

Sygn. akt: KIO 1713/10

WYROK
z dnia 30 sierpnia 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Członkowie: Katarzyna Ronikier-Dolańska
Robert Skrzyszewski

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 11 sierpnia 2010 r. wniesionego przez **"Przewozy Regionalne" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 03-414 Warszawa, ul. Wileńska 14a** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Województwo Kujawsko – Pomorskie - Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko – Pomorskiego, 87-100 Toruń, pl. Teatralny 2**

przy udziale wykonawcy **Arriva RP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 00-739 Warszawa, ul. Stępińska 22/30** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża "Przewozy Regionalne" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 03-414 Warszawa, ul. Wileńska 14a

i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 groszy (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez **"Przewozy Regionalne" Sp. z o.o., 03-414 Warszawa, ul. Wileńska 14a**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Toruniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Województwo Kujawsko - Pomorskie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług publicznych w zakresie kolejowych przewozów pasażerskich na terenie województwa Kujawsko – Pomorskiego. Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 28 lipca 2010 roku. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 2 sierpnia 2010 r. Zamawiający na swojej stronie internetowej opublikował Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ” lub „specyfikacja”) dotyczącą przedmiotowego postępowania.

W dniu 11 sierpnia 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy – „Przewozy Regionalne” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wileńska 14a, 03-414 Warszawa (dalej: „Odwołujący”).

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu, że formułując treść SIWZ naruszył dyspozycje: art.7 ust.1, art. 22 ust.1 i 4 , art.29 ust.1 i 2, art.99 , art. 100 , art. 139 i art. 142 ustawy oraz postanowienia rozporządzenia WE nr 1370/2007 parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007r. dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenie rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70 -(DZ.U.U.E.L.07.315.1) – zwane dalej „rozporządzeniem WE 1370/2007”.

Odwołujący żądał uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu wyeliminowanie z SIWZ zapisów naruszających wskazane wyżej przepisy.

W uzasadnieniu odwołania do poszczególny zarzutów odwołujący podnosił m. in.:

- 1) Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, ale w jego wyniku zamierza zawrzeć umowę wieloletnią i jednoznacznie wyklucza zawarcie umowy ramowej. Wskazywał, że postępowanie prowadzone jest m.in. w oparciu o ustawę z dnia 28 marca 2003 roku o transporcie kolejowym, której postanowienia zobowiązują organizatora przewozów - samorząd województwa do

zawarcia umowy ramowej o świadczenie usług publicznych. Na podstawie umowy ramowej zawierana jest umowa o świadczenie usług publicznych na okres obowiązywania rozkładu jazdy pociągów. W opinii Odwołującego zaskarżony zapis w SIWZ jest więc niezgodny z bezwzględnie obowiązującym przepisem ustawy o transporcie kolejowym. W konsekwencji zawarcia umowy na warunkach określonych w SIWZ, zamiast umowy ramowej, dojdzie do czynności sprzecznej z ustawą, a więc do czynności nieważnej (art. 139 ust.1 ustawy w zw. z art. 58 ust.1 kc). Wykluczenie zawarcia umowy ramowej stwarza też uciążliwe warunki dla Wykonawcy, przez co narusza postanowienia art. 7 ust.1 w związku z art. 99 i art. 100 ustawy. Odwołujący stwierdził, że nie jest w stanie w sposób racjonalny przewidzieć większości uwarunkowań wykonywania usługi przewozów w perspektywie 10-letniej, a zwłaszcza skalkulować kosztów i ceny ofertowej.

2) Zamawiający zamierza udzielić zamówienia publicznego na okres 10 lat. Zdaniem Odwołującego postanowienie to narusza przepis art. 142 ustawy, który zezwala na zawarcie umowy na okres dłuższy niż 4 lata tylko w określonych warunkach oraz po zawiadomieniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o zamiarze zawarcia takiej umowy. Podobne warunki ustanawia ustawa w art. 100 w przypadku zawierania umów ramowych. Zamawiający nie zawarł w SIWZ, ani w załącznikach, jakiegokolwiek uzasadnienia dla zawarcia umowy wieloletniej, które byłoby zgodne z warunkami ustanowionymi w art. 100 lub art. 142 ustawy. Nie zawarł też informacji o powiadomieniu Prezesa UZP. Odwołujący podnosił, że warunek ten narusza także art. 7 ust.1 ustawy.

3) W tabeli 1 i tabeli 3 (SIWZ pkt 1.3) Zamawiający wskazuje odcinki takie jak:

- Linia 33 Kutno- Brodnica odcinek od Brodnicy do granicy woj. kuj.-pom.,
- linia 208 Działdowo -Chojnice odcinek od Brodnicy do gr. woj.,kuj,-pom.,
- linia 356 Poznań Wschód- Bydgoszcz Główna odcinek od gr, woj.kuj-pom. do Bydgoszczy,
- linia 281 Oleśnica - Chojnice odcinek w granicach woj. kuj.-pom.

Odwołujący wskazał, że obecnie na tych liniach nie są wykonywane przewozy a Zamawiający nie określił od kiedy miałyby zostać uruchomione przewozy na tych odcinkach i na jakich zasadach przewozy te byłyby dofinansowane. Skalkulowanie poprawnie ceny ofertowej tj. z uwzględnieniem reaktywacji przewozów na tych liniach jest bardzo utrudnione, gdyż oferent nie ma wiedzy: w którym roku obowiązywania umowy Zamawiający zdecyduje się na obsługę tych linii, jakie będą koszty reaktywowania tej linii w danym roku, jaki będzie potencjalny potok podróżnych, (trudności z oszacowaniem przychodów przewoźnika). Powyższe błędy i braki świadczą o tym że przedmiot zamówienia został opisany niejednoznacznie i nie wyczerpująco, w

sposób nie uwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, zatem narusza art. 29 ust.1 ustawy.

- 4) Odwołujący podnosił, że pkt. 1.10 SIWZ narusza przepisy art. 7 ust.1 i art. 29 ust. 2 ustawy, bowiem nakłada na Wykonawcę uciążliwe warunki umowy, nie znajdujące uzasadnienia w specyfice zamówienia, oraz mogące utrudniać uczciwą konkurencję. Ww. zapisem Zamawiający nakłada na Przewoźnika (w przypadku zawarcia z nim umów na wykonywanie przewozów w ramach kilku pakietów) obowiązek przyjęcia najniższej stawki dofinansowania do pociągo-kilometra dla wszystkich pakietów na odcinkach wspólnych, podczas gdy Wykonawca ma możliwość dokładnego rozliczenia każdego odcinka. Z uwagi na to, że trakcja spalinowa generuje wyższe koszty, dofinansowanie do pociągo-kilometra nie może być takie samo jak do trakcji elektrycznej. Przewoźnik w takim przypadku będzie ponosił stratę. Nie ma przeszkód aby każdy odcinek linii dla danego pakietu był rozliczany zgodnie ze stawką, która jego dotyczy.
- 5) Zamawiający w SIWZ w pkt 1.13 zastrzega sobie prawo do przekazania Wykonawcy dodatkowego taboru, a Wykonawca zobowiązany jest do jego przyjęcia. Przy czym Zamawiający nie określa nawet w przybliżeniu jakiego typu tabor i jaką ilość oraz w jakim okresie zamierza przekazać Wykonawcy przy świadczeniu usług określonych w pakiecie B, C, D, i E. Odwołujący twierdził, że informacja ta jest niezbędną dla Wykonawcy w celu poprawnego skalkulowania kosztów z tym związanych o których mowa w rozdziale XI SIWZ, a tym samym poprawnego skalkulowania ceny ofertowej. W opinii Odwołującego zaskarżone postanowienie SIWZ zawiera niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia i uniemożliwia sformułowanie konkurencyjnej oferty, przez co narusza art. 7 ust.1 i art. 29 ust.1 ustawy.
- 6) Odwołujący podnosił, że SIWZ w pkt 1.15 i pkt 1.16 zobowiązuje Wykonawcę do wprowadzenia do eksploatacji fabrycznie nowego taboru w ciągu 2 lat od zawarcia umowy. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający określił zbyt krótki czas na spełnienie tego warunku. Konieczne jest bowiem przygotowanie i przeprowadzenie przetargu którego przedmiotem będzie wyprodukowanie i dostawa nowego taboru. Warunek ten jest uciążliwy i utrudnia uczciwą konkurencję, narusza więc art. 7. ust.1 i art. 29 ust.2 ustawy. Ponadto, warunek posiadania fabrycznie nowego taboru jest sprzeczny z postanowieniami SIWZ co do warunków udziału w postępowaniu, ponieważ specyfikacja w pkt.III.1.3) wymaga od wykonawców tylko dysponowania taborem kolejowym spełniającym warunki określone w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dn.12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych. Tabor, którym dysponuje Wykonawca spełnia te wymagania, mimo że nie jest fabrycznie nowy. Zatem ww postanowienia SIWZ naruszają też art. 22 ust.1 ustawy. Odwołujący podkreślał, że Zamawiający naruszył również dyspozycje rozporządzenia WE nr 1370/2007. Przepis

ten w pkt. 29 stanowi, że przed udzieleniem zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych właściwe organy powinny ogłosić swój zamiar udzielenia zamówienia przynajmniej z rocznym wyprzedzeniem, tak aby potencjalne podmioty świadczące usługi publiczne mogły podjąć odpowiednie działania. Odwołujący podnosił, że Zamawiający nie tylko zaniechał ogłoszenia o zamiarze udzielenia zamówienia z odpowiednim wyprzedzeniem, ale też ustalił warunki trudne do spełnienia bez uprzedniego przygotowania

- 7) Odwołujący wskazywał, że regulacje zawarte w SIWZ w pkt.1.19 oraz w pkt 1.20 naruszają przepis art. 29 ust.1 ustawy przez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mających wpływ na składana ofertę. Odwołujący podkreślał, że postanowienia te nie zawierają wyjaśnienia, z czego wynika rekompensata kosztu PLK w części dotyczącej wyłącznie stawki podstawowej za dostęp do infrastruktury, bez pozostałych kosztów PLK dla których przypuszczał, że wzrost nastąpi powyżej wskaźnika inflacji wskazanego przez zamawiającego jako wskaźnik waloryzacji na 10 lat. Zamawiający rozdzielił koszty dostępu do infrastruktury na: opłatę podstawową za minimalny dostęp do infrastruktury oraz pozostałe za dostęp i korzystanie z peronów, dostęp do infrastruktury kolejowej wynikający z potrzeb technologicznych. Zdaniem Odwołującego poprzez taki zapis zakwestionował potrzebę korzystania z peronów czy konieczności dojazdu do urządzeń zaopatrzenia w paliwo. Usługi powyższe nie mogą być traktowane rozłącznie ponieważ stanowią podstawę realizacji przewozów, tzn. bez korzystania z powyższych usług świadczonych przez PKP PLK SA nie mogłyby odbywać się w ogóle przewozy pasażerów. Ponadto, koszt usług w powyższym zakresie jest kosztem całkowicie niezależnym od Przewoźnika. Cennik zawierający stawki jednostkowe opłat za dostęp i korzystanie przez przewoźników kolejowych z infrastruktury kolejowej zarządzanej przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. jest rokrocznie zatwierdzany przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego decyzją. Cennik PKP PLK zatwierdzany jest jedynie na okres trwania jednego rozkładu jazdy i żaden z Przewoźników nie jest w stanie przewidzieć jak znaczne zmiany stawek będą miały miejsce w kolejnych okresach. Dodatkowo, Odwołujący podnosił, że znaczącym kosztem związanym z uruchamianiem pociągów jest koszt elektrycznej energii trakcyjnej. Taryfę za energię elektryczną zatwierdza corocznie prezes URE natomiast cennik dla energii elektrycznej w części dotyczącej obrotu energią elektryczną zatwierdza Zarząd spółki PKP Energetyka SA. Zamawiający w projekcie umowy w § 11 ust. 1 stwierdza, że podstawowa stawka do pociągo-kilometra, oraz stawka bazowa podlegają waloryzacji z dniem 1 stycznia każdego roku o roczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłoszony przez Główny Urząd Statystyczny w roku poprzednim,

natomiast jednym ze składników kosztów jest koszt energii elektrycznej, która rośnie znacznie szybciej od tego wskaźnika. Należy tu podkreślić, że udział w kosztów energii w kosztach ogólnych wynosi ok. 13%. Przyjęcie wskaźnika GUS do waloryzacji kosztów energii naraża Wykonawcę na ponoszenie straty.

- 8) Zdaniem Odwołującego SIWZ w pkt I.22, pkt I.25 oraz w § 4 ust. 11, ust. 13 projektu umowy Zamawiający ustanowił uciążliwe warunki wykonywania zamówienia, nie mające uzasadnienia w przedmiocie umowy czym utrudnił uczciwą konkurencję oraz naruszył art. 7. ust.1 i art. 29 ust.2 ustawy. Powyższymi zapisami Zamawiający zobowiązał Przewoźnika do stosowania cennika biletów opracowanego przez Zamawiającego. Według Odwołującego ceny biletów wg tego cennika są niższe od dotychczas stosowanych przez Spółkę Przewozy Regionalne dla biletów jednorazowych (spadek o ok. 19,4%) lecz znacznie wyższe dla biletów odcinkowych miesięcznych (średni wzrost ceny o ok. 18%). Odwołujący twierdził, że zastosowanie się do tego warunku spowoduje spadek przychodów przewoźnika, zmniejszenie potoku podróźnych podróżujących na podstawie biletów miesięcznych a w konsekwencji niższe przychody Przewoźnika i wyższą stawkę dotacji do pociągo-kilometra, którą będzie obciążone województwo kujawsko-pomorskie. W związku z taką sytuacją nieuprawnione jest żądanie Zamawiającego, aby w przypadku tras pociągów wykraczających poza granicę województwa kujawsko-pomorskiego stosować cennik Zamawiającego na obszarze ościennych województw do wskazanych w §4 ust. 13 projektu umowy, stacji leżących na obszarze sąsiedniego województwa. Odwołujący podkreślał, że Zamawiający zobowiązuje Wykonawcę do skalkulowania ceny ofertowej tj. dotacji do pociągo-kilomtra z uwzględnieniem linii w granicach województwa kujawsko-pomorskiego co jest jednoznaczne z tym, że w przypadku pociągów kursujących poza granicę województwa, województwo kujawsko-pomorskie dopłata obejmie ten pociąg tylko w granicach swojego województwa. Zamawiający nie wyklucza możliwości równoczesnego stosowania przez Przewoźnika cennika Zamawiającego oraz własnego cennika, nie wskazując jednocześnie zakresu ich stosowania. Zdaniem Odwołującego SIWZ oraz projekt umowy winien jednoznacznie określić, że skoro samorząd województwa kujawsko-pomorskiego dopłata obejmuje tylko pociągi w granicy województwa to również cennik - w przypadku relacji pociągów przekraczających granicę województwa - powinien mieć zastosowanie tylko do stacji granicznej lub pierwszej stacji poza granicą województwa. W opinii Odwołującego zobowiązanie Przewoźnika do stosowania cennika Zamawiającego do stacji leżących na obszarze sąsiednich województw naraża samorządy tych województw w przyszłości na większą dopłatę, gdyż stosowanie niższych cen biletów jednorazowych - wg cennika Zamawiającego - spowoduje spadek przychodów na tym województwie, natomiast wyższe ceny biletów okresowych mogą spowodować

sukcesywną rezygnację pasażerów podróżujących dotychczas na ich podstawie - wygaszanie popytu.

- 9) Projekt umowy w § 4 ust. 3 wymaga, aby wiek pojazdów, którymi wykonywane będą przewozy, nie przekraczał 40 lat. Według Odwołującego jest to warunek uciążliwy i utrudniający uczciwa konkurencję (art. 7 ust.1 i art. 29 ust.2 ustawy oraz art. 22 ust.1 ustawy). Nałożenie na Wykonawcę takiego wymogu jest dużym utrudnieniem dla Spółki Przewozy Regionalne, która powstała w procesie restrukturyzacji Przedsiębiorstwa Państwowego Polskie Koleje Państwowe i eksploatuje przejęty w procesie restrukturyzacji tabor, którego średni wiek dla elektrycznego zespołu trakcyjnego wynosi - 35 lat, dla wagonu 2 klasy również 35 lat. Odwołujący podnosił, że przyjęcie takiego zobowiązania spowoduje konieczność zakupywania taboru w pierwszym roku ok. 23 szt. elektrycznych zespołów trakcyjnych a w okresie 10 lat wymianie musiałoby ulec kolejne 44 jednostki elektryczne. Uwzględniając w kalkulacji ceny ofertowej koszty wynikające z konieczności dokonania zakupów taboru w okresie 10 lat, stawka dopłaty w pierwszym roku obowiązywania umowy będzie niewspółmiernie wysoka i może spowodować niekonkurencyjność Spółki Przewozy Regionalne wśród innych oferentów. Zachodzi również obawa, że oferta zostanie odrzucona z uwagi na zbyt wysoką cenę. Odwołujący wskazał, że Zamawiający ma prawo wymagać, aby przewozy wykonywane były w sposób bezpieczny i wygodny, jednak kryteria te zostaną spełnione także przy wykorzystaniu taboru starszego niż 40 lat, ale zmodernizowanego w ostatnich latach. Większość elementów wyposażenia wnętrza oraz aparatury technicznej takiego taboru jest fabrycznie nowa, a parametry techniczne oraz użytkowe są wyższe niż taboru młodszego przed modernizacją. Ponadto Zamawiający w SIWZ pkt III. 1.3) ustalił warunki udziału w postępowaniu określając minimalne wymagania co do posiadanego taboru i nie był to warunek posiadania taboru fabrycznie nowego. Zatem w/w postanowienie SIWZ narusza także przepis art. 22 ust.1 ustawy. Uzasadniony jest też w tym miejscu zarzut naruszenia Rozporządzenia WE nr 1370/2007.
- 10) Według Odwołującego projekt umowy w § 4 ust. 9 i § 10 ust. 2 narusza zasady uczciwej konkurencji (art. 7 ust.1 i art. 29 ustawy), ponieważ Wykonawca zobowiązany jest do uzgodnienia z Organizatorem Przewozów (Zamawiającym) zestawienie każdego pociągu. Zastawienie pociągu musi być uzasadnione wielkością potoków lub wynikać z technologii przewozu. Kwestia ta została uregulowana również w załączniku nr 2, który zostanie uzupełniony po wyłonieniu Wykonawcy z chwilą zawierania umowy. Odwołujący stwierdził, że bez określenia przez Zamawiającego zestawienia pociągów kursujących na poszczególnych odcinkach na etapie SIWZ Przewoźnik nie ma możliwości rzetelnego skalkulowania wysokości stawki dotacji do pociągo-kilometra. Jednocześnie umowa ustanawia prawo dla Zamawiającego do naliczania kary za przepełnienie w pociągu. W opinii

Odwołującego jest to nielogiczne i krzywdzące, skoro sam Zamawiający uzgadnia wcześniej zestawienie składu pociągu a więc uzgadnia oferowaną podaż miejsc siedzących. Postanowienie co do kar jest nieprawidłowe tym bardziej, że warunki techniczne każdego pojazdu szynowego określają liczbę miejsc ogółem w tym miejsca siedzące i stojące.

- 11) Odwołujący twierdził, że postanowienie § 4 ust. 23 projektu umowy narusza art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z przepisami ustawy o nieuczciwej konkurencji dotyczącej tajemnicy przedsiębiorstwa, bowiem umowa wymaga od Wykonawcy udzielenia Zamawiającemu pełnomocnictwa do pozyskiwania informacji od zarządcy infrastruktury. Informacje te przetwarzane są przez zarządcę infrastruktury w specjalnym systemie komputerowym. Wykonawca nie jest właścicielem aplikacji System Ewidencji Pracy Eksploatacyjnej stąd Wykonawca nie posiada uprawnień do udzielania upoważnień w tym zakresie innym podmiotom. Odwołujący wskazywał, że potencjalnie udzielone upoważnienie, będzie naruszało tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzeżoną przez właściciela systemu, a więc będzie nieważne pod względem formalno - prawnym.
- 12) Według Odwołującego przepis § 6 ust.6 i § 7 ust. 2 projektu umowy określa przedmiot zamówienia w sposób niewystarczający bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty (narusza art. 29 ustawy). (Pakiet A) dla taboru wymienionego numerycznie w załączniku nr 17 konieczne jest, aby Zamawiający określił ilość napraw poziomu 4 i 5, która będzie konieczna do wykonania przy użyczonym Przewoźnikowi taborze w okresie obowiązywania umowy. Dane te są niezbędne dla określenia całości kosztów utrzymania użyczonego taboru i skalkulowanie stawki jednostkowej - cena ofertowa. (Pakiet B, C, D, E). Zamawiający nie określił rodzaju i ilości taboru jaki zostanie użyczony Przewoźnikowi. W związku z tym Wykonawca nie może określić kosztów utrzymania poziomu 1 do 5 użyczonego taboru i skalkulować stawki jednostkowej. Dotyczy to także ubezpieczenia casco Zarówno wysokość kosztów utrzymania poziomu 1 do 5 oraz casco są niezbędne dla Wykonawcy w celu określenia stawki dofinansowania do pociągo-kilometra.
- 13) Według Odwołującego w § 8 ust. 1. projektu umowy Zamawiający narusza przepis art. 29 ust.1 nakazujący wyczerpująco określać przedmiot zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności mających wpływ na składaną ofertę, ponieważ przepis ten nie doprecyzowuje, w jaki sposób określić koszty amortyzacji taboru użyczonego. Odwołujący wskazywał, że amortyzacja jest ujmowana w księgach rachunkowych właściciela taboru. Przewoźnik, nie księgując w swoich księgach rachunkowych amortyzacji taboru użyczonego - nie ma podstaw aby odejmować ją od rekompensaty. Postępowanie zaproponowane przez Zamawiającego prowadzi do ponoszenia przez przewoźnika kosztów, które stanowiąc będą stratę. Zamawiający użyczając tabor zawiera z Przewoźnikiem umowę użyczenia. Odwołujący podkreślał, że dotychczas tabor użytkowany w działalności

gospodarczej na podstawie umowy użyczenia, nie był środkiem trwałym Przewoźnika i jako taki nie podlegał amortyzacji. Odpisów amortyzacyjnych dokonywał właściciel. Tym samym amortyzacja takiego taboru nie stanowiła dla Przewoźnika kosztu uzyskania przychodu.

- 14) Odwołujący wskazywał, że w projekcie umowy w § 8 ust. 9 i ust. 12 występuje sprzeczność tj. rozbieżność terminów rozliczenia rekompensaty na podstawie raportów kwartalnych. Błędny zapis spowodowany jest naruszeniem art. 29 ust.1 ustawy i powoduje brak możliwości prawidłowego sformułowania oferty przez Wykonawcę.
- 15) Odwołujący podał, że w projekcie umowy § 8 pkt 13 Zamawiający narzucił Wykonawcy możliwość uzyskania zysku na poziomie powyżej 6%. Sposób naliczenia rozsądnego zysku jest określony w Załączniku do rozporządzenia WE nr 1370 - jako stopa 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. Zdaniem Odwołującego, wskazanie poziomu rozsądnego zysku przez Zamawiającego na stałym poziomie w okresie 10 lat w wysokości 6 % jest nieuprawnione pomimo, że jest to wskaźnik rekomendowany w opracowanych przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego - wytycznych w zakresie zasad dofinansowania z programów operacyjnych podmiotów realizujących obowiązek świadczenia usług publicznych w transporcie zbiorowym. Jednak, w opinii Odwołującego wytyczne te mają zastosowanie tylko do projektów z udziałem dofinansowania z Programów Operacyjnych. Zatem Odwołujący twierdził, że określenie przez Zamawiającego w umowie dopuszczalnego poziomu zysku i to w sposób jednakowy przez okres 10 lat - jest pozbawione podstawy prawnej, oraz narusza zasady uczciwej konkurencji (art. 7 ust.1 w zw. z art. 29 ust.2 ustawy).

W dniu 12.08.2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wpływie ww. odwołania i wezwał do udziału w postępowaniu odwoławczym. W dniu 13.08.2010 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca ARRIVA RP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Pismem z dnia 20.08.2010 r., które wpłynęło do Izby w dniu 24.08.2010 r. Zamawiający po szczegółowym rozpatrzeniu zarzutów i żądań wniesionego odwołania wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, specyfikację, odpowiedź Zamawiającego na odwołanie oraz stanowiska i oświadczenia stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że Odwołujący legitymuje się

uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający Izby stwierdził również, że nie zaistniały przesłanki do odrzucenia odwołania wskazane w art. 189 ust. 2 ustawy, zatem odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego dyspozycji: art. 7 ust.1, art. 22 ust. 1 i 4 , art. 29 ust.1 i 2, art. 99 , art. 100 , art. 139 i art. 142 ustawy oraz postanowień rozporządzenia WE nr 1370/2007 przy formułowaniu postanowień specyfikacji nie potwierdziły się.

Izba odnosząc się kolejno do poszczególnych zarzutów odwołania ustaliła i zważyła:

Ad 1) Skład orzekający Izby stwierdza, że zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 99, art. 100 ustawy nie potwierdziły się.

Zamawiający zapisem w pkt I.31 SIWZ wykluczył zawarcie umowy ramowej.

Izba podzieliła w całości argumentację Zamawiającego przedstawioną w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie w kwestii zarzutu dotyczącego obowiązku zawarcia umowy ramowej w przedmiotowym postępowaniu.

Izba potwierdziła prawidłowość działania Zamawiającego, który prowadząc przedmiotowe postępowanie oparł się na treści obowiązującego od dnia 3 grudnia 2009 roku rozporządzenia WE NR 1370/2007, ponieważ bezspornym jest, iż powyższe rozporządzenie jest bezpośrednio obowiązujące i posiada moc wiążącą zarówno wobec państw, jak i jednostek (osób fizycznych i prawnych), które są objęte obowiązkiem jego stosowania i obejmuje wszystkie państwa członkowskie UE.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt i) ww. rozporządzenia „umowa o świadczenie usług publicznych” jest to jeden lub kilka aktów wiążących prawnie, potwierdzających porozumienie zawarte pomiędzy właściwym organem a podmiotem świadczącym usługi publiczne, w sprawie powierzenia temu podmiotowi świadczącemu usługi publiczne zarządzania usługami pasażerskiego transportu publicznego podlegającymi zobowiązaniom z tytułu świadczenia usług publicznych oraz świadczenie tych usług. W zależności od prawa państw członkowskich umowa może mieć również formę decyzji właściwego organu, która

stanowi indywidualny akt ustawodawczy lub wykonawczy albo zawiera warunki, zgodnie z którymi właściwy organ samodzielnie świadczy usługi lub powierza ich świadczenie podmiotowi wewnętrznemu.

Według art. 4 ust. 3 przedmiotowego rozporządzenia okres obowiązywania umów o świadczenie usług publicznych jest ograniczony i nie przekracza dziesięciu lat w odniesieniu do usług autokarowych i autobusowych oraz w odniesieniu do usług kolejowego transportu pasażerskiego innych środków transportu szynowego. W przypadku transportu koleją i za pomocą innych środków transportu stanowi ponad 50 % wartości danych usług, okres obowiązywania umów o świadczenie usług publicznych obejmujących rodzajów transportu jest ograniczony do 15 lat.

Z konstrukcji oraz treści analizowanych przepisów jasno wynika, że umowa o świadczenie usług publicznych w zakresie transportu kolejowego jest umową zobowiązaniową o maksymalnym okresie obowiązywania do 15 lat. Wobec powyższego prawidłowe było działanie Zamawiającego polegające na prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie Pzp.

Dokonując analizy powyższego zarzutu w przedstawionym stanie prawnym istotnym jest, iż pojęcie „umowy ramowej” zawarte w ustawie z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (Dz. U. z 2007 r. Nr 16, poz. 94, z późn. zm. – zwanej dalej: „*ustawą o transporcie kolejowym*”), nie jest tożsame pojęciem „umowy ramowej” zdefiniowane w Pzp.

Artykuł 40 ust. 4 ustawy o transporcie kolejowym stanowi, że organ samorządu województwa oraz przewoźnik kolejowy wybrany do świadczenia usług publicznych, w trybie przepisów Pzp, jest obowiązany zawrzeć umowę ramową o świadczenie usług publicznych na okres nie krótszy niż 3 lata, w terminie 3 miesięcy od dnia wyboru przewoźnika.

Na podstawie umowy ramowej o świadczenie usług publicznych zawierana jest umowa o świadczenie usług publicznych na okres obowiązywania rozkładu jazdy pociągów określająca w szczególności wysokość dotacji, nie później niż w terminie 1 miesiąca przed wejściem w życie rozkładu jazdy pociągów (ust. 4b). Umowa ramowa o świadczenie usług publicznych winna określać w szczególności warunki i tryb zawarcia umowy o świadczenie usług publicznych oraz planowane łączne nakłady finansowe.

W paragrafie 4 rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie organizowania regionalnych krajowych przewozów pasażerskich (Dz. U. z 2004 r. Nr 95, poz. 953) uregulowano tryb wyboru przewoźników poprzez odesłanie do przepisów Pzp.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 99 ustawy zawarcie umowy ramowej nie jest obowiązkiem, a uprawnieniem Zamawiającego i nie jest jednoznaczne z udzieleniem zamówienia publicznego. Samo zawarcie takiej umowy należy traktować jako jeden z etapów

postępowania o udzielenie zamówienia. W przypadku zawarcia umowy ramowej konkretne zamówienia są udzielane na podstawie odrębnych umów. Sam fakt zawarcia umowy ramowej nie rodzi ani po stronie zamawiającego, ani wykonawców, którzy ją zawarli, żadnego obowiązku kontraktowania. Może zdarzyć się i tak, że pomimo zawarcia umowy ramowej nigdy nie dojdzie do udzielenia na jej podstawie żadnego zamówienia, który to fakt nie będzie też dla kogokolwiek podstawą jakichkolwiek roszczeń, (*Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz pod redakcją Tomasza Czajkowskiego, wydanie trzecie, str. 338*).

Zestawiając przepisy ustawy o transporcie kolejowym z przepisami Pzp należy stanowczo stwierdzić, że ustawa o transporcie kolejowym nakazuje w trybie ustawy Pzp jedynie dokonanie wyboru przewoźnika. Natomiast przepisy dotyczące umowy ramowej mają swój specyficzny, odrębny charakter niepokrywający się z Pzp. Wobec powyższego należy jasno stwierdzić, że Zamawiający nie jest zobligowany do zawarcia umowy ramowej w trybie Pzp.

Ad 2) W odniesieniu do zarzutu udzielenia zamówienia na okres 10 lat oraz braku przedstawienia informacji w tym zakresie, tj. naruszenia art. 100 oraz art. 142 ustawy Izba wskazuje, iż ww. zarzuty nie potwierdziły się.

Według postanowień pkt. 1.1 SIWZ Zamawiający zamierza udzielić zamówienia publicznego na okres 10 lat. W dniu 30.07.2010 r. Zamawiający zgodnie z art. 142 ust. 3 ustawy przekazał Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych informacje o zamiarze zawarcia umowy na okres dłuższy niż 4 lata.

Izba przychyliła się do argumentacji Zamawiającego wskazanej w odpowiedzi na odwołanie, gdzie Zamawiający wyjaśnił, że zawarcie umowy na przewidziany w przedmiotowym postępowaniu okres umożliwi wprowadzenie nowoczesnego taboru kolejowego, przy jednoczesnej oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu czteroletniego. Ponadto, zawarcie umowy na ww. okres pozwala Przewoźnikowi zaplanować zakupy taboru kolejowego i uwzględnić je w kosztach działalności poprzez odpisy amortyzacyjne. W przypadku umów na czas krótszy Przewoźnik nie miałby możliwości zamortyzowania zakupionych, w związku realizacją zamówienia, środków trwałych w okresie umowy, a w konsekwencji po jej zakończeniu pozostałby mu tabor niezamortyzowany, dla którego brak byłoby przeznaczenia.

Według art. 142 ust 2 ustawy Zamawiający może zawrzeć umowę, której przedmiotem są świadczenia okresowe lub ciągłe, na okres dłuższy niż 4 lata, jeżeli

wykonanie zamówienia w dłuższym okresie spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu czteroletniego lub jest to uzasadnione zdolnościami płatniczymi zamawiającego lub zakresem planowanych nakładów oraz okresem niezbędnym do ich spłaty.

W przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza tzw. „progi unijne” ustępe 3 ustawy Pzp ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek poinformowania w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania, Prezesa Urzędu o zamiarze zawarcia umowy na okres dłuższy niż 4 lata, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Wobec powyższego Izba potwierdziła możliwość zawarcia umowy na okres powyżej 4 lat. Ponadto, wyjaśnia, iż ustawa nie nakazuje zamieszczenia w specyfikacji informacji o powiadomieniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o zamiarze zawarcia umowy na okres dłuższy niż 4 lata ani uzasadnienia dla zawarcia umowy na okres przekraczający 4 lata. W związku z tym powyższy zarzut Odwołującego Izba uznała za bezprzedmiotowy.

3) W zakresie niepełnego opisu przedmiotu zamówienia z uwagi na brak informacji dotyczących odcinków na których nie są obecnie wykonywane przewozy, Izba nie potwierdziła zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 ustawy.

W SIWZ w pkt I. „Opis przedmiotu zamówienia” w Tabeli 1 - Pakiet A (Pakiet spalinowy) oraz w Tabeli 3 - Pakiet C (pakiet bydgoski) wskazano odcinki na których nie są obecnie wykonywane przewozy, tj.:

- Linia 33 Kutno- Brodnica odcinek od Brodnicy do granicy woj. kuj.-pom.,
- linia 208 Działdowo -Chojnice odcinek od Brodnicy do gr. woj.,kuj,-pom.,
- linia 356 Poznań Wschód- Bydgoszcz Główna odcinek od gr, woj.kuj-pom. do Bydgoszczy,
- linia 281 Oleśnica - Chojnice odcinek w granicach woj. kuj.-pom.

Zgodnie z postanowieniami pkt. 1.7 SIWZ podstawą opracowania rozkładów jazdy pociągów, będzie zestawienie potrzeb przewozowych ustalone na dany rok obowiązywania rozkładu jazdy pociągów, przy czym Wykonawca będzie zobowiązany na żądanie Zamawiającego do wykonania przewozów pasażerskich w wymiarze nie mniejszym niż określony w tabelach 4-8. Minimalna wielkość pracy eksploatacyjnej wykonanej w ramach roku kalendarzowego została określona w pkt 1.6 SIWZ dla każdego pakietu oddzielnie.

Rozpatrując zasadność ww. zarzutu Izba uwzględniła wyjaśnienia Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie, w których Zamawiający twierdził, że na tych liniach obecnie nie odbywa się ruch pasażerski, ponieważ wynika to ze złego stanu technicznego tych linii. Niemniej jednak Województwo Kujawsko-Pomorskie planuje rewitalizację

nieczynnych linii kolejowych. Zamawiający wskazał, że obecnie trwa postępowanie mające na celu przejęcie od PKP Polskich Linii Kolejowych m.in. linii 356 w granicach Województwa Kujawsko-Pomorskiego, a następnie przeprowadzenia jej rewitalizacji. Wspomniane przez Odwołującego w tym punkcie odwołania odcinki linii są ściśle geograficznie i funkcjonalnie powiązane z innymi liniami ujętymi w danym pakiecie (pakiet A dla linii 33, 208 i 356, pakiet C dla linii 281) i ze względu na to musiały zostać ujęte w przedmiotowym postępowaniu.

Zdaniem Izby oczywistym jest, iż w takiej sytuacji Zamawiający nie miał możliwości skonkretyzowania okresu wykonywania połączeń na przywołanych powyżej odcinkach.

Według § 2 ust. 3 rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie organizowania regionalnych kolejowych przewozów pasażerskich (Dz. U. z 2004 r. Nr 95, poz. 954) organizowanie przewozów polega na opracowaniu i wprowadzaniu, przy współpracy z przewoźnikiem kolejowym, planu połączeń kolejowych odpowiednio na obszarze województwa lub województw sąsiadujących. Oznacza to, że przewoźnik kolejowy wyłoniony w wyniku niniejszego postępowania będzie miał znaczący wpływ na kształt rozkładu jazdy pociągów i nie może jednostronną decyzją Zamawiającego zostać zmuszony do realizacji przewozów, które będą niekorzystne dla niego. Wobec czego, jeśli przy wysokości dopłaty do pociągo - kilometra jaka obowiązywać będzie w chwili gdy przywołane w odwołaniu odcinki linii gotowe będą do rozpoczęcia pasażerskiego ruchu kolejowego świadczenie usług transportu publicznego na tych odcinkach będzie dla Przewoźnika ekonomicznie nieuzasadnione będzie on mógł odmówić świadczenia na tych odcinkach usług objętych przedmiotem zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu braku możliwości właściwego ustalenia ceny ofertowej w zakresie ww. odcinków Izba na rozprawie ustaliła, że wykonawca kalkulując ofertę nie jest zobligowany do uwzględnienia w niej wysokości podstawowej stawki. W przypadku, kiedy przewozy zostaną wznowione rozliczenie będzie następować w oparciu o stawkę zawartą w formularzu ofertowym.

Konkludując, skład orzekający Izby biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia oraz okres świadczenia przedmiotowych usług, uznał, że interesy potencjalnych wykonawców nie doznają uszczerbku, ponieważ prawa Przewoźnika zostały należycie zabezpieczone poprzez możliwość współpracy z Zamawiającym przy tworzeniu planu połączeń kolejowych, który nie jest narzucany z góry przez Zamawiającego, lecz konstruowany i uzgadniany z Przewoźnikiem.

4) Zarzuty Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy w odniesieniu do wysokości stawki przyjmowanej przy wykonywaniu przewozów w ramach powyżej jednego pakietu nie potwierdziły się.

W pkt. I.9 - 10 SIWZ podano: „9. Zamawiający dopuszcza konstruowanie w rozkładzie jazdy pociągów dowolnych relacji, przy czym dofinansowaniu podlegają jedynie odcinki na terenie województwa kujawsko – pomorskiego. 10. W przypadku gdy relacja pociągu zwiera w sobie odcinki należące do co najmniej 2 pakietów, w ramach których przewozy realizuje ten sam Wykonawca, zaś pociąg z uwagi na swoją relację nie może zostać rozliczony w ramach jednego pakietu, odcinki wspólne dla pakietów podlegają dofinansowaniu na warunkach dla pakietu o niższej stawce dopłaty dla pociągo-kilometra”.

Izba zwraca uwagę, iż przywołane powyżej zapisy świadczą o tym, że Zamawiający pozostawił decyzji Przewoźnika sposób konstruowania relacji pociągów w rozkładzie jazdy.

Wobec powyższego to Przewoźnik będzie decydował o tym, czy skonstruuje relację, która będzie zawierała w sobie odcinki należące do jednego, dwóch lub więcej pakietów. Należy stwierdzić, że skoro to Przewoźnik konstruuje relacje pociągów, to w jego interesie jest takie ich poprowadzenie, aby nie ponosił on strat z tego tytułu.

Ponadto, w przedmiotowym przypadku nie można mówić o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, ponieważ sformułowane przez Zamawiającego zapisy w równym stopniu obowiązują wszystkich potencjalnych wykonawców, którzy przystąpią do postępowania przetargowego.

5) Izba stwierdza, że zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 ustawy dotyczące przekazania przez Zamawiającego dodatkowego taboru nie potwierdziły się.

W pkt. I.13 SIWZ Zamawiający zastrzegł sobie prawo przekazania dodatkowego taboru Wykonawcy, który jest zobowiązany do jego przyjęcia (dotyczy to wszystkich pakietów).

W § 5 ust. 8 projektu umowy stanowiącego załącznik do SIWZ podano: „Organizator Przewozów oświadcza, że ilość i rodzaj taboru, który może zostać dodatkowo przekazany, zostaną uzgodnione z Przewoźnikiem w drodze porozumienia. Porozumienie regulować będzie w szczególności ilość i parametry techniczne taboru jaki ma zostać przekazany oraz planowany termin i sposób jego przekazania Przewoźnikowi. Przewoźnik nie może odmówić przyjęcia taboru objętego porozumieniem”.

W ust. 9 ww. paragrafu podano: „W wypadku, gdy do nabycia taboru określonego w porozumieniu, o którym mowa w ust. 8 Organizator Przewozów, jako jednostka finansów

publicznych, zobligowany będzie do zastosowania procedury udzielenia zamówienia publicznego zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych (lub innego aktu normatywnego, który w chwili udzielenia tego zamówienia regulować będzie procedurę udzielenia zamówienia publicznego) Przewoźnik wyznaczy swojego przedstawiciela do udziału w pracach komisji przetargowej”.

W odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie pełnomocnik Zamawiającego podnosił, że Zamawiający obecnie nie posiada dodatkowego taboru, który w przyszłości dopiero zamierza zakupić.

Bezspornym jest, iż skoro Zamawiający obecnie nie posiada dodatkowego taboru to nie jest w stanie wskazać w SIWZ ilości, rodzaju oraz parametrów technicznych taboru, który zostanie dopiero przez niego zakupiony. Izba stwierdza, że powyższa, przyjęta przez Zamawiającego, konstrukcja zapisów umownych, właściwie zabezpiecza interesy wykonawców, gdyż Wykonawca, delegując swojego przedstawiciela do prac komisji przetargowej, będzie miał istotny wpływ na ilość, rodzaj oraz parametry techniczne dodatkowego taboru, który zostanie zakupiony i przekazany przez Zamawiającego.

6) Dokonując analizy zarzutów dotyczących naruszenia art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2, art. 22 ust. 1 ustawy oraz rozporządzenia WE NR 1370/2007 poprzez zapisy w SIWZ w zakresie wprowadzenia nowego taboru Izba stwierdziła, że zarzuty nie potwierdziły się.

W pkt. 15 i 16 SIWZ Zamawiający skonstruował następujące zapisy:

„15. Wykonawca zobowiązany jest wprowadzić do eksploatacji:

- 1) w ramach pakietu A co najmniej 3 sztuki fabrycznie nowych spalinowych zespołów trakcyjnych lub spalinowych autobusów szynowych,
- 2) w ramach pakietu B co najmniej 2 sztuki fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych lub elektrycznych autobusów szynowych,
- 3) w ramach pakietu C co najmniej 1 sztukę fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych lub elektrycznych autobusów szynowych,
- 4) w ramach pakietu D co najmniej 1 sztukę fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych lub elektrycznych autobusów szynowych.

16. Wprowadzenie do eksploatacji o którym mowa w pkt. 15 winno nastąpić nie później niż w terminie 2 lat od zawarcia umowy. Pod pojęciem wprowadzenia do eksploatacji dla każdej nowej jednostki taborowej osobno, rozumie się uruchomienie pierwszego pociągu objętego umową z wykorzystaniem tego taboru.(...)”.

Skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska Odwołującego, iż powyższy wymóg postawiony przez Zamawiającego jest nadmierny oraz że narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zdaniem Izby, okres 2 lat od zawarcia umowy na wprowadzenie do eksploatacji nowego taboru jest terminem jak najbardziej możliwym oraz zupełnie wystarczającym do spełnienia przedmiotowego wymagania dotyczącego realizacji przedmiotu zamówienia.

Ponadto Zamawiający w SIWZ nie przesądził o konieczności kupna fabrycznie nowego taboru przez Wykonawców. Wobec tego pozostawił wykonawcom dowolność, co do sposobu uzyskania fabrycznie nowego taboru.

Izba uznała również za bezzasadny zarzut Odwołującego, dotyczący naruszeniem dyspozycji pkt. 29 ww. rozporządzenia WE NR 1370/2007, tj. obowiązku publikacji ogłoszenia o zamówieniu z rocznym wyprzedzeniem. Pełnomocnik odwołującego na rozprawie twierdził, że Odwołujący nie posiadał wcześniej wiedzy o tym, iż Zamawiający ogłosi postępowania w ww. przedmiocie i w związku z tym zaciągnął zobowiązania finansowe, które uniemożliwiają w tej chwili wywiązanie się z postanowień pkt I.15 i I. 16, tj. wprowadzenia nowego taboru w tak krótkim czasie.

Izba ustosunkowując się do ww. zarzutu podzieliła stanowisko Przystępującego wyrażone na rozprawie, który dowodził, że do niniejszego postępowania mają zastosowanie przepisy rozporządzenia WE NR 1370/2007, a skoro Zamawiający wybrał spośród wymienionych w rozporządzeniu rozwiązań, model przetargu i zastosował tryb przewidziany ustawą Pzp zobowiązany był do wypełnienia wszystkich obowiązków informacyjnych, które narzuca reżim ustawy Pzp, które jak ustaliła Izba, zostały wypełnione prawidłowo.

Dodatkowo Izba wskazuje, że rozporządzenie WE NR 1370/2007 posiada moc obowiązującą od dnia 3 grudnia 2009 roku, natomiast jak ustalono na rozprawie umowy w zakresie objętym przedmiotowym zamówieniem wygasają z dniem 11.12.2010 r. W związku z powyższym Izba potwierdziła, że Zamawiający nawet gdyby chciał podjąć niezbędne działania dotyczące publikacji ogłoszenia we wskazanym stanie faktycznym, nie miał takich możliwości.

W pkt III 1.3) SIWZ Zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu: „O zamówienie mogą się ubiegać wykonawcy, którzy dysponują niezbędnym potencjałem technicznym do wykonywania zamówienia tj. dysponują odpowiednim taborem kolejowym w odpowiedniej ilości, spełniającym warunki określone w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz. U. Nr 212, poz. 1771 z późn. zm.)”.

Izba wskazuje, iż postawiony przez Zamawiającego wymóg wprowadzenia do eksploatacji w przyszłości fabrycznie nowego taboru nie jest warunkiem podmiotowym udziału w postępowaniu a wymogiem przedmiotowym zamówienia. Izba w treści powyższego zapisu nie dopatrzyła się znamion utrudnia uczciwej konkurencji. Zdaniem Izby ustanowienie powyższego wymagania przez Zamawiającego jest dopuszczalne w pełni uzasadnione, ponieważ Zamawiający w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa i punktualność, braku awaryjność oraz odpowiedniego komfortu miał prawo taki wymóg ustanowić. Ponadto, żądanie wprowadzenia nowego taboru nie oznacza, iż Wykonawca przystępujący do przedmiotowego postępowania ma takim taborem dysponować na dzień, w którym upływa termin składania ofert a jedynie oznacza, iż ma wprowadzić do eksploatacji taki tabor w przyszłości, tj. w okresie 2 lat od dnia zawarcia umowy.

7) Badając zasadność zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy w zakresie zapisów dotyczących rekompensaty kosztów dostępu do infrastruktury Izba nie dopatrzyła się naruszenia ww. przepisu ustawy.

W SIWZ w pkt. 19 i 20 Zamawiający podał: „ 19. Zamawiający rekompensuje koszt dostępu do infrastruktury (opłatę podstawową za minimalny dostęp do infrastruktury kolejowej w kwocie netto, bez podatku VAT), związany wyłącznie z wykonywaniem przewozów pociągami objętymi umowami zawartymi na podstawie niniejszego postępowania. Rekompensata obejmuje opłatę za realizację przejazdów w ramach rozkładu jazdy pociągów. 20. Rekompensacie nie podlegają opłaty za dostęp i korzystanie z peronów, dostęp do infrastruktury kolejowej wynikającej z potrzeb technologicznych Wykonawcy, obejmujące np. dostęp i korzystanie z torów postojowych oraz punktów utrzymania pojazdów kolejowych, dostęp i korzystanie z urządzeń do formowania składów pociągów, dostęp do urządzeń zaopatrzenia w paliwo”.

Zamawiający w § 11 ust. 1 projektu umowy podał: „Podstawowa stawka dopłaty do pociągo-kilometra, oraz stawka bazowa podlegają waloryzacji z dniem 1 stycznia każdego roku o roczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłoszony przez Główny Urząd Statystyczny w roku poprzednim”.

Zdaniem Izby nie sposób zgodzić się z argumentacją Odwołującego, wyrażoną zarówno w odwołaniu jak również na rozprawie, że skoro zamawiający stwierdził, że rekompensacie nie podlegają opłaty za dostęp i korzystanie z peronów, dostęp do infrastruktury kolejowej wynikającej z potrzeb technologicznych Wykonawcy, obejmującej np. dostęp i korzystanie z torów postojowych oraz punktów utrzymania pojazdów kolejowych, dostęp i korzystanie z urządzeń do formowania składów pociągów, dostęp do urządzeń zaopatrzenia w paliwo, to tym samym zakwestionował potrzebę korzystania z ww. urządzeń.

Podczas rozprawy zarówno Zamawiający jak Przystępujący oświadczyli, że rekompensacie, w zakresie dostępu do infrastruktury, będzie podlegało od 80% do 90% kosztów poniesionych przez Przewoźnika w zakresie dostępu do infrastruktury.

Skład orzekający Izby uznał za dopuszczalną sytuację w której Zamawiający określił, że będzie rekompensował jedynie koszty związane z minimalnym dostępem do infrastruktury wg cennika ogłaszanego przez PKP PLK i zatwierdzanego przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego, które i tak stanowią ponad 80% wszystkich kosztów ponoszonych przez przewoźnika w zakresie dostępu do infrastruktury. W zakresie pozostałych kosztów (ok. 10-20%), tj. kosztów związanych z torami postojowymi oraz tankowaniem paliwa itp. należy uznać za koszty wykonawcy, które winien ująć w ofercie.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego kosztów energii elektrycznej związanej z uruchamianiem pociągów Izba uznała powyższy zarzut za chybiony, ponieważ rynek energetyczny w Polsce został uwolniony od 1 lipca 2007 roku (regulowany jest tylko dla odbiorców w gospodarstwach domowych). Wszyscy klienci w Polsce, mogą wybierać swobodnie sprzedawcę energii elektrycznej. Wobec powyższego cenę energii elektrycznej kształtuje wolny rynek, a w związku z tym wielkości kosztów z tym związanych należy do oceny Wykonawcy w ramach ryzyka prowadzonej działalności gospodarczej.

8) Izba stwierdza, że zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy w odniesieniu zapisów SIWZ dotyczących cennika opracowanego przez Zamawiającego nie potwierdziły się.

W pkt. 22 i pkt. 25 SIWZ oraz w § 4 ust. 11 projektu umowy Zamawiający określił, że Wykonawca jest zobowiązany do stosowania cennika biletów opracowanego zgodnie z postanowieniami załącznika do wzoru umów dla wszystkich pociągów objętych rekompensatą przez Województwo Kujawsko – Pomorskie. Zamawiający nie wykluczył możliwości stosowania przez Wykonawcę, własnych cenników biletów (taryf przewozowych), zniżek i ulg handlowych.

W § 4 ust. 13 projektu umowy Zamawiający określił: „Cennik stosuje się do przejazdów wykonywanych wszystkimi pociągami objętymi rekompensatą przez Organizatora Przewozów ujętych w wykazach o których mowa w ust. 11. Cennik stosuje się na terenie województwa kujawsko – pomorskiego, a w przypadku gdy trasa objętego rekompensatą pociągu wykracza poza granicę województwa cennik obowiązuje do stacji: Kutno, Sierpc, Iława Główna, Kwidzyń, Smętowo, Czersk, Bąk, Chojnice, Piła Główna, Gniezno, Babiak. Przewoźnik zobowiązuje się wystawiać bilety i honorować bilety wystawione przez innych przewoźników kolejowych na przejazdy opisane w niniejszym ustępie”.

W pkt. I.32 SIWZ oraz § 4 ust. 18 projektu umowy Zamawiający wskazał m. in.: „Wykonawca będzie zobowiązany do wykonania przewozów w relacjach wykraczających poza obszar województwa w przypadku, gdy województwa ościenne zobowiążą się do dotacji/rekompensaty na nie gorszych warunkach finansowych jak ustalone w niniejszym postępowaniu (...)”.

Oceniając powyższy zarzut Izba w pierwszej kolejności potwierdziła prawidłowość decyzji Zamawiającego polegającej na wprowadzeniu ogólnego cennika opracowanego przez Zamawiającego, który będzie musiał zastosować każdy z wykonawców, którego oferta zostanie wybrana a w konsekwencji zostanie z nim zawarta umowa. Podkreślić należy, że Zamawiający dopuścił możliwość stosowania przez Wykonawcę, własnych cenników biletów (taryf przewozowych), zniżek i ulg handlowych.

Istotnym jest, że w przypadku obowiązywania obydwu cenników, tj. obligatoryjnego - ustalonego przez Zamawiającego oraz fakultatywnego - opracowanego przez Przewoźnika, to do podróżnego będzie należało prawo wyboru z którego cennika (taryfy) zechce skorzystać.

Dodatkowo Izba stwierdza, że Odwołujący nie udowodnił, że zastosowanie się do niniejszego warunku ustanowionego przez Zamawiającego spowoduje spadek przychodów Przewoźnika.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego świadczenia przedmiotowych usług na trasach pociągów wykraczających poza granicę Województwa Kujawsko – Pomorskiego Izba uznała powyższy zarzut za całkowicie bezzasadny, gdyż w pkt. I.32 SIWZ oraz § 4 ust. 18 projektu umowy Zamawiający jasno wskazał, że Wykonawca będzie zobowiązany do wykonania przewozów w relacjach wykraczających poza obszar województwa, ale tylko w przypadku, gdy województwa ościenne zobowiążą się do dotacji/rekompensaty na nie gorszych warunkach finansowych jak ustalone w niniejszym postępowaniu. W innym przypadku, na przykład w przypadku gorszych warunków finansowych, Wykonawca będzie mógł odmówić świadczenia ww. usług.

9) Izba potwierdziła, że w zakresie zapisów specyfikacji dotyczących wieku pojazdów, którymi wykonywane będą przewozy, zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 oraz art. 22 ust. 1 ustawy nie potwierdziły się.

W § 4 ust. 3 projektu umowy Zamawiający wymagał, aby wiek pojazdów, którymi wykonywane będą przewozy, liczony od daty jego produkcji, nie przekraczał 40 lat, w całym okresie obowiązywania umowy.

Izba uznała za właściwy pogląd, że 40-letni tabor jest taborem przestarzałym, nie spełniającym wielu wymagań technicznych także w zakresie komfortu podróżowania, nawet jeżeli tabor był poddawany procesowi modernizacji. W opinii Izby, co też zostało potwierdzone na rozprawie, możliwości eksploatacyjne tego typu urządzeń w określonym okresie czasu podlegają wyczerpaniu i kolejne modernizacje nie są w stanie zapewnić odpowiednich standardów użytkowania ww. urządzeń. Zdaniem Izby, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający ma prawo sformułować wymóg dotyczący wieku taboru w ten sposób aby w okresie świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia (tj. 10 lat) wiek taboru nie przekraczał 40 lat.

Izba nie podzieliła stanowiska i argumentacji Odwołującego wskazującej na fakt posiadania przez Odwołującego taboru w wieku powyżej 35 lat oraz w przypadku uzyskania niniejszego zamówienia Odwołujący będzie zmuszony do dokonania koniecznego taboru ok. 23 szt. (w pierwszym roku) w kolejnych 10 latach – ok. 44 szt. Odnosząc się do powyższego Izba podkreśla, że realizacji przedmiotowego zamówienia nie można rozpatrywać przez pryzmat możliwości realizacyjnych konkretnego wykonawcy, w tym przypadku Odwołującego.

Argumentacja Izby, w zakresie dotyczącym zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz naruszenia rozporządzenia WE NR 1370/2007 jest tożsama z argumentacją zawartą w pkt. 6 niniejszego uzasadnienia.

10) W niżej podanym stanie faktycznym, dotyczącym uzgadniania zestawienia każdego pociągu, Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 7 ust. 1 oraz 29 ustawy.

W § 4 ust.9 projektu umowy Zamawiający zapisał, że podczas opracowania rozkładu jazdy pociągów lub jego aktualizacji Przewoźnik zobowiązany jest do uzgodnienia z Organizatorem Przewozów zestawienie każdego pociągu. Zastawienie pociągu musi być uzasadnione wielkością potoków pasażerskich lub wynikać z technologii przewozu (np. obiegi składów).

W § 10 ust.2 projektu umowy podano, że Organizator przewozów będzie mógł naliczyć przewoźnikowi karę umowną w przypadku niewykonania z winy przewoźnika zobowiązań wskazanych w § 14 ust. 1 pkt 7 projektu umowy, tj. nie zapewnienia każdemu pasażerowi miejsca siedzącego w pociągu, gdy przejazd, na nieprzerwanym odcinku, przekracza 15 km.

Zapewnienie miejsc siedzących oznacza, że ilość podróżnych w pociągu nie może przekraczać łącznej ilości miejsc siedzących w danym składzie pociągu.

Zgodnie z postanowieniami art. 30 ust. 1 pkt. 2a ustawy o transporcie kolejowym organizatorzy i przewoźnicy kolejowi wykonujący przewozy osób, przed złożeniem zarządcy wniosków o przydzielenie tras pociągów, są obowiązani do wzajemnego uzgodnienia skoordynowania pociągów, mając na uwadze potrzeby podróżnych. Zadaniem Przewoźnika będzie opracowanie odpowiedniego rozkładu jazdy pociągów dostosowanego do potrzeb przewozowych, oczekiwanych ilości podróżnych z uwzględnieniem możliwości technicznych ich realizacji, w tym posiadanym taborem, technologią jego obsługi, ponieważ to właśnie Przewoźnik posiada wszelkie niezbędne informacje w tym zakresie.

Izba wyraża pogląd, że skonkretyzowanie przez Zamawiającego, na etapie przetargu, zestawienia składów pociągów byłoby jaskrawym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, gdyż potencjalni wykonawcy mogą zrealizować zamówienie różnym taborem (różnych producentów) o odmiennej m.in. ilości miejsc dostępnych dla podróżnych.

Badając słuszność zarzutu naruszenia art. 29 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy w przedmiotowym przypadku Izba stwierdziła, że na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający jeszcze nie dysponuje zestawieniem poszczególnych pociągów, gdyż będzie ono uzgadniane na późniejszym etapie z Przewoźnikiem. Wobec powyższego, zarzut Odwołującego należy uznać za niezasadny i podlegający oddaleniu.

Odnosząc się zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Izba w tej kwestii podzieliła stanowisko Zamawiającego i zgodziła się ze twierdzeniem, że każdy z wykonawców będzie dysponowałam specyficznym taborem o różnych parametrach technicznych, wobec czego zestawienie każdego pociągu dla poszczególnych wykonawców byłoby odmienne. W sytuacji gdyby Zamawiający na etapie SIWZ opracował takie zestawienie dla każdego pociągu byłoby to właśnie złamaniem fundamentalnej zasady, tj. przygotowania postępowania z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji oraz nierównym traktowaniem wykonawców.

11) W § 4 ust. 23 projektu umowy Zamawiający nałożył na Przewoźnika obowiązek udzielenia upoważnienia do pozyskiwania, od zarządcy infrastruktury informacji dotyczących przewozów objętych umową. Wzór upoważnienia został zawarty w załączniku nr 13.

Izba stwierdza, że nie sposób uznać za prawidłowe stanowisko Odwołującego w zakresie nieważności ww. upoważnienia udzielonego Zamawiającemu oraz zgodzić z argumentacją w niniejszym zakresie.

Bezspornym jest Zamawiający, jako organizator przewozów, jest zobligowany do prowadzenia kontroli oraz nadzoru prawidłowości usług świadczonych przez Przewoźnika. W

celu właściwego, pełnego oraz należytego wykonania niniejsze czynności kontrolnych w zakresie przewozów objętych przedmiotowym postępowaniem Zamawiający musi posiadać określonego rodzaju informacje, które winien pozyskać także od zarządcy infrastruktury. Oczywistym jest, iż nie uzyska ich bez zgody Przewoźnika.

Izba podkreśla, że wzór upoważnienia stanowiący załącznik nr 13 do umowy jasno wskazuje, iż Przewoźnik upoważnia Zamawiający jedynie do pozyskania od zarządcy infrastruktury informacji dotyczących przewozów objętych umową, a nie żąda bezpośredniego dostępu do jakiegokolwiek bazy danych, czy też jakiegokolwiek systemu komputerowego zarządcy infrastruktury, tym samym ww. zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

12) Zarzut naruszenia art. 29 ustawy w zakresie zapisu specyfikacji odnoszącego się do kosztów utrzymania użyczonego taboru nie potwierdził się.

W § 6 ust. 6 projektu umowy Zamawiający wskazał, że Przewoźnik ponosi koszty przeglądów poziomu utrzymania od 1 do 5 wynikających z dokumentacji techniczno – ruchowej nie objętych gwarancją, rękojmią i serwisem producenta przedmiotu użyczenia.

W § 7 ust. 2 projektu umowy Zamawiający określił, że Przewoźnik ubezpieczy przedmiot dzierżawy od wszelkich ryzyk, w zakresie ubezpieczenia casco taboru kolejowego.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wyjaśniał, że zakres i harmonogram przeglądów okresowych wszystkich poziomów (od 1 do 5) określa „Dokumentacja Systemu Utrzymania” dla danego typu pojazdu. W chwili obecnej Odwołujący dysponuje taborom Zamawiającego, tj. trzema autobusami szynowymi SA-106 oraz jednym wagonem doczepnym SA-123. W związku z powyższym Odwołującemu doskonale znane są nie tylko terminy kolejnych przeglądów wszystkich poziomów (od 1 do 5), a również posiada wiedzę (doświadczenie) na temat kosztów ich eksploatacji i utrzymania.

Ponadto na rozprawie Izba ustaliła:

- a) W załączniku nr 17 do umowy pn. „Zestawienie pojazdów szynowych będących własnością Województwa Kujawsko – Pomorskiego” Zamawiający wyspecyfikował tabor, którego jest właścicielem i który zostanie użyczony Przewoźnikowi w celu realizacji przedmiotu zamówienia.
- b) Według zapisów w SIWZ oraz oświadczenia pełnomocnika, złożonego na rozprawie, że Zamawiający zamierza zakupić nowy tabor, który następnie będzie użyczony Przewoźnikowi w celu świadczenia przedmiotowej usługi.

Oceniając powyższy zarzut w świetle zgromadzonego materiału dowodowego, Izba nie stwierdziła naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy.

Zamawiający w załączniku nr 17 do umowy w sposób wystarczający opisał tabor, który posiada i który zostanie użyczony Przewoźnikowi. Powyższy załącznik zawiera wszystkie niezbędne dane do właściwego sporządzenia oferty przez wykonawcę w zakresie ilości napraw i przeglądów użyczonego taboru.

Odnosząc się do zagadnienia zakupów nowego taboru przez Zamawiającego w przyszłości Izba podziela i uznaje za własną argumentację Zamawiającego wskazującą, że Zamawiający na tym etapie postępowania nie jest w stanie przewidzieć jaki rodzaj, typ taboru zakupi. Ponadto należy uznać, że niniejsze urządzenia będą objęte gwarancją producenta. Wobec powyższego Zamawiający w odniesieniu do nowo zakupionego taboru nie mógł zawrzeć stosownych zapisów w SIWZ.

13) W § 8 ust. 1 projektu umowy Zamawiający określił, że wielkość rekompensaty, ustala się w oparciu o wykonywaną pracę eksploatacyjną, stawkę dopłaty do pociągo-kilometra, poniesione przez Przewoźnika koszty dostępu do infrastruktury kolejowej oraz wielkość użyczonego przez Organizatora Przewozów Przewoźnikowi taboru.

Niespornym jest, iż odpisów amortyzacyjnych taboru dokonuje ich właściciel, którym w tym wypadku jest Województwo Kujawsko-Pomorskie, co znajduje odzwierciedlenie w załączniku nr 17 do SIWZ. Wobec tego, rekompensata będzie wyliczana w następujący sposób, tj. po obliczaniu wartości rekompensaty wynikającej z realizacji przewozu od jej wartości będzie odejmowana kwota równa amortyzacji.

Podkreślić należy, iż ww. zapisy skonstruowane przez Zamawiającego są zbieżne z ust. 120 Wytycznych Ministerstwa Rozwoju Regionalnego (MRR/H/22(I)/01-2009) w zakresie zasad dofinansowania z programów operacyjnych podmiotów realizujących obowiązek świadczenia usług publicznych w transporcie zbiorowy. Powyższy przepis stanowi, że składnik majątkowy przekazywany nieodpłatnie operatorowi w związku ze świadczeniem przez niego usług publicznych powinien zostać uwzględniony przy obliczaniu rekompensaty. Wartość przekazanego majątku pomniejsza wartość rekompensaty poprzez wartość odpisów amortyzacyjnych.

14) Po dokonaniu analizy zarzutów wskazanych w odwołaniu w pkt. 14, Izba wskazuje, że zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy nie potwierdził się.

W § 8 ust. 9 projektu umowy Zamawiający wskazał, że Przewoźnik będzie składał kwartale raporty informacyjne z wykonanych przewozów, których wzór stanowi załącznik nr 9 do umowy i jest jej integralną częścią w terminach wskazanych poniżej:

1. za pierwszy kwartał – do 15 maja danego roku,
2. za drugi kwartał – do 15 sierpnia danego roku,
3. za trzeci kwartał – do 15 listopada danego roku,
4. za czwarty kwartał – do 15 lutego roku następnego.

Natomiast w § 8 ust. 12 projektu umowy Zamawiający określił, że rozliczenie realizacji niniejszej umowy następować będzie w okresach rocznych na podstawie sprawozdania sporządzonego zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 14 do umowy i będący jej integralną częścią. Każde sprawozdanie będzie obejmowało jeden rok kalendarzowy. Sprawozdanie będzie dostarczone organizatorowi przewozów w terminie do 15 stycznia roku następnego po roku, którego dotyczy rozliczenie finansowe. Ewentualne różnice w danych finansowych zawarte w rozliczeniu finansowym Przewoźnik skoryguje do dnia 31 stycznia.

Zdaniem Izby w przedmiotowym przypadku nie zachodzi żadna rozbieżność w terminach podanych we wzorze umowy. Kwartalne raporty informacyjne z wykonanych przewozów zawierają przede wszystkim informację o wykonanej pracy eksploatacyjnej i przewozowej, ilości odprawionych podróży, ilości sprzedanych biletów, uzyskanych przez Przewoźnika przychodów i poniesionych kosztów a niniejszy raport nie służy do rozliczenia rekompensaty. Roczne rozliczenie finansowe realizacji umowy będzie następować w oparciu o sprawozdanie sporządzone zgodnie z załącznikiem nr 14 do umowy. W ramach tego rozliczenia ustalany jest wynik finansowy (z danego roku kalendarzowego) i ewentualny zwrot nadpłaconej rekompensaty zgodnie z postanowieniem § 8 ust. 13 wzoru umowy.

15) Zarzut ustalenia przez Zamawiającego poziomu zysku Przewoźnika niezgodnie z art. 7 ust. 1 w zw. Z art. 29 ust. 2 ustawy nie potwierdził się.

W § 8 ust. 13 projektu umowy Zamawiający określił poziom zysku z realizacji przedmiotu umowy na poziomie 6%. W przypadku przekroczenia ww. progu Przewoźnik będzie zobowiązany do zwrotu otrzymanej części bądź całości rekompensaty w wysokości równej różnicy między uzyskanym zyskiem a zyskiem wynoszącym 6%.

Izba uznała za dopuszczalne ustalenie poziomu zysku Przewoźnika na poziomie 6%, ponieważ przedmiotem zamówienia, który ma być realizowany przez Przewoźnika jest usługa publicznych kolejowych przewozów pasażerskich. Wobec tego, że niniejsze usługi mają być

świadczone na rzecz społeczeństwa określenie poziomu zysku na ww. poziomie przez Zamawiającego jest uzasadnione.

Dodatkowym argumentem przemawiającym za uznaniem ww. czynności Zamawiającego za prawidłową jest fakt, że ustalając poziom zysku Zamawiający kierował się Wytocznymi Ministerstwa Rozwoju Regionalnego (MRR/H/22(I)/01-2009) w zakresie zasad dofinansowania z programów operacyjnych podmiotów realizujących obowiązek świadczenia usług publicznych w transporcie zbiorowym.

Mając na uwadze, iż nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 7 ust.1, art. 22 ust.1 i ust. 4, art. 29 ust. 1 i 2, art. 99 , art. 100 , art. 139 i art. 142 ustawy oraz postanowienia rozporządzenia WE nr 1370/2007 na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....