

Sygn. akt: KIO 1590/20

WYROK
z dnia 12 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lipca 2020 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Gostyninie Sp. z o.o. z siedzibą w Gostyninie przy ul. 18 stycznia 36** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Słupno z siedzibą w Słupnie przy ul. Miszewskiej 8a**

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Gostyninie Sp. z o.o. z siedzibą w Gostyninie przy ul. 18 stycznia 36** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Gostyninie Sp. z o.o. z siedzibą w Gostyninie przy ul. 18 stycznia 36** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego **Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Gostyninie Sp. z o.o. z siedzibą w Gostyninie przy ul. 18 stycznia 36** na rzecz zamawiającego **Gminy Słupno z siedzibą w Słupnie przy ul. Miszewskiej 8a** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Płocku.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1590/20

Uzasadnienie

Gmina Słupno z siedzibą w Słupnie przy ul. Miszewskiej 8a (dalej: „Zamawiający” lub „Gmina”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.), zwanej dalej: „ustawą” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usługi użyteczności publicznej w zakresie publicznego transportu zbiorowego w gminnych przewozach pasażerskich w transporcie drogowym w Gminie Słupno”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wykonawczych, wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 7 lipca 2020 r. pod nr 559066-N-2020. W tej samej dacie została opublikowana również specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „specyfikacja” lub „SIWZ”) na stronie internetowej zamawiającego: www.ugslupno.bip.org.pl.

W dniu 13 lipca 2020 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Gostyninie Sp. z o.o. z siedzibą w Gostyninie przy ul. 18 stycznia 36 (dalej: „PKS” lub „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec następujących postanowień SIWZ:

1. niewłaściwego opisu przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”) w związku, z czym przygotowanie zamówienia w sposób utrudniający właściwe sporządzenie oferty,
2. nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia
3. zawarcie w OPZ rozwiązań, dotyczących rozliczeń niezgodnych z przepisami ustawy o VAT.

Wskazanym postanowieniom SIWZ wykonawca PKS zarzucał naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp w związku z:

1. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez niejednoznaczne i nieprecyzyjne określenie przedmiotu zamówienia uniemożliwiające przygotowanie oferty,
2. art. 29 ust. 1 i 2 przez niejednoznaczne i nieprecyzyjne określenie przedmiotu zamówienia utrudniające zachowanie uczciwej konkurencji, przez niewłaściwy sposób rozliczeń i przerzucenie na wykonawców ryzyka związanego z rozliczeniem VAT.

Z uwagi na wskazane wyżej zarzuty Odwołujący wnosił o:

- uwzględnienie odwołania w całości,
- unieważnienie postępowania, a następnie ponowne ogłoszenie i poinformowanie Odwołującego o toczącym się postępowaniu,
- określenie sposobu rozliczeń pomiędzy wykonawcami a Zamawiającym, jako wypłatę wynagrodzenia obciążonego VAT,
- dokładny opis podstaw rozliczeń pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami,
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz PKS, zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego, według faktury, która zostanie złożona na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania wykonawca PKS podniósł m. in., że w OPZ stanowiącym rozdział V SIWZ w pkt 28-35 Zamawiający określił sposób rozliczeń z wykonawcami. Wskazał, że przedmiotem oferty jest ustalenie przez wykonawcę wysokości kosztu jednostkowego i całkowitego powiększonego o rozsądny zysk w rozumieniu art. 52 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (j.t. Dz. U. z 2019 r. poz. 2457) – dalej: „ustawa o publicznym transporcie zbiorowym” lub „uptz”. Następnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający sprecyzował w SIWZ, że rozliczenia nastąpią na podstawie not

księgowych oraz że „rekompensata” nie zawiera podatku VAT. Zdaniem Odwołującego używanie w umowach zawieranych w trybie zamówienia publicznego terminu rekompensata może być mylące. Pomimo odniesienia wprost do art. 52 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym kwota wypłacana przez Organizatora - Gminę Słupno jest w rzeczywistości wynagrodzeniem należnym wykonawcy od Zamawiającego. Świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego w gminnych przewozach pasażerskich w transporcie drogowym w Gminie Słupno, w którym jako element oferty stanowiący o wyborze wykonawcy – Operatora, zdaniem wykonawcy PKS, należało wskazać, jaką rekompensatę będzie otrzymywał ten wykonawca. To wykonawca był zobowiązany do przedstawienia swojej oferty w zakresie ceny, na którą składa się dochód z biletów oraz „rekompensaty” w określonej wysokości, podczas gdy rekompensata wynikająca z art. 52 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym nie jest zależna od oświadczenia woli wykonawcy, a od rzeczywistych kosztów, które poniósł Operator i zysku należnego w związku ze świadczeniem usług publicznych. Zdaniem Odwołującego trudno ustalone w sposób konkurencyjny świadczenie uznać za rekompensatę w rozumieniu 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 czy ustawy o publicznym transporcie zbiorowym. Świadczenie takie, zgodnie z miarodajnymi dla wszelkich form rekompensat za świadczenie usług publicznych kryteriami Altmark (orzeczenia trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich z dnia 24.07.2003 r. w sprawie C-280/00 Altmark Trans GmbH), nie stanowi w ogóle pomocy publicznej. Świadczenie takie pełni po prostu funkcję ceny, wynagrodzenia za świadczenie określonych usług, którego wysokością konkurują między sobą wykonawcy.

Następnie wykonawca PKS wskazywał, że w wyroku C-184/00 Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich stwierdził, że pojęcie subwencji (dotacji) bezpośrednio związanych z ceną należy interpretować, jako obejmujące wyłącznie subwencję, które stanowią całość lub część wynagrodzenia za dostawę towarów lub świadczenie usług, a które są wypłacane przez podmiot trzeci w stosunku do sprzedawcy lub świadczącego. Trybunał argumentował, że w celu ustalenia, czy dotacja stanowi wynagrodzenie, cena towarów i usług musi, co do zasady, być ustalana nie później, niż w momencie zdarzenia podlegającego opodatkowaniu. Zobowiązanie do zapłaty dotacji dokonane przez osobę, która jej udziela, rodzi korelat, jakim jest prawo beneficjenta do jej otrzymania, ponieważ dokonał on dostawy podlegającej opodatkowaniu. Ten związek pomiędzy dotacją a ceną musi być jednoznacznie

widoczny na podstawie indywidualnej analizy okoliczności stanowiących podstawę wypłaty tego wynagrodzenia. Trybunał w sprawie będącej przedmiotem rozpoznania wskazał sądowi odsyłającemu szereg wskazówek, stwierdzając, że sąd krajowy musi zbadać obiektywnie, czy fakt, iż dotacja jest wypłacana sprzedawcy lub świadczącemu pozwala mu sprzedawać towary lub świadczyć usługi po cenie niższej, niż musiałby on żądać w braku takiej dotacji. Nie jest konieczne, by dotacja odpowiadała bezpośrednio zmniejszeniu ceny dostarczanych towarów, wystarczy by relacja pomiędzy zmniejszeniem ceny a dotacją, która może być wyrażona ryczałtowo, była istotna. Zaś w wyroku C-353/00 Trybunał wyraził pogląd, że niezależnie od tego czy dofinansowanie spełnia warunek bezpośredniego związku z ceną, czy też nie spełnia takiego warunku, zwiększać będzie podstawę opodatkowania, jeśli osoba trzecia (także organ władzy publicznej) wpłaca pewną kwotę pieniędzy na poczet usług świadczonych na rzecz osoby fizycznej. Orzeczenie to dotyczyło dopłat wypłacanych firmie zajmującej się usługami związanymi z doradztwem w dziedzinie energetyki. Związek dotacji z ceną nie został szczegółowo przeanalizowany w tym wyroku. Szersze uwagi na ten temat znalazły się natomiast w opinii rzecznika generalnego oraz pisemnym stanowisku rządu Wielkiej Brytanii, które zaaprobował Trybunał. Jak wskazał rzecznik, dotacje mogą mieć różną formę i charakter. Zwykle przez dotacje (subwencje) rozumie się sumy wypłacane danemu podmiotowi z funduszy publicznych w interesie ogólnym. W praktyce dotacje mogą mieć postać dopłat ogólnych do działalności przedsiębiorstwa (i wówczas nie podlegają opodatkowaniu) albo też stanowić subsydia do konkretnych dostaw lub usług, umożliwiając nabycie ich ostatecznemu odbiorcy po niższej cenie (lub w ogóle bez odpłatności z jego strony). W tym ostatnim przypadku podlegają podatkowi VAT. Jeżeli otrzymywana dotacja jest w sposób zindywidualizowany i policzalny związana z ceną danego świadczenia (tj. świadczenie dzięki dotacji ma cenę niższą o konkretną kwotę), taka dotacja podlega VAT. Z uwagi na to, że w postępowaniu w przedmiocie zamówienia publicznego wynagrodzenie ustalane jest na etapie składania oferty i jest niezmiennie w okresie trwania zamówienia, tym samym podlega podatkowi VAT. W opinii Odwołującego rekompensata z tytułu świadczenia usług w zakresie publicznego transportu drogowego, którą będzie otrzymywał wykonawca od Organizatora będzie stanowić obrót podlegający opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług w rozumieniu art. 29a ust. 1 ustawy o VAT. Odwołujący stwierdził, że niewłaściwy sposób rozliczeń wskazany przez Zamawiającego uniemożliwia przygotowanie właściwej oferty przez Odwołującego i innych wykonawców.

Następnie wykonawca PKS wyjaśnił, że niezależnie od powyższego Zamawiający wskazał, że jedną z podstaw rozliczenia będzie również rekompensata utraconych przychodów

z tytułu stosowania ulg ustawowych przy sprzedaży biletów. Odwołujący jednocześnie nie wskazuje żadnych podstaw do obliczenia ewentualnej rekompensaty, tym samym uniemożliwia wykonawcom przygotowanie oferty. Ponadto w OPZ Zamawiający wskazał z jednej strony, że wykonawca ma świadczyć usługi zgodnie z rozkładem jazdy i pozwoleniem, a z drugiej, że ma skomunikować linię S2 z linią zewnętrzną, nie określając, jaka jest częstotliwość kursów tej linii oraz jaki jest jej rozkład.

Stanowisko Zamawiającego.

Zamawiający odpowiedział na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. W uzasadnieniu zaprezentowanego stanowiska wskazywał m. in., że w jego ocenie rozumowanie przedstawione przez Odwołującego w odwołaniu jest błędne. Zdaniem Gminy nie ulega wątpliwości, że umocowanie ustawowe do wypłaty świadczeń na rzecz wykonawcy stanowi przede wszystkim art. 52 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym, gdzie wyraźnie wskazano, iż operatorowi (wykonawcy) przysługuje rekompensata, jeżeli wykaże, że podstawą poniesionej straty z tytułu realizacji usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego są utracone przychody i poniesione koszty, o których mowa w art. 50 ust. 1 pkt 2, proporcjonalnie do poniesionej straty. Interpretacja sformułowania „rekompensata” na gruncie art 29a ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług wielokrotnie, szczególnie w najnowszym orzecznictwie sądów administracyjnych, była prezentowana. I tak np. Naczelny Sąd Administracyjny w uzasadnieniu wyroku z dnia 30 stycznia 2019 r., sygn. akt I FSK 1673/16, stwierdził: „tego rodzaju rekompensaty (przyznawane operatorom na podstawie przepisów rozdziału 6 uptz), nie mogą być uznane za dotacje, subwencje i inne dopłaty o podobnym charakterze, zaliczane do podstawy opodatkowania, o której mowa w art. 29a ustawy o podatku od towarów i usług. (...). Celem rekompensat przyznawanych na podstawie art. 50 ust 2 uptz ma być, stosownie do art 52 tej ustawy, przede wszystkim pokrycie strat związanych z tego rodzaju działalnością (ewentualnie uzyskanie rozsądnego zysku) i umożliwienie jej prowadzenia w tego rodzaju sytuacji.” Co więcej nawet sam wykonawca powołując się na wyrok z dnia 22 listopada 2001 r. wydany w sprawie C-184/00 Trybunatu Sprawiedliwości nie zauważył, że Trybunał właśnie na jej kanwie „nakazał sądom krajowym i organom badanie całokształtu okoliczności związanych z zasadami przyznawania tychże dopłat i wyliczania ich wysokości. Nie można, więc poprzestać na samym tylko stwierdzeniu, że dzięki ich przyznaniu dana usługa może być świadczona po cenie niższej od pierwotnie założonej”.

Zdaniem Zamawiającego na gruncie niniejszej sprawy podkreślić trzeba, że zgodnie z warunkami przetargu (i wzorem umowy) Organizator nie pobiera opłat za przewozy na liniach S1, S2, S3 tym samym głównym - a w zasadzie jedynym - wskaźnikiem służącym do wyliczenia refundacji jest współczynnik wozokilometra, co wynika z ze wzoru zawartego na str. 12 SIWZ. Oznacza to, że nie można jej powiązać z konkretnymi czynnościami podlegającymi opodatkowaniu od towarów i usług - a w szczególności z ceną biletu, zaś wysokość rekompensaty będzie zależna od ilości przejechanych wozokilometrów, których koszt, powiększony o tzw. rozsądny zysk, uzależniony jest o wielu czynników a nie tylko od liczby sprzedawanych biletów. Podobne poglądy zdecydowanie przeważają w judykaturze.

Zamawiający stwierdził, że poglądy Odwołującego w zakresie podlegania bądź nie rekompensaty podatkowi VAT są, oględnie pisząc, niestabilna albowiem Zamawiającemu znana jest obecna praktyka Odwołującego polegająca na tym, że nie kwestionuje on faktu niepodlegania podatkowi VAT rekompensaty w razie wyboru Operatora w trybie art. 22 ust. 1 pkt 4 uptz. Zdaniem Zamawiającego dywersyfikowanie kwestii opodatkowania rekompensaty podatkiem VAT od trybu dokonania wyboru Operatora nie znajduje podstaw prawnych i jedynie może świadczyć o tym, iż wykonawca uświadamia sobie niezasadność własnego stanowiska na gruncie niniejszej sprawy.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów, de facto sformułowanych w ostatniej części uzasadnienia (str. 5) to zdaniem Zamawiającego należało stwierdzić, iż pogląd jakoby „Odwołujący - zapewne powinno być Zamawiający (przyp. własne) nie wskazywał żadnych podstaw do obliczenia ewentualnej rekompensaty” jest całkowicie błędny. W rozdziale IV pkt 32 (str.11/12) wyraźnie wskazano, jakie czynniki będą uwzględniane przy obliczaniu rekompensaty.

W opinii Gminy równie niezrozumiałe są wątpliwości Odwołującego w przedmiocie skomunikowania linii S2 z linią zewnętrzną (str. 5 ostatni akapit). Po pierwsze należy przypomnieć Odwołującemu, że kwestia skomunikowania dotyczy nie tylko linii S2, ale w ogóle wszystkich linii. Po drugie Zamawiający - wbrew temu, co sugeruje Odwołujący - nie wskazał, że linie te mają być skomunikowane, ale ewentualną kwestię umiejętności ich skomunikowania przez oferentów poddał ocenie przy wyborze oferty, czyniąc z tego element oceny jakościowej (str. 30/31 SIWZ), przy czym kwestię, w jaki sposób zostanie to osiągnięte pozostawił oferentom. Po trzecie Zamawiający podkreślał, że analogiczne sformułowanie zawarte w SIWZ nr SZP.271.1.11.2019, formularza oferty Odwołującego i skutkujące zawarciem umowy z dnia 26 lipca 2019 r. pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym nie budziło ze strony Odwołującego

żadnych wątpliwości. Przeciwnie w tamtym czasie było dla niego zrozumiałe i poradził sobie z nim w sposób zadowalający.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez Zamawiającego, dowody oraz stanowiska i oświadczenia stron, złożone w pismach procesowych oraz na posiedzeniu i rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że specyfikacji Zamawiający w SIWZ w pkt od 28 do 35 Rozdziału IV sprecyzował:

28. Przedmiotem oferty, oferty wariantowej składanej przez Wykonawcę jest ustalenie przez niego wysokości kosztu jednostkowego i całkowitego (powiększonego o rozsądny zysk w rozumieniu art. 52 Ustawy o Publicznym Transporcie Zbiorowym) realizacji powierzonej usługi użyteczności publicznej transportu zbiorowego w Gminie Słupno.

Do kalkulacji wielkości kosztu Wykonawca (Operator) weźmie pod uwagę wszelkie koszty poniesione w trakcie realizacji usługi publicznego transportu zbiorowego, do realizacji, której to usługi nabędzie prawo po wyborze, w szczególności koszty: przygotowania i wykonania usługi, wykonywania przejazdów technicznych, uzyskania ew. uprawnień i uzgodnień administracyjnych.

29. Wielkość określona w pkt. 28 nie podlega waloryzacji w okresie trwania umowy.

30. Wykonawca w ofercie określa wysokość kosztu jednostkowego usługi, opisanego pkt 28 w zł/km (w odniesieniu do podanych w OPZ ilości km) odrębnie dla:

- linii S1, S3,

- linii S2

oraz wynikowy łączny koszt realizacji usługi publicznej w całym okresie umowy, powiększony o rozsądny zysk.

31. Rozliczenie finansowe między Zamawiającym (Organizatorem), a Wykonawcą (Operatorem) będzie następowało w cyklach miesięcznych, po zakończeniu miesiąca kalendarzowego, w formie:

- rekompensaty z tytułu poniesionych kosztów realizacji usługi publicznego transportu zbiorowego, z uwzględnieniem wpływów ze sprzedaży biletów, opłat dodatkowych, oraz wpływów uzyskanych z rekompensaty utraconych przychodów z tytułu stosowania ulg ustawowych oraz ulg ustanowionych przez Organizatora (jeżeli wystąpią),
- rekompensaty utraconych przychodów z tytułu stosowania ulg ustawowych przy sprzedaży biletów (jeśli wystąpi sprzedaż biletów z uwzględnieniem w/w ulg),
- rekompensaty utraconych przychodów z tytułu stosowania ulg ustanowionych przez Organizatora (jeśli wystąpi sprzedaż biletów z uwzględnieniem ww. ulg),

na podstawie ilości rzeczywiście przejechanych w danym miesiącu kilometrów, osobno dla każdej linii, na co Wykonawca przedstawi zestawienie ilości kilometrów dla każdej linii odrębnie, oraz na podstawie zestawienia dla każdej linii: wpływów z opłat za przewozy, opłat dodatkowych, utraconych przychodów z tytułu stosowania przy sprzedaży biletów ulg ustawowych i ulg ustanowionych przez Organizatora.

32. Wykonawca (Operator) sporządzi po zakończeniu każdego miesiąca dokument (notę księgową obciążeniową) będącą podstawą do przekazania przez Zamawiającego (Organizatora) rekompensaty każdego rodzaju. Załącznikiem do tego dokumentu będzie:

a) zestawienie opisane w pkt 31 dotyczące ilości km wykonanych na każdej linii,

b) zestawienie szczegółowe zawierające dla każdej linii informację: o

- ilości i wartości sprzedanych biletów każdego rodzaju, sumie wartości sprzedanych biletów, sumie przychodów netto ze sprzedaży biletów

- ilości i wartości sprzedanych biletów z zastosowaniem osobno: ulg ustawowych i ulg Organizatora, z uwzględnieniem wartości udzielonych ulg każdego rodzaju, oraz sumy wartości udzielonych ulg ustawowych i ulg Organizatora.

Zestawienia dotyczące wartości sprzedanych biletów oraz wartości ulg opiewać będą za każdym razem na wartości wpływów (brutto) i przychodów (netto).

Zestawienie wartości udzielonych ulg i nieosiągniętych z tego tytułu przychodów może być złożone w formie wniosku o rekompensatę z tytułu stosowania ulg ustawowych i ulg organizatora.

Wypłata rekompensaty nastąpi w terminie 30 dni od dostarczenia noty księgowej, oraz prawidłowo sporządzonych zestawień, z wyłączeniem rekompensaty tytułu utraconych przychodów w związku ze stosowaniem przy sprzedaży biletów jednorazowych i miesięcznych ulg ustawowych, która nastąpi po uzyskaniu środków z budżetu państwa, nie wcześniej niż 30

dni od wraz z prawidłowo wypełnionym wnioskiem oraz zatwierdzenia wniosku przez Organizatora

Wysokość rekompensaty z tytułu kosztów realizacji zadania publicznego określona jest wg wzoru (odrębnie dla każdej linii):

$$Rk = Lkm * K - Pb - Po - Ru - Ro$$

Rk - wysokość rekompensaty z tytułu poniesionych kosztów realizacji usługi dla danej linii [zł]

Lkm - liczba przejechanych kilometrów na danej linii (wielkość pracy eksploatacyjnej)

K - Koszt jednostkowy [zł/km] realizacji usługi na danej linii powiększony o rozsądny zysk, wg oferty Operatora

Pb - suma przychodów netto ze sprzedaży biletów na danej linii, w danym miesiącu rozliczeniowym,

Po - suma przychodów netto z opłat dodatkowych,

Ru - równowartość sumarycznej kwoty rekompensaty, z tytułu utraconych przychodów w związku ze stosowaniem przy sprzedaży biletów jednorazowych i miesięcznych ulg ustawowych w danym miesiącu rozliczeniowym na danej linii, o jaką Operator uprawniony i zobowiązany jest wnioskować do Organizatora. (strata z tytułu stosowania ulg ustawowych).

Ro - równowartość sumarycznej kwoty rekompensaty, z tytułu utraconych przychodów w związku ze stosowaniem przy sprzedaży biletów jednorazowych i miesięcznych ulg ustalonych przez Organizatora w danym miesiącu rozliczeniowym na danej linii - o jaką Operator uprawniony i zobowiązany jest wnioskować do Organizatora (strata z tytułu stosowania ulg ustalonych przez Organizatora).

33. Przychody ze sprzedaży biletów oraz opłat dodatkowych (jeśli wystąpią) stanowią dochód Wykonawcy (Operatora).

34. W dniu rozpoczęcia realizacji usługi Wykonawca nie pobiera opłat za przewozy na liniach S1, S2, S3. W związku z tym do dnia wprowadzenia przez Organizatora opłat za przewozy - Operator zwolniony jest z obowiązku przekazywania zestawień innych niż zestawienia ilości km wykonanej pracy eksploatacyjnej na każdej linii, oraz kwartalne zestawienia ilości przewiezionych pasażerów na każdej linii.

35. Jeżeli Zamawiający (Organizator) w trakcie realizacji usługi wprowadzi opłaty za przejazdy - Wykonawca (Operator) po podpisaniu umowy nabywa prawo, oraz jest zobowiązany do pobierania opłat za przewozy i emisji biletów wg taryfy Organizatora, z uwzględnieniem ulg stawowych określonych przepisami prawa (Ustawy o uprawnieniach do ulgowych przejazdów środkami publicznego transport zbiorowego), oraz ulg ustanowionych przez Organizatora.

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający w Rozdziale XV pkt 3 ustanowił kryterium oceny ofert dotyczące skomunikowania linii S1, S2, S3, któremu przypisał wagę 10%.

W toku rozprawy przed Izbą zostały złożone następujące dowody:

- Interpretacja indywidualna Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 8 sierpnia 2018 r. (0111-KDIB3-1.4012.341.2018.3.KO),
- Zestawienie tabelaryczne zawierające informację o kwocie utargu na kilometr na linii 215 relacji „Płock Jach- Słupno Zaj”,
- pismo z dnia 11 września 2019 r. znak sprawy DBI-3.070.25.2019 pochodzące z Departamentu Budżetu Ministerstwa Infrastruktury.

Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Wszechstronna analiza zarzutów podniesionych w treści odwołania doprowadziła skład orzekający Izby do przekonania, że odwołanie podlega oddaleniu.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, że zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Przepis art. 29 ust. 1 Pzp stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Natomiast według ust. 2 ww. przepisu przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Zgodnie z ustaloną linią orzecniczą Izby opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element specyfikacji, która jest przygotowana przez Zamawiającego. Wobec tego nie może być on ogólny, szacunkowy czy też niedookreślony albo niespójny i przenoszący na wykonawców składających ofertę ciężar jego dookreślenia. Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia stanowi zarówno uprawnienie jak i obowiązek Zamawiającego, który powinien dokonać ww. opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Dostrzeżenia wymaga, że zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp wymagają, aby wszystkie informacje niezbędne do złożenia prawidłowej, zgodnej z wymogami Zamawiającego i konkurencyjnej oferty, były dostępne wykonawcom na równych prawach. Postanowienia specyfikacji powinny być tak skonstruowane, aby granice przedmiotu zamówienia zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawca nie był obciążony nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty. Przedmiot zamówienia oznaczony, tak w SIWZ, jak i we wzorze umowy, powinien zostać dokładnie opisany. Powinien uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym także na umożliwienie oszacowania ceny oferty, w stosunku do oznaczonego przedmiotu zamówienia. Niezależnie od przesłanek zawartych w art. 29 ust. 1 Pzp przepisy ustawy wprowadzają zakaz określania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać

uczciwą konkurencję. Oznacza to konieczność eliminacji z określenia przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób czy konkretnego wykonawcę. Zachowaniu uczciwej konkurencji służyć ma właśnie stosowanie obiektywnych cech zamawianego produktu czy usługi. Temu celowi ma służyć opisanie przedmiotu zamówienia pod względem wymagań wydajnościowych i funkcjonalnych.

W zakresie rozpoznawanej sprawy przedmiotem sporu pomiędzy stronami była kwestia związana z tym, czy ukształtowane przez Zamawiającego postanowienia specyfikacji w zakresie obłożenia podatkiem od towarów i usług rekompensaty wskazanej w art. 52 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym naruszają przepis art. 7 ust. 1 Pzp z w zw. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w aspekcie niejednoznacznego i nieprecyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia uniemożliwiające przygotowanie oferty oraz utrudniającego zachowanie uczciwej konkurencji, przez niewłaściwy sposób rozliczeń i przerzucenie na wykonawców ryzyka związanego z rozliczeniem podatku od towarów i usług. Izba stanęła na stanowisku, że na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi przeczącej.

Po dokonaniu wyczerpującej analizy postanowień SIWZ zawartych w rozdziale IV Izba stwierdziła, że Zamawiający w sposób jasny i wyczerpujący opisał wszystkie okoliczności związane z podstawą rozliczeń pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą, który będzie realizował zamówienie. W tym miejscu zaznaczenia wymaga, że w zasadzie zarzuty odwołania sprowadzają się do tego, że zdaniem Odwołującego Zamawiający błędnie przyjął, że występująca w tym postępowaniu rekompensata opisana w ustawie o transporcie zbiorowym nie będzie obłożona podatkiem pod towarów i usług. Wobec tak ukształtowanych zarzutów Izba uznała, że nie można mówić o tym, aby postanowienia specyfikacji były dla Odwołującego niejasne czy też nieprecyzyjnie określone. Zatem nie można stwierdzić naruszeniu przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp przez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia, polegające na jego niejednoznaczności i nieprecyzyjności.

Zaznaczenia wymaga, że postanowienia specyfikacji w omawiany zakresie w równym stopniu dotyczą wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Tym samym nie sposób stwierdzić, że w tym przypadku mamy do czynienia z sytuacją, w której ukształtowane przez Zamawiającego postanowienia specyfikacji prowadzą do nierównego traktowania lub zaburzenia uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Wobec tego Izba nie stwierdziła w tym przypadku naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp.

Dokonując analizy zgłoszonych zarzutów Izba, na podstawie wyjaśnień złożonych przez Zamawiającego, potwierdzonych złożonym dowodem w postaci pisma pochodzącego z Wydziału Budżetu Ministerstwa Infrastruktury Izba ustaliła, że Zamawiający określając w SIWZ brak obłożenia rekompensaty stosownym podatkiem od towarów i usług kierował się stanowiskiem zawartym ww. piśmie, w którym stwierdzono: *„W związku z pojawiającymi się wątpliwościami odnośnie opodatkowania podatkiem VAT rekompensat przekazywanych operatorom przewozów o charakterze użyteczności publicznej przez organizatorów tych przewozów, a w konsekwencji ujęcia kwocie dopłaty o której mowa w ustawie o Funduszu rozwoju przewozów autobusowych o charakterze użyteczności publicznej, podatku VAT, Departament Budżetu w Ministerstwie Infrastruktury przedstawia poniżej - uzgodnione z Ministerstwem Finansów stanowisko w przedmiotowej sprawie. Przekazywane przez wojewodów poszczególnym organizatorom dofinansowanie realizacji zadań własnych tych organizatorów w zakresie przewozów autobusowych o charakterze użyteczności publicznej (tzw. dopłata do ceny usługi, o której mowa art. 6 ust. 1 ustawy o Funduszu rozwoju przewozów autobusowych o charakterze użyteczności publicznej nie obejmuje podatku VAT. Dofinansowanie to nie ma bowiem bezpośredniego wpływu zarówno na ceny biletów za przejazd jak i ceny usług świadczonych przez tych operatorów. Zgodnie orzecznictwem Naczelnego Sądu Administracyjnego I wojewódzkich sądów administracyjnych rekompensaty za świadczone usługi przewozowe przyznawane operatorom na podstawie przepisów rozdziału 6 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym nie mogą być uznane za dotacje, subwencje i inne dopłaty o podobnym charakterze zaliczane do podstawy opodatkowania, o której mowa w art. 29a ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług. Rekompensata służy -zgodnie z ustawą o publicznym transporcie zbiorowym pokryciu deficytu, czyli straty powstałej w związku ze świadczeniem usług publicznych. Otrzymywana przez operatora rekompensata nie stanowi bezpośredniej dopłaty związanej z realizacją usług w ramach „umowy o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego, gdyż nie wpływa wprost na wysokość ceny tych usług oferowanych przez u operatora. Celem tej rekompensaty jest dofinansowanie całej działalności operatora (jego wyniku finansowego), na który zgodnie rozporządzeniem (WE) 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady składają się: koszty poniesione w związku ze zobowiązaniem z tytułu świadczenia usług publicznych wynikającym z umowy o świadczenie usług publicznych pomniejszone o wszystkie dodatnie wpływy finansowe wygenerowane na sieci obsługiwanej w ramach danego zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych oraz o przychody taryfowe i jakiegokolwiek inne przychody wygenerowane podczas wypełniania*

danego zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych, a powiększone o rozsądny zysk. Tym samym należy przyjąć, że przekazywana przez Organizatora rekompensata ma na celu dofinansowanie ogólnych kosztów działalności operatora i nie można jej powiązać z konkretnymi czynnościami podlegającymi opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług (np. ceną biletu). Jednocześnie z uwagi na brak opodatkowania podatkiem od towarów i usług przekazywanej operatorom rekompensaty, prawidłowe jest rozliczanie organizatora z operatorem poprzez noty obciążeniowe”.

Odwołujący oponował przeciwko takiemu stanowisku, które posłużyło Zamawiającemu do takiego a nie innego ukształtowania postanowień SIWZ, przedkładając Izbie dowód w postaci interpretacji indywidualnej, z tym zastrzeżeniem, że nie dotyczy ona tego konkretnego postępowania, ale innej sprawy. Odwołujący wyjaśnił, że o interpretację indywidualną dla tej konkretnej sprawy wystąpił dopiero w dniu 29 lipca 2020 r.

Izba stanęła na stanowisku, że Odwołujący nie wykazał w sposób dostateczny trafności prezentowanego przez siebie stanowiska, podczas, gdy ciężar dowodu w tej sprawie obciążał właśnie wykonawcę PKS. Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Wobec tego nie budzi żadnych wątpliwości, że powołany przepis nakłada na strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.*

Podkreślenia wymaga, że postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontrydiktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne*, należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu

danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciąży dowód, kto twierdzi a nie na tym, kto zaprzecza).

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał w sposób przekonujący zasadności zaprezentowanego stanowiska, za pomocą, którego kwestionował postanowienia SIWZ w zakresie obłożenia rekompensaty, opisanej w przepisach ustawy o publicznym transporcie zbiorowym, podatkiem od towarów i usług. Izba uznała, że przedłożona przez Odwołującego interpretacja indywidualną nie może stanowić dostatecznego dowodu w rozpoznawanej sprawie, bowiem dotyczy ona innej sprawy a nie tego konkretnego postępowania, które prowadzi Zamawiający. Wobec tego Izba stwierdziła, że wnioski zawarte w interpretacji zawarte odnoszą innej konkretnej indywidualnej sprawy i nie mogą być wprost przekładane na stan faktyczny w tej sprawie. Zwrócenia uwagi wymaga, że Odwołujący wystąpił o interpretację indywidualną do odpowiedniego organu dopiero w dniu 29 lipca 2020 r., podczas, gdy dokumenty takie jak: ogłoszenie o zamówieniu i specyfikacja zostały opublikowane 22 wcześniej tj. 7 lipca 2020 r. Natomiast odwołanie zostało złożone przez Odwołującego już w dniu 13 lipca 2020 r., a zatem 16 dni przed wystąpieniem przez niego o interpretację indywidualną. W związku z tym Izba uznała, że powyższe działanie wykonawcy PKS stanowi jedynie swoisty rodzaj taktyki procesowej z jego strony.

Na końcu Izba odniosła się do stwierdzenia Odwołującego, iż „(...) w opz Zamawiający wskazał z jednej strony, że wykonawca ma świadczyć usługi zgodnie z rozkładem jazdy i pozwoleniem, a z drugiej, że ma skomunikować linię S2 z linią zewnętrzną, nie określając, jaka jest częstotliwość kursów tej linii oraz jaki jest jej rozkład”. W omawianym zakresie Izba w pełni podzieliła stanowisko Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie i popierane w toku rozprawy, zasadzające się na tym, że w tym zakresie Zamawiający pozostawił wykonawcom dowolność, bowiem powyższe stanowi element oceny jakościowej, opisany w rozdziale XV SIWZ (str. 30 i 31 SIWZ). Zaś argumentację Odwołującego opartą o zarzut możliwości finansowania skrośnego Izba uznała za chęć rozszerzenia zarzutów odwołania, podczas, gdy zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Tym samym Izba pominęła zaprezentowaną przez Odwołującego argumentację (jak również złożony dowód), jako niedopuszczalną z uwagi na sposób i charakter zgłoszonych zarzutów.

Podsumowując Izba po przeprowadzeniu wszechstronnej analizy oraz zbadaniu całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp.

Mając powyższe na uwadze, 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, zgodnie z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

Przewodniczący:

