11 ust 10 Umowy brzmi: *W przypadku realizacji Przewozów bez zachowania standardów jakościowych, o których mowa w § 3 ust. 2 pkt 2, Organizator może naliczyć Operatorowi karę w wysokości 5 stawek bazowych za każdy pojedynczy przypadek wykonywania Przewozów takim taborem.*

²⁷ Warszawa, marzec 2018 r..

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 okres 6 m-cy 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) 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). 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.

Można to interpretować jako ukryta forma 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 ryzyk 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 zaadresowanie tej kwestii wymaga w 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 kore 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 waloryzacyjnych²⁸ 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 realizacji²⁹. 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

²⁸ Por. także Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo CH Beck, Warszawa 2021: Stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowie w sprawie zamówienia publicznego pozwala na zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę. Zapewnia niezbędną elastyczność kształtowania kosztów związanych z realizacją zamówienia w dłuższym okresie, zapewniającą możliwość bieżącego i adekwatnego dostosowania stosunku zobowiązaniowego do zmiany okoliczności. Zapobiega obciążaniu wykonawców obowiązkiem zadeklarowania w ofercie niezmiennej ceny i tym samym ponoszeniu jednostronnego ryzyka zmiany stosunków gospodarczych. Co może mniej oczywiste – stosowanie klauzul waloryzacyjnych jest również korzystne dla zamawiających, pozwala bowiem na ponoszenie rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, nieobciążonych narzutem związanym z koniecznością ujęcia w cenie ryzyka ich wzrostu. Stosowanie klauzul waloryzacyjnych zapobiega również powstawaniu sytuacji, kiedy wykonanie zamówienia przestaje być opłacalne, a tym samym sprzyja trwałości stosunku umownego, co niewątpliwie jest korzystne dla obu stron Umowy.

²⁹ Komentarz UZP: Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. Hubera Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa, 2021, do art. 439 PZP.

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 przeliczanie 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 $= (1 + \text{wskaźnik waloryzacji w roku } n) * (1 + \text{wskaźnik waloryzacji w roku } n-1) * (1 + \text{wskaźnik waloryzacji w roku } n-2) * \dots * (1 + \text{wskaźnik waloryzacji w roku } 1\text{-szym})$

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 wzoru³⁰:

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:

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

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

³⁰ Propozycja przedłożona w ramach dialogu technicznego.

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., (zob. pkt II.2.i) petitum) 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 usług 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 taboru 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 kalendarzowa), 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 rozliczeniowych³¹:

- 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.

³¹ Załącznik nr 2 do Umowy nie daje wystarczająco jasnych wytycznych i informacji w tym zakresie.

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 petitem

Zgodnie z rozdz. XIX ust. 1 SWZ Zamawiający punkty za kryterium „cena” obliczy według następującego wzoru:

$$\frac{\text{Stawka rozliczeniowa danej oferty dla danego pakietu}}{\text{Najwyższa stawka rozliczeniowa dla danego pakietu}} \times 100 \times 100\% (\text{waga kryterium}) = \text{ilość punktów}$$

Powyższy wzór jest błędny, gdyż 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.

³² Wątpliwości mnożą się także w odniesieniu do sytuacji, w której strony w negocjacjach nie osiągną porozumienia co do kształtu Planu na dany rok, gdy Organizator nie zatwierdzi planu rocznego w terminie do 30 września, zatwierdzenia plany w formie aneksu, czy też w odniesieniu do obowiązku operatora uwzględnienia stanowiska organizatora.

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 podróżnych, 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.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę zatem jak w *petitum*.

Anna Szymańska
radca prawny/pełnomocnik

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
2. Odpis z KRS;
3. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
4. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.