

WYROK

Warszawa, 23 lutego 2026 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Członkowie: Ernest Klauziński
Piotr Kozłowski
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 29 grudnia 2025 r. przez POLREGIO S.A. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego WOJEWÓDZTWO MAŁOPOLSKIE z siedzibą w Krakowie,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża POLREGIO S.A. z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez POLREGIO S.A. z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 204 zł 65 gr (słownie: dwieście cztery złote i sześćdziesiąt pięć groszy) poniesioną przez zamawiającego WOJEWÓDZTWO MAŁOPOLSKIE z siedzibą w Krakowie tytułem dojazdu na rozprawę,
 - 2.2. zasądza od POLREGIO S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego WOJEWÓDZTWO MAŁOPOLSKIE z siedzibą w Krakowie kwotę 204 zł 65 gr (słownie: dwieście cztery złote i sześćdziesiąt pięć groszy) poniesioną przez zamawiającego WOJEWÓDZTWO MAŁOPOLSKIE z siedzibą w Krakowie tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

Członkowie:.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – WOJEWÓDZTWO MAŁOPOLSKIE z siedzibą w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. „Świadczenie usług publicznych w zakresie publicznego transportu zbiorowego w transporcie kolejowym w okresie od 13 grudnia 2026 r. do 13 grudnia 2031 r.”.

29 grudnia 2025 roku, wykonawca POLREGIO S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 99 ust. 1, 2 i 4 i art. 441 ust.1 u.p.z.p. oraz art. 4 ust. 1 Rozporządzenia (WE) Nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające Rozporządzenia Rady (EWG) NR 1191/69 I (EWG) Nr 1107/70 (Dz. Urz. UE.L Nr 315, str. 1), zwanym dalej „Rozporządzeniem 1370” w zw. z art. 353(1) ustawy Kodeks cywilny z dnia 23 kwietnia 1964 r. (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1610), dalej: „k.c.”, przez wprowadzenie w § 1 ust. 9 umowy w sprawie zamówienia publicznego, które stanowią Załącznik nr 1C do SWZ (dalej jako: „Projekt Umowy”) oraz w cz. 4) ust. 14-16 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej także: „SWZ”) uprawnienia do skorzystania z prawa opcji w ten sposób, że Zamawiający:
 - a)zastrzegł sobie prawo do jej wykorzystania w całości, w części albo do niewykorzystania jej w ogóle,
 - b)określił, że informację o skorzystaniu z tego uprawnienia przedstawi Operatorowi do dnia 1 sierpnia roku poprzedzającego (pozostawiając tym samym drastycznie krótki czas m.in. na mobilizację zasobów oraz ułożenie rozkładu jazdy);
 - c)wskazał wartości pracy zleconej w ramach prawa opcji, która zgodnie z treścią załącznika 2AA do SWZ w ramach pakietu nr 2 może wynosić ponad 50%,
 - a w pakiecie nr 3 nawet ponad 100% więcej niż praca zlecona w ramach zamówienia podstawowego,
 - d)wymaga, by Operator już na dzień składania oferty przedstawił koszt jednostkowy realizacji zamówienia w

ramach prawa opcji w całym okresie trwania umowy,

- które to postanowienia skutkują (i) niemożliwością rzetelnego skalkulowania oferty oraz (ii) koniecznością zabezpieczenia bardzo dużych zasobów Odwołującego koniecznych do realizacji „potencjalnej”, niepewnej pracy zleconej w ramach prawa opcji i poniesienia kosztów z tym związanych, w tym kosztów stałych i kosztów „zamrożenia” taboru, który wykonawca mógłby wykorzystać w innych województwach – bez możliwości uzyskania przez Wykonawcę zwrotu tych kosztów;

2.art. 99 ust. 1 i 2 u.p.z.p. i art. 455 ust. 1 pkt 1) u.p.z.p. w zw. z art. 353(1) k.c., w ten sposób, że zgodnie z § 1 ust. 7 i 8 Projektu Umowy Zamawiający wskazał jedynie wielkość pracy przewozowej do zrealizowania w pierwszym okresie rozliczeniowym, jednocześnie wskazując, że wielkość tej pracy na kolejne lata może wynosić tyle samo lub zostać podniesiona lub obniżona o 20% i zostanie wskazana w ramach aneksów do Umowy, co powoduje brak możliwości ustalenia jednoznacznego zakresu przedmiotu oferty i jej wyceny, a ponadto naraża Operatora na dodatkową (względem opcji), drastyczną zmianę zakresu świadczenia;

3.art. 99 ust. 1, 2 i 4 u.p.z.p., art. 52 ust. 2 oraz art. 53 ust. 2 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym z dnia 16 grudnia 2010 r. (Dz.U. 2011 Nr 5, poz. 13 z zm.)

w zw. z art. 4 ust. 1 lit. b oraz art. 6 Rozporządzenia 1370 w zw. z art. 16 i 17 ust. 1 u.p.z.p., poprzez nieokreślenie w sposób jednoznaczny i weryfikowalny zasad kalkulacji rekompensaty w odniesieniu do kosztów wynikających z realizacji Celów Zarządczych, w szczególności w ten sposób, że Cele Zarządcze zostały określone jedynie na pierwszy okres rozliczeniowy trwania umowy, a jednocześnie wpływają na wysokość rozsądnego zysku, którą może uzyskać Operator;

4.art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp i art. 4 ust.1 Rozporządzenia 1370 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4 oraz art. 16 i 17 ust. 1 u.p.z.p. poprzez zastosowanie przez Zamawiającego w SWZ parametrów granicznych nieprowadzących do uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów, tj. wprowadzenie w projektowanym ust. 3.1 Załącznika nr 5 do projektowanych postanowień umownych wymogu Organizatora, aby od okresu rozliczeniowego obejmującego rozkład jazdy 2027/2028, obsługa pociągów objętych Umową była realizowana taborem, którego średni wiek nie przekracza 15 lat, przy czym wiek co najmniej 50% pojazdów nie może przekraczać 15 lat – podczas gdy wykorzystywanie do realizacji Umowy pojazdów kolejowych wyprodukowanych lub zmodernizowanych po 2005 r. (wliczając w to pojazdy, które przeszły naprawę P5 lub modernizację po 2005) będzie spełniać wszystkie parametry określone przez Zamawiającego w Załączniku nr 5 do Projektu Umowy oraz pozostałych postanowieniach umownych;

5.art. 439 ust. 1-3 u.p.z.p. w zw. z art. 353(1) k.c., art. 8 ust. 1 Pzp, art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp, art. 17 ust. 1 Pzp, art. 431 Pzp, art. 433 pkt 3 Pzp oraz art. 436 pkt 4 Pzp poprzez wprowadzenie w ust. IV Załącznika 19 do Projektu Umowy:

a)wskaznika waloryzacji w oparciu o wzór umożliwiający uzyskanie waloryzacji jedynie w wysokości wynoszącej sumę: i) połowy wskaźnika wzrostu cen towarów

i usług konsumpcyjnych, wyliczanego na podstawie komunikatów Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego oraz ii) połowy wskaźnika wzrostu przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw bez wypłaty nagród

z zysku, wyliczanego na podstawie komunikatów Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego,

b)wprowadzenie ograniczenia, zgodnie z którym waloryzacja według wskaźnika przysługuje najwcześniej od okresu rozliczeniowego obejmującego rozkład jazdy 2027/2028, co jednocześnie powoduje, że zmiany kosztów realizacji zamówienia

w okresie od złożenia przez Operatora oferty do pierwszej możliwości uzyskania waloryzacji będą ponoszone w całości przez Operatora,

- co w konsekwencji doprowadzi do ukształtowania rekompensaty w sposób nieodpowiadający strukturze kosztów świadczenia usług transportu oraz niezgodny z zasadami wynikającymi

z Rozporządzenia 1370 oraz u.p.z.p., przez co nie zostanie osiągnięty cel waloryzacji przewidziany przepisami prawa;

6.art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 5 Rozporządzenia 1370 w zw. z art. 19 ust. 1 u.p.t.z. poprzez pozostawienie poza przedmiotem Zamówienia ponad 800 tysięcy pociągokilometrów pracy eksploatacyjnej, która jest obecnie realizowana w Rocznym Rozkładzie Jazdy 2025/2026 na terenie Województwa Małopolskiego (i nie jest objęta obecnie inną umową z innym operatorem o świadczenie usług publicznych

w transporcie kolejowym), natomiast nie została uwzględniona w niniejszym przetargu nieograniczonym i nie jest możliwa do zlecenia w trybach niekonkurencyjnych, co jednocześnie uniemożliwia Odwołującemu rzetelną kalkulację oferty, do której sporządzenia Operator musi znać całkowity zakres potencjalnej pracy eksploatacyjnej w Województwie Małopolskim i tym samym obowiązków Odwołującego już na etapie składania oferty;

7.art. 449 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 oraz art. 17 ust. 1 u.p.z.p. w ten sposób,

że zgodnie z § 20 ust. 1 i 2 Projektu Umowy wykonawca jest zobowiązany do wniesienia przed zawarciem

Umowy zabezpieczenia jej należytego wykonania w wysokości stanowiącej równowartość 1% rekompensaty kosztów dla całego okresu realizacji przewozów – co w realiach niniejszego Postępowania jest zabezpieczeniem wygórowanym i nadmiarowym, a także narusza równowagę stron Umowy oraz stanowi nadużycie prawa podmiotowego zamawiającego do kształtowania jej postanowień;

8.art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 515 ust. 2 pkt 1 u.p.z.p. poprzez takie przyjęcie terminów podejmowania przez Zamawiającego czynności w postępowaniu, które de facto stanowi realne ograniczenie możliwości skutecznego wniesienia odwołania i pozbawia wykonawcę prawa do środków ochrony prawnej prawem przewidzianych.

Odwołujący wniósł o:

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

ewentualnie o:

2) zmianę wadliwych prawnie, nieuzasadnionych, nieprecyzyjnych, nieproporcjonalnych

i dyskryminujących postanowień SWZ w zakresie warunków zamówienia dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i warunków realizacji zamówienia (zawartych w SWZ

i załącznikach do niej) poprzez wprowadzenie zmian wskazanych w treści uzasadnienia;

3) wydłużenie terminu składania ofert o 30 dni od dnia wprowadzenia i publikacji zmian dokumentów zamówienia, co podyktowane jest skalą i zakresem zarzutów ze względu na konieczność dokonania istotnych zmian w dokumentach zamówienia,

a ponadto o:

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

Odwołujący wskazał, że warunki określone przez Zamawiającego zawarte w SWZ istotnie utrudniają złożenie rzetelnie przygotowanej i konkurencyjnej oferty. Odwołujący ma prawo uczestniczyć w postępowaniu na równych, niedyskryminacyjnych i konkurencyjnych zasadach. Dopuszczenie do prowadzenia postępowania na aktualnie określonych zasadach istotnie zagraża interesowi Odwołującego w uzyskaniu zamówienia i może przesądzić

o pozbawieniu go możliwości uzyskania zamówienia, a tym samym naraża go na szkodę

w postaci utraty możliwości realizacji zamówienia i wynikającego stąd przychodu. Odwołujący ma zatem interes we wniesieniu odwołania. Takie rozumienie interesu w uzyskaniu zamówienia potwierdza m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 lipca 2015 r. (sygn. akt KIO 1519/15). Jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 marca 2021 r. (sygn. akt KIO 306/21): „Szkodę, o której mowa w art. 505 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, zarówno zaistniałą jak i potencjalną, należy odnosić do sytuacji w postępowaniu, jaka ma miejsce w dacie wnoszenia odwołania”. Za taką sytuację należy uznać określenie warunków zamówienia w opublikowanych przez Zamawiającego dokumentach zamówienia,

w szczególności w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia i postanowień wzoru umowy.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie zarzutów odwołania, z wyjątkiem zarzutu nr 4 odwołania, w zakresie którego zamawiający wniósł

o umorzenie postępowania wskazując jednocześnie, iż w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas

**rozprawy Izba stwierdziła,
że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Krajowa Izba Odwoławcza dzieląc w całości stanowisko zamawiającego (za wyrokiem SO w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: „Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów”), wskazuje, co następuje.

Odnosząc się zaś do poszczególnych zarzutów odwołania, wskazać należy co następuje.

Zarzuty dotyczące niejednoznacznej i niewyczerpującej treści dokumentów postępowania.

Prawo opcji.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z § 1 ust. 9 Projektu Umowy oraz w cz. 4) ust. 14-16 SWZ Zamawiający wprowadził prawo opcji w taki sposób, że:

- zastrzegł sobie prawo do jej wykorzystania w całości, w części albo do niewykorzystania jej w ogóle,
- określił, że informację o skorzystaniu z tego uprawnienia przedstawi Operatorowi w danym okresie rozliczeniowym do dnia 1 sierpnia oraz
- wskazał konkretne wartości pracy zleconej w ramach prawa opcji, która zgodnie z treścią załącznika 2AA do SWZ w ramach pakietu nr 2 może wynosić ponad 50%, a w pakiecie nr 3 nawet ponad 100% więcej niż praca zlecona w ramach zamówienia podstawowego.

Takie uregulowanie tego uprawnienia powoduje, że *de facto* Zamawiający wymaga, by Operator już na dzień składania oferty przedstawił koszt jednostkowy realizacji zamówienia w ramach prawa opcji w całym okresie trwania umowy nie wiedząc jednocześnie czy przewozy w ramach opcji będą wynosiły dodatkowe 100% pracy przewozowej (jak w pakiecie 3) czy też praca przewozowa w ramach opcji w ogóle nie będzie zlecona. Jednocześnie Projekt Umowy nie przewiduje żadnego odrębnego mechanizmu wyceny stawki dla tej części zamówienia w kolejnych latach. W rezultacie Operator jest zmuszony:

- prognozować możliwy wzrost kosztów realizacji zlecenia w ramach prawa opcji w kolejnych latach trwania całej umowy (nie wiedząc czy praca przewozowa zostanie np. podwojona w pakiecie 3),
- określić stawkę za koszt jednostkowy realizacji zamówienia obejmujący całość pracy zleconej w ramach opcji, pomimo że nie ma żadnej gwarancji, czy taka praca w ogóle zostanie zlecona, a jeśli tak, to w jakiej dokładnie ilości,
- zawyżyć stawkę za koszt jednostkowy realizacji zamówienia tak, aby nie świadczyć tej usługi poniżej kosztów jej realizacji, które w kolejnych latach realizacji umowy będą rosły lub
- zaniżyć tę stawkę, biorąc pod uwagę, że praca ta może w ogóle nie zostać zlecona w toku trwania całej umowy, tak, by jego oferta w postępowaniu mogła być korzystna,
- oczekiwać na decyzję Zamawiającego co do uruchomienia prawa opcji w każdym okresie rozliczeniowym trwania umowy, przy czym brak skorzystania z prawa opcji przez Zamawiającego nie stanowi żadnej podstawy do możliwości uzyskania przez Wykonawcę zwrotu kosztów związanych z zablokowanymi zasobami własnymi Wykonawcy w postaci zmobilizowanego taboru kolejowego niejako „oczekującego” na zlecenie przewozów w ramach opcji (do czego nigdy może nie dojść),
- w trakcie oczekiwania na decyzję Zamawiającego co do uruchomienia prawa opcji być gotowym na realizację przewozów z prawa opcji w pełnej ilości wskazanej przez Zamawiającego w załączniku 2AA do SWZ, a w konsekwencji zablokować („zamrozić”) zasoby własne konieczne do zrealizowania tej pracy (m.in. tabor, pracowników, zaplecze techniczne), przyjmując jednocześnie ryzyko, że praca ta w ogóle może nie być zrealizowana, a dotychczas zablokowane zasoby powinny zostać wykorzystane do realizacji usług na rzecz innych organizatorów tak, by uniknąć strat wynikających z zablokowanych zasobów.

Powyższe oznacza, że oferta konstruowana w postępowaniu jest niemożliwa do rzetelnego skalkulowania, a ta, która zostanie przedstawiona, może być pozbawiona cech rzetelności i nie będzie odpowiadała realiom rynkowym – w szczególności w zakresie kosztu jednostkowego realizacji zlecenia w ramach prawa opcji na cały okres trwania umowy. Stawka skalkulowana dla stabilnego, podstawowego wolumenu (gdzie amortyzacja taboru jest rozłożona na lata) nie jest adekwatna dla nagłego, dodatkowego zlecenia, które może wymagać drogiego najmu krótkoterminowego. Dodać należy, że zrealizowanie pracy przewozowej w ramach opcji jest niemożliwe bez zwiększenia kosztów stałych Operatora powiązanych z dodatkowym taborom kolejowym, kosztami personelu i innymi kosztami.

Dodatkowo postanowienia te prowadzą do rażącego zachwiania równowagi stron. Wymuszanie realizacji dodatkowych usług po latach, bez uwzględnienia kosztów pozyskania niezbędnych do tego zasobów (których wykonawca nie musi utrzymywać „w gotowości” przez lata), jest nadużyciem prawa podmiotowego przez Zamawiającego.

Niezależnie od powyższego konieczne jest podniesienie, iż określenie terminu na skorzystanie z prawa opcji na 1

sierpnia danego roku ze skutkiem na rok następny prowadzi do poważnego ryzyka faktycznej niemożliwości realizacji tak zleconej pracy z przyczyn niezależnych od wykonawcy. Abstrahując bowiem od wyżej opisywanych zagadnień związanych z utrzymaniem i mobilizacją zasobów, wymaga wskazania, że samo uzgodnienie rozkładu jazdy z zarządcą linii kolejowych (PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.) musi być dokonywane z kilkumiesięcznym wyprzedzeniem. Co do zasady, układanie rozkładu jazdy wspólnie z PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. jest procesem długotrwałym i wymagającym dobrego przygotowania ze strony operatora co jest niemożliwe przy skorzystaniu z prawa opcji np. w dniu 31 lipca Zamawiający nie uwzględnił tego kluczowego faktu w projektowanej dokumentacji postępowania.

Ponadto, uzupełnienia wymaga fakt, że w toku szacowania wartości zamówienia, Zamawiający w ogóle nie przewidywał prawa opcji w przypadku pakietu I i II natomiast opcja w pakiecie III była zaprojektowana na znacznie niższym poziomie niż obecnie w OPZ.

Wniosek: Odwołujący wnosi o zmianę redakcji § 1 ust. 9 Projektu Umowy w ten sposób, że:

punkt 2) otrzyma brzmienie: „Organizator może złożyć pisemne oświadczenie o skorzystaniu z opcji każdorazowo przed rozpoczęciem danego Okresu Rozliczeniowego z okresem obowiązywania do końca tego okresu. Oświadczenie, o którym mowa w zdaniu pierwszym Organizator składa najpóźniej do 12 miesięcy przed rozpoczęciem Okresu Rozliczeniowego”,

po punkcie 4) zostanie dodany:

punkt 5): „Opcja dla każdego z pakietów nie może przekroczyć 10% pracy eksploatacyjnej przewidzianej w zamówieniu podstawowym.”

Odwołujący wnosi również o dostosowanie przez Zamawiającego formularza ofertowego w zakresie poziomu pracy eksploatacyjnej w ramach opcji w każdym z pakietów i każdym Okresie Rozliczeniowym.

Zamawiający wskazał, że po wniesieniu odwołania i zapytań do dokumentacji postępowania zdecydował się na zmianę w odniesieniu do terminu, w którym może złożyć oświadczenie o skorzystaniu z prawa opcji. Obecnie termin ten został określony na 1 sierpnia, a Zamawiający zamierza wprowadzić rozwiązanie polegające na złożeniu oświadczenia o skorzystaniu z opcji najpóźniej na 9 miesięcy przed rozpoczęciem danego Okresu Rozliczeniowego, z wyjątkiem Okresu Rozliczeniowego obejmującego rozkład jazdy 2026/2027, dla którego Organizator składa oświadczenie do dnia 1 sierpnia 2026 r. co znajdzie odzwierciedlenie w zmianie § 1 ust. 9 pkt 2 wzoru umowy.

Mając na uwadze powyższe § 1 ust. 9 pkt 2 wzoru umowy otrzyma następujące brzmienie:

„2) Organizator może złożyć pisemne oświadczenie o skorzystaniu z opcji każdorazowo przed rozpoczęciem danego Okresu Rozliczeniowego z okresem obowiązywania do końca tego okresu. Oświadczenie, o którym mowa w zdaniu pierwszym, Organizator składa najpóźniej na 9 miesięcy przed rozpoczęciem danego Okresu Rozliczeniowego, z wyjątkiem Okresu Rozliczeniowego obejmującego rozkład jazdy 2026/2027, dla którego Organizator składa oświadczenie do dnia 1 sierpnia 2026 r.”.

Zamawiający nie zgadza się z zarzutem Odwołującego, jakoby ukształtowanie prawa opcji w dokumentacji postępowania naruszało przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych lub prowadziło do niejednoznaczności przedmiotu zamówienia. Nie jest uzasadniony zarzut,

że Zamawiający może skorzystać z prawa opcji w pełnym zakresie, częściowo lub w ogóle, ponieważ z istoty prawa opcji strona zamawiająca może z niego skorzystać tylko w pewnym zakresie lub nie skorzystać w ogóle. W pkt. 9.1.-9.5. wymieniono elementy i ryzyka, z którymi musi się mierzyć dowolny wykonawca w każdym postępowaniu, gdzie występuje prawo opcji. Prawo opcji zostało opisane w sposób jednoznaczny, precyzyjny i wyczerpujący, z określeniem jego zakresu przedmiotowego (wskazanie linii komunikacyjnych), maksymalnej wartości (wielkość pracy eksploatacyjnej), jak również zasad i warunków skorzystania z opcji. Dokumentacja postępowania wprost wskazuje, że skorzystanie z prawa opcji ma charakter fakultatywny i uzależnione jest od obiektywnych okoliczności związanych z realizacją zadań organizatora publicznego transportu zbiorowego, w szczególności od zapotrzebowania na pracę eksploatacyjną oraz dostępności środków finansowych. Co istotne, Odwołujący, dysponując kompletną informacją o maksymalnym zakresie prawa opcji, ma możliwość uwzględnienia tej okoliczności w kalkulacji oferty, a tym samym brak jest podstaw do twierdzenia, iż opis prawa opcji uniemożliwia rzetelne przygotowanie oferty lub narusza zasadę uczciwej konkurencji. Odwołujący przedstawia wyliczenia, z których wynika, że maksymalna liczba kilometrów zlecona w ramach postępowania liczona wraz prawem opcji może ponad dwukrotnie przekroczyć wielkość pracy zleconej w ramach zamówienia podstawowego, wskazując m.in. na konieczność utrzymywania zasobów niezbędnych do wykonywania maksymalnego możliwego zakresu zlecenia. W tym zakresie należy zwrócić uwagę, że prezentowane wyliczenia odnoszą się do sytuacji, w której Odwołujący złoży najkorzystniejszą ofertę w każdym z trzech zadań objętych postępowaniem przetargowym.

W kontekście potencjału przedsiębiorstwa umożliwiającego obsługę zwiększonej pracy należy zwrócić uwagę, że w aktualnie obowiązującej umowie z Odwołującym poziom gwarantowanej przez Organizatora pracy eksploatacyjnej zgodnie z § 1 ust. 6 tej umowy wynosi nie mniej niż 3,4 mln pckm, natomiast rzeczywisty poziom pracy eksploatacyjnej

zlecony temu operatorowi na rozkład jazdy 2025/2026 na terenie województwa małopolskiego wynosi 5,87 mln pckm. Występująca w praktyce rozpiętość pomiędzy pracą zagwarantowaną w umowie, a rzeczywistym poziomem tej pracy i zdolność Odwołującego do jej obsługi, jednoznacznie dowodzi, że wspomniana różnica nie stanowi dla Odwołującego bariery uniemożliwiającej realizację zamówienia. Tym samym, potwierdzone dotychczasową praktyką rzeczywiste potrzeby Zamawiającego wskazują, że poziom wymaganej od przewoźnika pracy eksploatacyjnej może ulec zmianie. Należy również podkreślić, że praca eksploatacyjna określona w zamówieniu opcjonalnym obejmuje również odcinki zlokalizowane na terenie województw ościennych. Co do zasady, zamówienie podstawowe koncentruje się na przewozach wojewódzkich, zgodnie z definicją określoną w ustawie o publicznym transporcie zbiorowym, natomiast uwzględniając potrzeby przewozowe oraz kierunki ciążenia poszczególnych ośrodków, Zamawiający przewidział możliwość uruchomienia pociągów

w relacjach docelowych. Ze względów formalnych, do momentu zawarcia porozumień

w sprawie powierzenia zadania organizacji publicznego transportu zbiorowego, Zamawiający nie ma podstawy prawnej do uwzględnienia tego zakresu w zamówieniu podstawowym. Wielkość tej pracy musi być określona w zamówieniu opcjonalnym.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej żaden przepis prawa nie określa, w jakim terminie Zamawiający powinien złożyć wykonawcy oświadczenie o skorzystaniu z prawa opcji ani nie limituje wysokości i rodzaju świadczeń zleczanych w ramach prawa opcji. Zgodnie treścią art. 441 Pzp, Zamawiający może skorzystać z opcji, jeżeli przewidział opcję w ogłoszeniu

o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych

i jednoznacznych postanowień umownych, które łącznie spełniają następujące warunki:

- 1)określają rodzaj i maksymalną wartość opcji;
- 2)określają okoliczności skorzystania z opcji;
- 3)nie modyfikują ogólnego charakteru umowy.

W niniejszym postępowaniu wszystkie wymagane tym przepisem obowiązki Zamawiającego zostały spełnione, co czyni zarzut Odwołującego oczywiście bezzasadnym. Co równie istotne, bezpodstawne jest stawianie zarzutu zamawiającemu w zakresie zakresu zamówienia objętego prawem opcji w sytuacji, w której zamawiający na dzień ogłoszenia postępowania nie ma podpisanych umów/porozumień z jednostkami samorządu terytorialnego województw ościennych, które regulują formę współpracy, w tym rozliczenia za usługę, a co za tym idzie właściwe i zasadne jest zasygnalizowanie w dokumentacji postępowania regulacji i wielkości zamówień opcjonalnych jakie mogą (ale nie muszą) zostać zrealizowane w ramach przedmiotowego kontraktu.

Co do terminu zgłoszenia, wobec oświadczenia odwołującego, iż co do zasady termin zmieniony przez zamawiającego na 9 miesięcy, jest wystarczający, Izba wobec braku przedmiotu sporu w tym zakresie, pozostawiła zakres tego zarzutu bez rozpoznania.

Dowolne modyfikowanie pracy zleconej

Poza wprowadzonym prawem opcji Zamawiający dodatkowo uregulował możliwość modyfikowania pracy zleconej realizowanej w ramach zamówienia podstawowego. Regulacja ta powoduje jednak, że na etapie składania oferty Wykonawca nie zna ostatecznego kształtu oferty przewozowej dla lat 2027–2031, co uniemożliwia rzetelną wycenę ryzyk operacyjnych. Wskazuje się bowiem, że zmiana pracy eksploatacyjnej w każdym roku o 20% względem prognozy, przy jednoczesnym zaledwie częściowym pokryciu kosztów stałych (np. amortyzacja taboru, personel, zaplecze techniczne) znacząco wpływa na brak możliwości skonstruowania rzetelnej oferty, opartej o realia rynkowe. Ilość zleconej pracy zależy zaś jedynie od dyskrecjonalnej woli Zamawiającego, a Wykonawca już w dniu złożenia oferty musi być przygotowany na każde wahnięcie w zakresie zleconej pracy podstawowej. Należy wskazać, iż biorąc pod uwagę modyfikowanie pracy w ramach zamówienia podstawowego

i prawo do skorzystania z prawa opcji jest możliwa sytuacja, w której Zamawiający przykładowo w pierwszym roku umowy, tj. w roku 2026/2027 zleci:

- realizację jedynie 80% zamówienia podstawowego, czyli 3 629 447,243 poc/km albo
- 120% zamówienia podstawowego i 100% zamówienia z prawa opcji, czyli łącznie 7 350 745,400 poc/km.

W drugim scenariuszu Zamawiający zleci zatem ponad 102% więcej pracy zleconej niż w pierwszym scenariuszu. Jednocześnie zaś może dowolnie i arbitralnie zdecydować

o każdym innym zakresie tego zlecenia pomiędzy ponad 3,5 mln poc/km, a prawie 7,5 mln poc/km. Wykonawca zaś nie ma na tę decyzję żadnego wpływu, a dodatkowo jest zobowiązany uiszczać wysokie kary umowne za każde niedociągnięcie po swojej stronie.

W tej sytuacji skalkulowanie przez Spółkę stawki na potrzeby oferty, mając na względzie konieczność zabezpieczenia kosztów stałych (np. amortyzacja taboru, personel, zaplecze techniczne) musiałoby być oparte na tak dużej ilości zmiennych, że w praktyce niemożliwe lub skrajnie utrudnione jest złożenie rzetelnie skalkulowanej oferty.

Wniosek: Odwołujący wnosi o zmianę redakcji § 1 ust. 8 Projektu Umowy w ten sposób, że:

- poniższy fragment oznacza się jako pkt 1) i nadaje mu się brzmienie: „Organizator

w trakcie trwania Umowy jest uprawniony do ograniczenia/zwiększenia wolumenu zleconej Operatorowi pracy eksploatacyjnej. Zmiana wielkości pracy eksploatacyjnej nie może przekraczać 20% w porównaniu do pracy zleconej w pierwszym Okresie Rozliczeniowym, przy czym limit ten odnosi się do łącznego wymiaru pracy w całym okresie obowiązywania umowy (...)”

następnie zaś dodaje się pkt 2): „*W przypadku zmniejszenia pracy eksploatacyjnej o więcej niż 10% w stosunku do Prognozy, Organizator zobowiązuje się do pokrycia uzasadnionych kosztów stałych Operatora (w szczególności kosztów taboru i personelu), których nie można było uniknąć mimo dołożenia należytej staranności, poprzez odpowiednią korektę stawki*”.

Zamawiający wskazał, że charakter zamówienia obejmującego wieloletnie świadczenie usług publicznych w transporcie kolejowym wymaga zapewnienia mechanizmów umożliwiających reagowanie na okoliczności takie jak zmiany w organizacji ruchu kolejowego (czasowe ograniczenia w kursowaniu pociągów), dostępności infrastruktury kolejowej czy taboru. W tym kontekście przyjęcie możliwości dokonywania w toku realizacji umowy zmian zleconej wielkości pracy eksploatacyjnej nieprzekraczających 1/5 w danym Okresie Rozliczeniowym w odniesieniu do pierwszego Okresu Rozliczeniowego, tym samym dając gwarancję w każdym Okresie Rozliczeniowym zlecenia zadań przewozowych na poziomie nie niższym niż 80% pracy zleconej w pierwszym Okresie Rozliczeniowym należy uznać za rozwiązanie proporcjonalne, racjonalne i mieszczące się w granicach dopuszczonych przez ustawodawcę.

Jednocześnie Zamawiający podkreśla, że sama możliwość zmiany umowy nie oznacza automatycznego jej zastosowania, a każdorazowe skorzystanie z klauzuli modyfikacyjnej będzie następowało z poszanowaniem zasad przejrzystości, równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Co więcej, klauzula ta ma charakter niedyskryminujący, a jej treść jest znana wszystkim potencjalnym wykonawcom na etapie składania ofert, co pozwala na uwzględnienie jej w kalkulacji ryzyk kontraktowych i nie narusza zasady przewidywalności warunków zamówienia. Zamawiający wskazuje minimalny i maksymalny zakres usługi podstawowej, co pozwala wykonawcom na skalkulowanie ofert.

W odniesieniu do przedstawionej propozycji ograniczenia dopuszczalnego umową limitu zmian wielkości zleconej pracy eksploatacyjnej do nie więcej niż 20 % pracy zleconej w toku 5 letniej umowy, Zamawiający zwraca uwagę, że tylko w dwóch ostatnich edycjach rozkładu jazdy pociągów wielkości pracy zleconej operatorowi, którym jest Odwołujący w województwie małopolskim przekroczyła łącznie poziom 20 % licząc r/r (tabela). Postanowienia specyfikacji dotyczące zmian zleconej pracy eksploatacyjnej, wynikają z realnych potrzeb zamawiającego, a potwierdzone są danymi za ostatnie lata świadczenia tożsamej usługi.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że przewidziana w dokumentacji postępowania klauzula modyfikacyjna (§ 1 ust. 8 w zw. § 15 ust. 2 pkt. 1 umowy) została sformułowana zgodnie z art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i w sposób jednoznaczny określa zakres dopuszczalnych zmian, przesłanki ich wprowadzenia oraz maksymalny limit wartościowy, do którego zmiany te mogą zostać dokonane. Zamawiający precyzyjnie określił punkt odniesienia dla ewentualnej zmiany pracy przewozowej, wskazując jednocześnie, że zmiana ta może nastąpić w granicach do 20%. Taka redakcja skarżonego postanowienia SWZ w żaden sposób nie pozostawia wątpliwości interpretacyjnych i w żadnym zakresie nie ma charakteru dyskryminacyjnego. Każdy potencjalny wykonawca, dokonując oceny ryzyk kontraktowych oraz sporządzając kalkulację ofertową, powinien uwzględnić możliwość wystąpienia takiej zmiany, znając zarówno jasno określony punkt odniesienia służący do jej obliczenia, jak

i maksymalny zakres tej zmiany - zarówno w przypadku zwiększenia, jak i zmniejszenia pracy przewozowej.

Brak precyzyjnego określenia Celów Zarządczych wpływających na wysokość rozsądnego zysku.

W części Projektu Umowy pn. „Definicje i skróty” Zamawiający wprowadza pojęcie Celów Zarządczych, definiując je: „*Cele Zarządcze – wymagania stawiane przez Organizatora Operatorowi w każdym Okresie Rozliczeniowym związane z realizacją Umowy, służące zapewnieniu wysokiej jakości i odpowiedniego standardu świadczonych usług*”. Dalej zgodnie z pkt. 5.5. Załącznika 19 do Projektu Umowy Zamawiający określa: „*Organizator wyznacza Operatorowi Cele Zarządcze do końca drugiego kwartału roku kalendarzowego, w którym rozpoczyna się Okres Rozliczeniowy. Jeżeli realizacja Celów Zarządczych wymaga poniesienia dodatkowych nakładów finansowych koszty te należy uwzględnić w Rocznym Planie Finansowym. Koszty z tego tytułu uznaje się na potrzeby umowy za Koszty Kwalifikowane. W pierwszym Okresie Rozliczeniowym koszty realizacji Celów Zarządczych należy skalkulować w ofercie składanej w przetargu*”.

Pomimo wprowadzenia tego pojęcia Zamawiający:

- nie określa treści Celów Zarządczych na Okresy Rozliczeniowe obejmujące rozkłady jazdy następujące po rozkładzie jazdy 2026/2027, co oznacza, że tylko w pierwszym okresie z pięciu Zamawiający przedstawił szczegółowy i wiążący zakres oferty przewozowej,

- nie wskazuje mierników, wag, progów realizacji ani konsekwencji finansowych, co oznacza, że informacje zawarte w

Załączniku nr 2 „Prognoza finansowa i eksploatacyjna 2026-2031” mają wyłącznie charakter planistyczny i nie zastępują wiążącego określenia przyszłych obowiązków jakościowych i organizacyjnych Operatora,

- nie przewiduje załącznika, który określałby ich zakres, uznając, że szczegółowy zakres oferty przewozowej w kolejnych Okresach Rozliczeniowych zostanie dopiero określony w załącznikach nr 1b-1e, które zostaną dodane do Umowy w drodze przyszłych aneksów, przy czym dokumenty te nie zostały udostępnione wykonawcom na etapie postępowania,

- zastrzega jednocześnie, że Cele Zarządcze mają obowiązywać w każdym z pięciu Okresów Rozliczeniowych.

W konsekwencji Cele Zarządcze istnieją wyłącznie na poziomie definicyjnym, a ich rzeczywista treść została pozostawiona do przyszłego, jednostronnego ukształtowania przez Zamawiającego. Pomimo braku precyzyjnego określenia Celów Zarządczych Zamawiający zdecydował się uzależnić od ich realizacji wysokość rozsądnego zysku otrzymywanego przez Operatora wprowadzając w pkt 5.1 Załącznika 19 mechanizm kalkulacyjny: (...).

Jest to istotny element świadczenia wykonawcy, a mimo to nie został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a jednocześnie może mieć bezpośredni wpływ na zakres obowiązków Operatora, konieczne zasoby oraz koszty realizacji Umowy. Powoduje to jednocześnie, że Zamawiający oczekuje złożenia oferty na okres 5 lat, przy nieznanym zakresie przyszłych obowiązków jakościowych i organizacyjnych, które mogą wymagać zwiększenia zatrudnienia, zmian technologicznych, dodatkowych inwestycji lub reorganizacji procesu przewozowego. Tak skonstruowana dokumentacja uniemożliwia rzetelną i porównywalną kalkulację oferty, do której sporządzenia wykonawca musi znać całkowity zakres ryzyka i obowiązków już na etapie składania oferty. Dodatkowo Cele Zarządcze określone w pkt 5.6 Załącznika 19 na pierwszy okres rozliczeniowy także nie spełniają standardów kontraktowych. Odwołujący zauważa bowiem, iż z dokumentów postępowania

w opublikowanym brzmieniu wynika, że: (i) koszty energii trakcyjnej stanowią jeden z kluczowych elementów Kosztów Kwalifikowanych, (ii) rozliczenie energii trakcyjnej opiera się na danych pomiarowych, a ponadto (iii) Zamawiający odwołuje się do systemów pomiaru energii elektrycznej (liczników) jako podstawy rozliczeń.

Jednocześnie Zamawiający, w ramach Celów Zarządczych, wskazuje m.in. na cel określony w pkt 5.6.1, tj.: „Dostosowanie do możliwości rozliczania pobranej i oddanej energii trakcyjnej wskaźników pomiarowych energii trakcyjnej zainstalowanych w elektrycznych zespołach trakcyjnych udostępnionych Operatorowi przez Organizatora” Powyższy Cel Zarządczy wprost odnosi się do funkcjonalności, standardu oraz zdolności rozliczeniowej liczników energii trakcyjnej, a tym samym do potencjalnych działań technicznych i organizacyjnych, które mogą być wymagane od Operatora w toku realizacji Umowy. Pomimo tego Zamawiający nie określił jednoznacznie:

- czy realizacja celu, o którym mowa w pkt 5.6.1, oznacza wyłącznie eksploatację istniejących liczników, czy również obowiązki ich modernizacji, wymiany lub doposażenia;

- jaki standard techniczny liczników energii trakcyjnej ma zostać osiągnięty w ramach realizacji tego celu;

- czy Operator ponosi koszty legalizacji, wzorcowania, certyfikacji oraz dostosowania liczników do zmieniających się regulacji technicznych i prawnych;

- w jaki sposób koszty związane z realizacją tego Celu Zarządczego w obszarze liczników energii będą kwalifikowane, rozliczane oraz uwzględniane w mechanizmie Rekompensaty.

W konsekwencji Cel Zarządczy określony w pkt 5.6.1: (a) nie ma przypisanego mierzalnego zakresu rzeczowego, (b) nie posiada określonego standardu wykonania, (c) nie ma przypisanego reżimu kosztowego, a jednocześnie (d) dotyczy obszaru, który ma bezpośredni i istotny wpływ na koszty realizacji Umowy. Tak skonstruowany Cel Zarządczy przenosi na Operatora nieoznaczone ryzyko techniczne i regulacyjne, uniemożliwia rzetelne oszacowanie kosztów energii trakcyjnej oraz kosztów systemów pomiarowych, a konsekwencji: istotnie narusza art. 99 ust. 1 Pzp, gdyż istotny element świadczenia został opisany w sposób ogólny i niedookreślony.

Opisane wyżej braki prowadzą do zerwania związku pomiędzy zakresem świadczenia Operatora a należnym mu wynagrodzeniem (Rekompensatą i Rozsądnym Zyskiem) oraz sytuacji, w której wykonawcy są zmuszeni do kalkulowania ofert w oparciu o założenia hipotetyczne, a nie o jasno określony zakres obowiązków. Wykonawcy zmuszeni są do kalkulowania ofert w oparciu o nieznaną przyszłość obowiązków oraz stosowania założeń arbitralnych, nieporównywalnych między ofertami. Taki stan rzeczy narusza podstawowe zasady systemu zamówień publicznych i prowadzi do istotnego zakłócenia konkurencji.

Przechodząc dalej, Zamawiający wskazał w pkt 5.6.2., że oczekuje, by wykonawca osiągnął co najmniej 10% udziału sprzedaży realizowanej za pomocą kanałów dystrybucji Małopolskiej Karty Aglomeracyjnej pod względem liczby sprzedanych biletów w całościowej strukturze sprzedaży w kanałach elektronicznych. Cel ten należy określić jako niedozwolony

i naruszający nie tylko prawa Wykonawcy, ale także praktyki konsumenckie, ponieważ Zamawiający stawiając taki cel

wymusza na Operatorze, by ten ingerował w decyzje zakupowe pasażerów w taki sposób, który spowoduje preferowanie przez pasażerów regionalnego systemu MKA kosztem ogólnopolskich kanałów sprzedaży. Już samo określenie systemu MKA jako „podstawowego” kanału sprzedaży jest sformułowaniem wadliwym z punktu widzenia rynkowego. O tym, który kanał sprzedaży jest „podstawowy”, decyduje wyłącznie pasażer poprzez swoje zachowania zakupowe, a nie zapis w umowie między Organizatorem

a Operatorem. Uznanie MKA za kanał podstawowy przy jednoczesnym ograniczaniu (przez wymóg zgód) innych kanałów sprzedaży, uderza w pasażerów okazjonalnych, turystów oraz osoby wykluczone cyfrowo, które nie korzystają z systemu MKA. W rzeczywistości Operator nie posiada instrumentów prawnych ani marketingowych, aby przymusić pasażera do zmiany preferencji z kanału, który pasażer uznaje za wygodniejszy, na system MKA. Co tymczasem kluczowe, przy obecnym brzmieniu postanowień umownych Operator miałby ponosić odpowiedzialności za to, że pasażer z innego regionu Polski lub z zagranicy nie posiada aplikacji MKA i chce nabyć bilet u podmiotu trzeciego – na co, zgodnie z powyższymi uwagami, Operator nie ma wpływu. Odpowiedzialność ta jest natomiast doniosła i ma poważne reperkusje finansowe dla Operatora, skoro zachowanie zakupowe pasażera decyduje o tym, czy Operator osiągnie Cel Zarządczy, a w konsekwencji: w jakiej wysokości zostanie mu przyznana rekompensata.

Powyżej opisany stan rzeczy narusza podstawowe zasady systemu zamówień publicznych i prowadzi do istotnego zakłócenia konkurencji.

Wniosek: Odwołujący wnosi o:

- jednoznaczne określenie treści Celów Zarządczych obowiązujących w każdym Okresie Rozliczeniowym,
- wskazanie mierników, poziomów realizacji oraz wpływu Celów Zarządczych na rozliczenia finansowe,
- doprecyzowanie zakresu obowiązków Operatora w zakresie liczników energii trakcyjnej, w tym podziału kosztów i ryzyk,

- doprecyzowanie postanowień dokumentacji postępowania w zakresie sprzedaży internetowej biletów poprzez rezygnację wskazywania konkretnego „podstawowego” kanału sprzedaży biletów i objęcie Celem Zarządczym sprzedaży biletów ogółem (niezależnie od systemu sprzedaży).

Zamawiający wskazał, że cele zarządcze zostały zaprojektowane jako dodatkowy instrument o charakterze motywacyjnym, umożliwiający stawianie operatorom w kolejnych latach obowiązywania umowy wymagań zapewniających stałe podnoszenie jakości świadczonych usług zgodnie z wyrażoną w przepisach rozporządzenia 1370/2007 zasadą promowania utrzymania i rozwoju usług transportu pasażerskiego odpowiednio wysokiej jakości. Cele zarządcze będą również dawały Zamawiającemu możliwość szybkiego reagowania i uwzględniania w toku realizacji umowy aktualnej sytuacji w transporcie kolejowym w regionie i odpowiadania na bieżące potrzeby zgłaszane przez pasażerów. Z tego względu nie jest zasadne ani w pełni możliwe, definiowanie Celów Zarządczych z góry, na cały 5 letni okres realizacji zamówienia.

Uwzględniając wątpliwości Odwołującego dotyczące sposobu ukształtowania tego instrumentu, Zamawiający dokona zmian w mechanizmie przyjmowania Celów Zarządczych w taki sposób, aby w całości mechanizm ten stanowił element procesu zatwierdzania Rocznego Planu Finansowego, a ewentualne koszty z tego tytułu pozostawały bez wpływu na kalkulację oferty wykonawców w postępowaniu przetargowym, również w pierwszym Okresie Rozliczeniowym (rozkład jazdy 2026/2027). W tym celu we Wzorzec Umowy wprowadzone zostaną następujące zmiany (zmiany zaznaczone):

1. W § 13 ust 6 Wzoru Umowy: „6. Podczas tworzenia Rocznego Planu Finansowego uwzględnia się dane zawarte w Załączniku nr 2 do Umowy, istnienie podstaw do zastosowania Waloryzacji, przyjęte Cele Zarządcze oraz ewentualne zmiany planowanej rocznej pracy eksploatacyjnej. Do projektu Rocznego Planu Finansowego Operator przyjmuje wartość Przychodu Gwarantowanego przyjętą dla poprzedniego Okresu Rozliczeniowego (dla Okresu Rozliczeniowego obejmującego rozkład jazdy 2026/2027 przyjmuje się wartość określoną w załączniku nr 2 do Umowy). Ostateczną wysokość Przychodu Gwarantowanego Organizator określa przy uwzględnieniu posiadanych danych finansowych dotyczących rentowności linii komunikacyjnych objętych Umową. Poziom Rekompensaty Kosztów ustala się w oparciu o dane zawarte w formularzu ofertowym złożonym przez Operatora w postępowaniu przetargowym, z uwzględnieniem dokonanych Waloryzacji. Odrębnie od Rekompensaty Kosztów w Rocznym Planie Finansowym przedstawia się ewentualne koszty wdrożenia przyjętych Celów Zarządczych”.

2) W części V załącznika nr 19 do Wzoru Umowy ust. 5.5. otrzyma brzmienie: „5.5. Organizator wyznacza Operatorowi Cele Zarządcze do końca drugiego kwartału roku kalendarzowego, w którym rozpoczyna się Okres Rozliczeniowy, przy czym dla Okresu Rozliczeniowego obejmującego rozkład jazdy 2026/2027 Cele Zarządcze zostały określone

w pkt 5.6. Jeżeli realizacja Celów Zarządczych wymaga poniesienia dodatkowych nakładów finansowych koszty te należy uwzględnić w Rocznym Planie Finansowym. Koszty z tego tytułu są pokrywane przez Organizatora odrębnie od Rekompensaty Kosztów przewidzianej na dany Okres Rozliczeniowy i nie podlegają waloryzacji”.

Zgodnie z przywołanymi powyżej postanowieniami ewentualne koszty wdrożenia przyjętych Celów Zarządczych będą każdorazowo ustalane w ramach procedury akceptacji Roczego Planu Finansowego, którego pierwszy projekt Operator przedkłada Organizatorowi

do 31 sierpnia roku rozpoczęcia Okresu Rozliczeniowego. Organizator, decydując się na przyjęcie określonych Celów Zarządczych, zapewnia operatorom pełne pokrycie ewentualnych dodatkowych nakładów z tego tytułu. To po stronie Zamawiającego będzie odpowiedzialność za takie określenie Celów Zarządczych, które przy akceptowalnym poziomie nakładów mogą przynieść określone korzyści dla obu stron umowy. Z punktu widzenia kalkulacji oferty gwarancja pokrycia dodatkowych kosztów przez Zamawiającego czyni tę pozycję neutralną kosztowo dla wykonawcy. Mając na uwadze dodatkowy charakter świadczeń przeznaczonych na realizację Celów Zarządczych, nakłady z tego tytułu nie będą wpływać na koszty świadczenia usług przewozowych ustalone zgodnie z postanowieniami Załącznika nr 2 do Projektu Umowy. Nie można przy tym zgodzić się z argumentem Odwołującego jakoby brak rozpisania Celów Zarządczych na wszystkie lata obowiązywania Umowy przesądzał o wysokości rozsądnego zysku należnego Operatorowi z tytułu realizacji przewozów, bowiem należy mieć na względzie, że ewentualna wypłata dodatkowych świadczeń na rzecz operatora z tytułu osiągnięcia Celów Zarządczych ma charakter warunkowy i stanowi bonus, który jest uzależniony od wystąpienia nadwyżki przychodów,

co Zamawiający z góry przewidział w postanowieniach umowy.

Odnosząc się bezpośrednio do pierwszego z ustanowionych Celów Zarządczych Zamawiający wyjaśnia, że efekt, jaki zamierza osiągnąć polega na tym, aby pojazdy kolejowe stanowiące własność Samorządu Województwa i przekazane do dyspozycji Operatora były technicznie gotowe do zastosowania systemu rozliczania zużycia energii w oparciu o wskazania zainstalowanych w nich urządzeń pomiarowych (liczników zużycia energii). Zamawiający nie przesądza przy tym w ramach projektowanej umowy sposobu przyjętego modelu rozliczania zużycia energii przez Operatora. Zamawiający wymaga zatem od Operatora, któremu przekaże pojazdy do eksploatacji przeprowadzenia wszelkich czynności przewidzianych w dokumentacji techniczno-ruchowej urządzeń pomiarowych zainstalowanych na tych pojazdach (wzorcowanie, kontrola metrologiczna) przy jednoczesnej ich adaptacji do dodatkowych wymagań właściwych dla liczników (wskaźników) określonych w odpowiednich instrukcjach obowiązujących u dostawcy energii elektrycznej dla celów trakcyjnych. Niezależnie od powyższego należy zwrócić uwagę, że rozliczanie zużycia energii trakcyjnej w oparciu o wskazania aparatury pomiarowej zainstalowanej na pojazdach jest powszechną praktyką wśród przewoźników pasażerskich na rynku kolejowym i nie powinno budzić wątpliwości Odwołującego i nastręczać trudności w kalkulacji kosztów. Odwołujący jako podmiot profesjonalny o szerokim zakresie działania również eksploatuje pojazdy wyposażone w aparaturę pomiarową zużycia energii trakcyjnej i jako podmiot odpowiedzialny za utrzymanie pojazdów kolejowych (ECM) realizuje na co dzień czynności techniczne związane z utrzymaniem urządzeń tego typu w sprawności i ponosi określone koszty z tego tytułu.

Odwołujący w odniesieniu do drugiego z przyjętych Celów Zarządczych wnosi o doprecyzowanie postanowień dokumentacji postępowania w zakresie sprzedaży internetowej biletów poprzez rezygnację z wskazywania konkretnego „podstawowego” kanału sprzedaży biletów i objęcie Celem Zarządczym sprzedaży biletów ogółem (niezależnie od systemu sprzedaży).

System MKA to narzędzie infrastrukturalno-informatyczne Województwa Małopolskiego (Zamawiającego), współfinansowane ze środków UE, służące integracji transportu zbiorowego, w ramach którego istnieje m.in. możliwość sprzedaży biletów na usługi przewozowe w transporcie kolejowym, autobusowym i komunikacji miejskiej – system MKA to system stworzony i należący do Zamawiającego. Co ważne, system MKA powstał m.in. w celu wypełnienia przez Zamawiającego zadania, jakim jest zapewnienie odpowiednich warunków funkcjonowania publicznego transportu zbiorowego – zadanie to zostało nałożone na Zamawiającego na podstawie art. 15 ust. 1 pkt 3 u.p.t.z.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego dotyczącego sposobu ukształtowania drugiego Celu Zarządczego, Zamawiający wyjaśnia, że jako organizator publicznego transportu zbiorowego, realizując określone prawem zadania, dąży do zapewnienia na obszarze jego właściwości (województwa małopolskiego) funkcjonowania kanału dystrybucji biletów, który zapewni pasażerom łatwy dostęp w jednym miejscu do biletów uprawniających do korzystania z wszystkich usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego, organizowanych przez Zamawiającego i funkcjonujących w regionie (zarówno w transporcie kolejowym, jak i drogowym) – w tym sensie System MKA jest podstawowym kanałem dystrybucji biletów na usługi przewozowe organizowane przez Zamawiającego. Dlatego też system MKA został określony w dokumentach przetargowych jako „podstawowy kanał sprzedaży biletów” – skoro bowiem przedmiotem zamówienia jest wykonywanie przewozów o charakterze użyteczności publicznej w transporcie kolejowym organizowanych przez Zamawiającego, to konieczne jest zapewnienie w systemie MKA dostępności biletów na te przewozy, podobnie jak ma to miejsce w przypadku innych przewozów organizowanych przez Zamawiającego, które nie wchodzą w zakres niniejszego zamówienia. Aktualnie przewozy kolejowe na rzecz Zamawiającego świadczy trzech operatorów.

W każdej z umów, w tym także w umowie z Odwołującym, znajduje się zobowiązanie operatora do zorganizowania sprzedaży i dystrybucji biletów uprawniających do przewozów, realizowanych na podstawie Umowy, z wykorzystaniem systemu MKA. Nie można przy tym zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, który wskazuje, że Operator nie ma wpływu i instrumentów oddziaływania na decyzje konsumenckie dotyczące wyboru elektronicznego kanału sprzedaży. Każdy Operator kształtuje strukturę sprzedaży

i określa kanały dystrybucji prowadząc politykę handlową ukierunkowaną na promowanie określonych usług i marek zakupowych. Podejmuje także decyzje biznesowe dotyczące dopuszczenia do sprzedaży swoich biletów przez pośredników (paleta kanałów elektronicznych, w których sprzedaje bilety), kształtuje poziom prowizji i prowadzi określone działania marketingowe. Powołane przez Odwołującego przykłady wskazujące na możliwość dyskryminacji części pasażerów (pasażerowie okazjonalni i zagraniczni) są nietrafione.

Co więcej – technologia systemu MKA oferuje możliwość zakupu biletu w szybkiej ścieżce

w ramach aplikacji iMKA light (uproszczona rejestracja) lub usługi App Clips (Klipów Aplikacji) umożliwiającej natychmiastowy zakup biletu bez instalowania aplikacji, przez skanowanie kodów NFC umieszczonych w pojeździe, na peronie czy dworcu. Ponadto należy wskazać,

że Cel Zarządczy odnosi się tylko do udziału MKA w strukturze sprzedaży w ramach kanałów elektronicznych, a nie wszystkich możliwych form dystrybucji. W związku z tym nie dotyczy osób wykluczonych cyfrowo. Ponadto wymóg zachowania progu 10 % w ramach kanałów elektronicznych, nie można uznać za wygórowany.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, że Zamawiający wprost określił wszystkie elementy składające się na mechanizm obliczania rekompensaty na potrzeby celów zarządczych, wskazując zarówno podstawy jej kalkulacji, jak i parametry niezbędne do jej prawidłowego ustalenia. Izba nie stwierdziła, że opis dokonany przez zamawiającego narusza przepisy ustawy Pzp wskazywane przez odwołującego. Uprawnieniem Zamawiającego jako organizatora publicznego transportu zbiorowego, w rozumieniu ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. z 2025 r., poz. 285 z późn. zm.) dalej jako u.p.t.z., jest ustalenie „sposobu dystrybucji biletów za usługę świadczoną przez operatora

w zakresie publicznego transportu zbiorowego”, co wynika wprost z art. 15 ust. 1 pkt 11,

w związku z art. 7 ust. 1 pkt 5 i art. 8 pkt 2 u.p.t.z. Z kolei art. 25 ust. 3 pkt 14 u.p.t.z. stanowi, że „sposób dystrybucji biletów” jest obligacyjnym elementem umowy o świadczenie usług

w zakresie publicznego transportu zbiorowego. Skoro więc przepisy prawa wymagają określenia w umowie o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego sposobu dystrybucji biletów, a jednocześnie sposób ten określa Zamawiający, jako organizator publicznego transportu zbiorowego, to wskazanie przez Zamawiającego systemu pn. „Małopolska Karta Aglomeracyjna” (MKA), jako podstawowego kanału sprzedaży (dystrybucji) biletów, uznać należy za prawnie uzasadnione.

Wymagania odnośnie do wieku taboru Operatora.

Odwołujący zauważa, że w projektowanym ust. 3.1 Załącznika nr 5 do Umowy przewidziany został następujący wymóg Organizatora: (...).

Dodatkowe wymogi dotyczące wieku pojazdu nie znajdują, zdaniem Odwołującego, uzasadnienia w rodzaju przewozów, jakie będzie świadczył wykonawca w relacjach stanowiących przedmiot zamówienia. Nieuzasadnione zakresem ani specyfiką przedmiotu zamówienia jest postawienie kryterium dla taboru premiujące pociągi wyprodukowane po 2015 r. Co wymaga podkreślenia, w tym okresie nie wchodziły w życie żadne specyficzne wymagania techniczne dla taboru kolejowego, które uzasadniałyby określenie parametrów granicznych właśnie na poziomie lat 15. Stan techniczny poszczególnych egzemplarzy taboru zależy przede wszystkim od zrealizowanej pracy eksploatacyjnej (przebiegu) oraz poziomu dbałości o te pojazdy przez użytkownika (operatora), a nie: od daty wyprodukowania pojazdu.

Zdaniem odwołującego, co do zasady, pociągi wyprodukowane w latach wcześniejszych niż lata 2015/2016 nie prezentują niższych parametrów jakości podróży. Wykorzystywanie do przewozów pojazdów kolejowych wyprodukowanych lub zmodernizowanych w 2005 r. (wliczając w to pojazdy, które przeszły naprawę P5 w 2005 r. lub później) będzie spełniać wszystkie pozostałe parametry określone przez Zamawiającego w Załączniku nr 5 do Projektu Umowy oraz w innych postanowieniach SWZ, a ponadto – co należy uznać za kluczowe w kontekście tego typu wymagań zamawiającego – pozostanie bez wpływu na komfort podróżowania pasażerów. Co za tym idzie, nie ma żadnych uzasadnionych podstaw do wykluczenia pojazdów w oparciu o wcześniejszą datę produkcji (bądź modernizacji/naprawy P5) jako taboru, który nie zabezpieczyłby oczekiwań Zamawiającego i pasażerów w kontekście należytej realizacji przedmiotu zamówienia. Tego typu twierdzenie byłoby pozbawione podstaw.

Z uwagi na powyższe, oczywiście nieuzasadnione jest wprowadzenie w § 18 ust. 1 pkt 5) Projektu Umowy kary umownej za niedochowanie wymagań wieku taboru kolejowego w wysokości 50.000,00 PLN za każdy rozpoczęty miesiąc, w którym to naruszenie zostało stwierdzone.

Należy ubocznie wskazać, że ww. wymogi Zamawiającego odnośnie do taboru operatora mogą jednoznacznie wskazywać na nieuzasadnione faworyzowanie określonego wykonawcy, będącego w posiadaniu młodszych (lecz niekoniecznie sprawniejszych/bardziej komfortowych) pojazdów. Nie można wykluczyć, że ww. projektowanym wymogiem, Zamawiający próbuje faworyzować samorządową spółkę przewozową tj. Koleje Małopolskie dysponującą co do zasady nowszym taborom kolejowym.

Konkludując, wskazane postanowienie ust. 3.1 Załącznika nr 5 do Umowy nie znajduje merytorycznego uzasadnienia ani w wymiarze jakościowym, ani też kosztowym. Zastosowanie w postępowaniu parametrów granicznych w ramach opisu przedmiotu zamówienia nieprowadzących do uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów należy uznać za naruszające zasady prawa zamówień publicznych, przede wszystkim zasadę uczciwej konkurencji i potencjalne faworyzowanie innych potencjalnych operatorów. Wymóg Organizatora w omawianym zakresie może ponadto wskazywać na działanie wykluczające.

Wniosek: Odwołujący wnosi o zmianę redakcji ust. 3.1 Załącznika nr 5 do Umowy przez nadanie mu brzmienia: „*Począwszy od Okresu Rozliczeniowego obejmującego rozkład jazdy 2027/2028 Organizator wymaga obsługi pociągów objętych Umową taborom wyprodukowanym lub zmodernizowanym (w tym z datą ostatniej naprawy najwyższego poziomu - P5) w roku 2005 lub później. Wymaganie nie dotyczy pojazdów kolejowych udostępnionych przez Organizatora*”.

Zamawiający wskazał, że przyjmuje zaproponowane przez Odwołującego rozwiązania taborowe, przy założeniu spełnienia przez pojazdy kolejowe zaangażowane do realizacji umowy minimalnych wymagań technicznych i eksploatacyjnych określonych w dokumentacji postępowania, w tym

- bezpieczeństwa i niezawodności eksploatacji,
- dostosowania do infrastruktury kolejowej objętej zamówieniem,
- zapewnienia odpowiedniego standardu obsługi pasażerów,
- zgodności z obowiązującymi przepisami prawa oraz decyzjami właściwych organów.

Zamawiający dokona zmian części III Załącznika nr 5 do Umowy nadając ust. 3.1 następujące brzmienie: „*3.1.Począwszy od Okresu Rozliczeniowego obejmującego rozkład jazdy 2027/2028 Organizator wymaga obsługi pociągów objętych Umową taborom wyprodukowanym lub zmodernizowanym (w tym z datą ostatniej naprawy najwyższego poziomu - P5) w roku 2005 lub później. Wymaganie nie dotyczy pojazdów kolejowych udostępnionych przez Organizatora*”.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej w związku ze stanowiskiem zamawiającego oraz oświadczeniem odwołującego, że zmiana sygnalizowana przez zamawiającego, wypełnia żądania odwołania, Izba stwierdziła, że w tym zakresie brak jest przedmiotu sporu, co z kolei uzasadnia odstąpienie od rozstrzygania przedmiotowego zarzutu.

Zarzuty dotyczące projektowanych postanowień umownych - ograniczeń w stosowaniu waloryzacji.

Wadliwe postanowienia umowne.

W ocenie Odwołującego, w projektowanych postanowieniach umownych dotyczących waloryzacji Zamawiający naruszył przepisy ustawy zarówno na poziomie określenia wskaźnika waloryzacji, jak i przy opisywaniu sposobu (procedury) ich wprowadzania. Zamawiający arbitralnie ograniczył wysokość waloryzacji (dla 9 z 12 pozycji kosztowych z Załącznika 19) do wyniku w postaci wskaźnika waloryzacji uzyskanego w wyniku zastosowania wzoru zawartego w Załączniku 19, nie zważając na istotne regulacje Rozporządzenia 1370 oraz art. 439 u.p.z.p. W szczególności uwagę zwrócić należy na art. 4 ust. 1 lit. b Rozporządzenia 1370, który wskazuje, że postanowienia umowy PSC (tj. umowy świadczenia usług publicznych) „*określają uprzednio, w sposób obiektywny i przejrzysty parametry, według których obliczane są ewentualne rekompensaty*”. Określenie poziomu waloryzacji rekompensaty w maksymalnej górnej granicy wynikającej z zastosowania wzoru z pkt IV projektowanego Załącznika 19 z całą pewnością nie wypełnia przesłanki obiektywności.

W art. 439 Pzp wskazano obligatoryjne elementy klauzuli waloryzacyjnej, które mają pomóc zamawiającym przy konstruowaniu skutecznych i jasnych postanowień umownych, a zamawiający wprowadzając do umowy odpowiednią klauzulę, winien mieć na względzie w szczególności: specyfikę zamówienia (np. w zakresie tego, jakie elementy materiałów i kosztów są kluczowe i w praktyce podlegają dużym wahaniom), dostępność wiarygodnych aktualizowanych podstaw ustalenia zmiany cen, planowane możliwości finansowe zamawiającego co do przewidywanych zmian wynagrodzenia. Istotą art. 439 Pzp jest zobowiązanie zamawiających do wprowadzenia realnej waloryzacji wynagrodzeń wykonawców. Celem klauzul waloryzacyjnych jest rzeczywiste i uczciwe utrzymanie równowagi ekonomicznej pomiędzy wykonawcą a zamawiającym. Chodzi o takie ustalenie zasad zwiększenia wynagrodzenia, aby w sytuacji, w której realizacja umowy jest rozciągnięta w czasie, w możliwie jak największym stopniu zrekompensować wykonawcy zmniejszającą się wartość pieniądza wskutek dokonywania odroczonego w czasie płatności. Nie sposób nie dostrzec, iż w obecnej sytuacji na rynku zamówień publicznych, w okresie, kiedy potencjalni wykonawcy rezygnują z zawierania umów o realizację zamówienia

publicznego ze względu na brak klauzul waloryzacyjnych realnie odzwierciedlających poziom wzrostu cen towarów i usług, szczególnie ważne jest, aby przyjęta w umowie klauzula waloryzacyjna przyniosła spodziewany efekt wykonawcy, nie powodując zaburzenia równowagi stron umowy. Wprowadzenie bowiem w sposób jednostronny takich postanowień, które obarczają ewentualnym ryzykiem wyłącznie wykonawcę, w rezultacie może doprowadzić do tego, że umowa nie zostanie wykonana albo zostanie wykonana nienależycie. Odwołujący dysponuje ponadto przykładami z realizacji usług w służbie publicznej, gdzie zaproponowana przez Zamawiającego metodologia określania waloryzacji kosztów (tzw. zależnych – pozycje 4-12 z Załącznika 19) uniemożliwiłaby pokrycie poniesionych kosztów a tym bardziej rozsądnego zysku. Rozporządzenie 1370 zmierza – jak wynika to w szczególności z art. 1 ust. 1, art. 2a ust. 2 tego Rozporządzenia w związku z motywami 4, 7, 27 i 34 Rozporządzenia – do określenia warunków przyznania rekompensaty w celu zapewnienia, w warunkach uczciwej konkurencji, świadczenia usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego, które są zarówno wydajne, jak i opłacalne finansowo, tak aby osiągnąć wysoki poziom jakości tej usługi.

Funkcją rekompensaty jest zatem, zgodnie z tym tokiem rozumowania, świadczenie wyrównawcze wyrównujące operatorowi wynik finansowy działalności związanej ze świadczeniem usług publicznych, który nie pokrywa kosztów tej działalności wraz z tzw. rozsądnym zyskiem z uwagi na strukturalną i społeczną niemożność oferowania danych usług na komercyjnych zasadach. Co więcej, rekompensata zostaje przyznana wykonawcy usług publicznych na zasadach określonych w Rozporządzeniu 1370 z tytułu świadczenia przez niego tych usług, które mają charakter usług użyteczności publicznej. Ma ona zatem charakter świadczenia regulowanego przepisami prawa UE i jest wypłacana zgodnie z art. 3 ust. 2 Rozporządzenia 1370 celem zrekompensowania podmiotom świadczącym usługi publiczne kosztów, które powstały przy realizacji usługi publicznej. W związku z tym, można skonstatować, że rekompensata jest wypłacana na podstawie Rozporządzenia 1370

i za konkretne świadczenie i w dalszym ciągu (tj. również w oparciu o tzw. IV pakiet kolejowy) poziom rekompensaty powinien uwzględniać potrzebę osiągnięcia rozsądnego zysku przez operatora.

Wskazać także należy na orzecznictwo, gdzie wskazano, że celem klauzul waloryzacyjnych jest rzeczywiste i uczciwe utrzymanie równowagi ekonomicznej pomiędzy wykonawcą

a zamawiającym. Innymi słowy chodzi o takie ustalenie zasad zwiększenia wynagrodzenia, aby na skutek tego, że realizacja umowy jest rozciągnięta w czasie, w możliwie jak największym stopniu zrekompensować wykonawcy zmniejszającą się wartość pieniądza, wskutek dokonywania odroczonego w czasie płatności. Wykonawca ma świadomość,

że ustawodawca nie skonstruował przepisu art. 439 Pzp w sposób precyzyjny, określając jedynie pewne wytyczne, którymi powinien kierować się wykonawca wprowadzając do umowy klauzule waloryzacyjne. Stało się tak jednak, gdyż jak zauważono w uzasadnieniu projektu przepis ten nie mógł być nadmiernie kazuistyczny. Ustawodawca, mając świadomość ogromnego zróżnicowania poszczególnych umów, z uwagi chociażby na wielkość czy przedmiot zamówienia, tak skonstruował cytowany przepis, aby w ramach nałożonego na zamawiającego obowiązku miał on pewną swobodę, oczywiście z poszanowaniem ustawowych zasad określających relacje między stronami, w ukształtowaniu klauzuli waloryzacyjnej uwzględniającej specyfikę danego zamówienia. Wskazano jednak obligatoryjne elementy klauzuli waloryzacyjnej, które to mają pomóc zamawiającym przy konstruowaniu skutecznych i jasnych postanowień umownych a zamawiający, wprowadzając do umowy odpowiednią klauzulę, winien mieć na względzie w szczególności: specyfikę zamówienia (np. w zakresie jakie elementy materiałów i kosztów są kluczowe i w praktyce podlegają dużym wahaniom), dostępność wiarygodnych i aktualizowanych podstaw ustalenia zmiany ceny (np. odpowiednie wskaźniki Prezesa GUS), planowane możliwości finansowe zamawiającego co do przewidywanych zmian wynagrodzenia.

W projektowanych postanowieniach SWZ wprowadzony przez Zamawiającego

w załączniku nr 19 do Projektu Umowy limit ograniczający wartość wskaźników waloryzacji

(w przypadku 9 z 12 pozycji kosztowych) jedynie do połowy wskaźników obiektywnych zgodnie ze wzorem (pkt 4.3 załącznika nr 19). Rozwiązanie to w ocenie Odwołującego narusza zarówno zasady współżycia społecznego, jak i wyżej wskazane regulacje Rozporządzenia 1370 oraz u.p.z.p. Nie ma bowiem uzasadnienia, dla którego Operator uzyska jedynie połowę dostępnej mu waloryzacji (w zakresie 9 z 12 pozycji kosztowych wskazanych w projektowanym Załączniku 19 do Umowy). Zważywszy, że zamówienie będzie realizowane w założeniu przez okres 5 lat - dla zachowania zgodności z zasadami współżycia społecznego, za uzasadnione należy uznać zmianę takiego wskaźnika poprzez wprowadzenie możliwości zmiany wynagrodzenia wykonawcy (co do 9 z 12 pozycji kosztowych wskazanych w projektowanym Załączniku 19 do Umowy tj. pozycji 4-12 z zastrzeżeniem odmiennych zasad dla pozycji 6) do poziomu 20% jako rozwiązanie odpowiednie, celem zapewnienia równowagi kontraktowej stron.

Odwołujący zauważa, że realizacja Umowy rozpoczyna się w grudniu 2026 r., ale termin na składanie ofert na jej realizację jest wyznaczony na niecały rok wcześniej, tj. w styczniu 2026 r. W związku z faktem, iż Zamawiający w pkt.

4.4. załącznika nr 19 do Projektu Umowy przewidział możliwość „przyznania” waloryzacji dopiero pod koniec 2027 r., Operator *de facto* przez prawie 2 lata będzie realizował Umowę bez otrzymania żadnej waloryzacji jego wynagrodzenia, przyjmując na siebie całość kosztów związanych z inflacją. Przy obecnej zmienności rynku brak waloryzacji przez 2,5 roku od złożenia oferty to ogromne ryzyko, które w całości musi ponieść Wykonawca. W konsekwencji należy stwierdzić, że – przy kontrakcie pięcioletnim o dużej zmienności kosztów – roczne, odroczone „okna” waloryzacyjne czynią realną możliwość waloryzacji jedynie iluzoryczną. Zamawiający nadużywa przysługujących mu uprawnień, w praktyce „zamrażając” wynagrodzenie na rok, mimo że ustawodawca chciał przywrócenia równowagi ekonomicznej stron w trakcie wykonywania umowy, a nie dopiero po fakcie. W obecnie obowiązującej umowie Zamawiający przewidywał możliwość zwiększenia rekompensaty w razie wzrostu kluczowych kosztów (m.in. tabor, energia, płaca minimalna, dostęp do infrastruktury) w drodze aneksu. Obecnie proponowana przez Zamawiającego klauzula co prawda teoretycznie opiera się o art. 439 PZP, ale w rzeczywistości skonstruowana jest w sposób skrajnie restrykcyjny (raz w roku, z opóźnieniem). W efekcie ochrona ekonomiczna Wykonawcy jest realnie słabsza niż w poprzednim kontrakcie – mimo

że ustawodawca, wprowadzając art. 439 PZP, zmierzał wprost do wzmocnienia pozycji wykonawców i lepszego podziału ryzyk kontraktowych.

Podsumowując powyższe, obecne postanowienia umowne prowadzą do zaburzenia równowagi stron wynikającej z Umowy, a także uniemożliwiają osiągnięcie celu klauzul waloryzacyjnych przewidzianego przepisami prawa;

Wniosek: Odwołujący wnosi o:

-zmianę redakcji postanowień Projektu Umowy oraz ust. IV załącznika nr 19 do Projektu Umowy, przez zmianę sposobu waloryzacji pozycji oznaczonych w Tabeli w pkt 3.2 załącznika nr 19 do Projektu Umowy z „Według wskaźnika” na „Do poziomu 20%” z zastrzeżeniem odrębnej procedury dla pozycji 6 „Koszty taboru”.

-nadanie pkt. 4.4. załącznika nr 19 do Projektu Umowy brzmienia: *„Waloryzacja według wskaźnika przysługuje najwcześniej od Okresu Rozliczeniowego obejmującego rozkład jazdy 2026/2027. Zmiana w zakresie wysokości Kosztów Kwalifikowanych będzie dokonywana na wniosek jednej ze Stron w następujących terminach:*

I Waloryzacja: wniosek o Waloryzację składany do dnia 31.07.2026 r., I Waloryzacja wejdzie w życie od początku Okresu Rozliczeniowego obejmującego rozkład jazdy 2026/2027.

II Waloryzacja: wniosek o Waloryzację składany do dnia 31.07.2027 r., II Waloryzacja wejdzie w życie od początku Okresu Rozliczeniowego obejmującego rozkład jazdy 2027/2028.

III Waloryzacja: wniosek o Waloryzację składany do dnia 31.07.2028 r., III Waloryzacja wejdzie w życie od początku Okresu Rozliczeniowego obejmującego rozkład jazdy 2028/2029.

IV Waloryzacja: wniosek o Waloryzację składany do dnia 31.07.2029 r., IV waloryzacja wejdzie w życie od początku Okresu Rozliczeniowego obejmującego rozkład jazdy 2029/2030.

V Waloryzacja: wniosek o Waloryzację składany do dnia 31.07.2030 r., V Waloryzacja wejdzie w życie od początku Okresu Rozliczeniowego obejmującego rozkład jazdy 2030/2031”.

Zamawiający wskazał, że zastosowana klauzula waloryzacyjna została oparta o wskaźniki GUS, odpowiada specyfice pasażerskiego transportu kolejowego i jest powszechnie stosowana w umowach zawieranych na podstawie Prawa zamówień publicznych. Analogiczne klauzule oparte m.in. o poziom wzrostu cen towarów i średnie miesięczne wynagrodzenie

w sektorze przedsiębiorstw obliczane według metodologii GUS znalazły zastosowanie również w innych postępowaniach na wybór operatora publicznego transportu zbiorowego

w transporcie kolejowym prowadzonych w Polsce w latach 2024-2025. Przyjęcie odpowiednich wag dla obu składników wyznaczających poziom waloryzacji zostało poprzedzone przeprowadzoną przez Zamawiającego analizą struktury kosztów przedsiębiorstwa kolejowego na podstawie wyników audytu obowiązujących umów przewozowych, w tym Odwołującego. W wyniku przeprowadzonej analizy, znajdującej się w posiadaniu Odwołującego, stwierdzono, że każda z dwóch zasadniczych pozycji kosztowych obejmujących z jednej strony koszty osobowe, a z drugiej koszty dostaw, usług i materiałów, stanowią mniej więcej połowę całego koszyka kosztowego w przedsiębiorstwie kolejowym.

Na tej podstawie przypisano obu tym pozycjom tożsamą wagę (0,5) we wzorze klauzuli waloryzacyjnej. Nie można także zgodzić się na zarzut Odwołującego, że otrzyma on „jedynie połowę dostępnej mu waloryzacji”. Odwołujący otrzyma bowiem pełną waloryzację, przez zastosowanie przyjętego w projekcie umowy wskaźnika, który składa się z (z powodów wskazanych powyżej) sumy dwóch składowych z przypisaną wagą (0,5), co nie oznacza połowy waloryzacji.

Niezrozumiała jest przy tym propozycja zmiany postanowień umowy w taki sposób, aby wprowadzić limit wzrostu określonych pozycji kosztowych rekompensaty w ramach waloryzacji do poziomu 20%. Odwołujący żądając wykreślenia postanowień wskazujących na metodę obliczania waloryzacji (skreślenie wyrazów „według wskaźnika” i zastąpienie ich zwrotem „do poziomu 20%”) nie określił przy tym jakiegokolwiek alternatywnej metody, według której waloryzacja rekompensaty ma być obliczana. Zamawiający nie ustanowił w projektowanych postanowieniach umowy żadnych limitów

co do maksymalnego poziomu waloryzacji po przekroczeniu określonego pułapu wzrostu wynagrodzenia wykonawcy, mając pełną świadomość konieczności pełnej partycypacji w ryzykach związanych ze wzrostem kosztów prowadzonej przez operatora działalności. Przedstawioną przez Odwołującego propozycję zmian należy zatem uznać jako jednoznacznie niekorzystną dla wszystkich potencjalnych wykonawców.

Zamawiający uznaje zarzut dotyczący terminu uruchomienia klauzuli waloryzacyjnej od rozkładu jazdy 2027/2028 za nieuzasadniony. Przedmiotowe postępowanie przewiduje złożenie ofert w roku 2026, przy czym oferta obejmuje realizację usług publicznego transportu kolejowego począwszy od rozkładu jazdy 2026/2027. Oznacza to, że kalkulacja ceny ofertowej dokonywana jest przy uwzględnieniu aktualnych i znanych na moment składania ofert uwarunkowań rynkowych, kosztowych oraz organizacyjnych związanych z realizacją zamówienia w tym okresie. Zamawiający prawidłowo założył, że pierwszy okres obowiązywania umowy, tj. rozkład jazdy 2026/2027, stanowi bezpośrednią konsekwencję złożonej oferty i mieści się w normalnym ryzyku kontraktowym wykonawcy. Na etapie składania ofert wykonawcy mają możliwość skalkulowania wynagrodzenia w sposób uwzględniający przewidywane koszty realizacji usług w tym okresie, bez konieczności stosowania dodatkowych mechanizmów waloryzacyjnych. Klauzula waloryzacyjna, zgodnie

z jej istotą oraz funkcją, służy ochronie stron umowy przed istotnymi i niemożliwymi

do przewidzenia zmianami warunków ekonomicznych w dłuższym horyzoncie czasowym, wykraczającymi poza standardowe ryzyko gospodarcze. Taka sytuacja występuje dopiero

w odniesieniu do kolejnych lat realizacji zamówienia, w tym w szczególności od rozkładu jazdy 2027/2028, kiedy to zmiany kosztów mogą mieć charakter bardziej odległy i obiektywnie trudniejszy do oszacowania na etapie składania ofert.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzut odwołującego jest bezzasadny. Zamawiający zasadnie przewidział uruchomienie mechanizmu waloryzacji dopiero od rozkładu jazdy 2027/2028. Rozwiązanie to pozostaje zgodne z zasadą równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania, a także nie narusza interesów wykonawców, którzy kalkulując ofertę na rok 2026/2027 powinni uwzględnić wszystkie znane im na dzień złożenia oferty koszty realizacji zamówienia.

Dodatkowo nie jest prawdziwe twierdzenie, że brak waloryzacji będzie miał miejsce przez 2,5 roku od złożenia oferty (złożenie oferty wiosną 2026 r., wniosek o waloryzację do lipca 2027 r., waloryzacja od grudnia 2027 r.).

Mając na uwadze powyższe, brak jest podstaw do uznania, że postanowienia swz w zakresie terminu uruchomienia klauzuli waloryzacyjnej naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych lub prowadzą do nieuzasadnionego obciążenia wykonawców ryzykiem kontraktowym

Zarzut dotyczący braku uwzględnienia w przetargu części dotychczasowej pracy eksploatacyjnej w województwie małopolskim.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający pozostawił poza przedmiotem zamówienia ponad 800 tysięcy pociągokilometrów pracy eksploatacyjnej, która jest obecnie realizowana w Rocznym Rozkładzie Jazdy 2025/2026 na terenie Województwa Małopolskiego (i nie jest objęta obecnie umową o świadczenie usług publicznych z innym przewoźnikiem kolejowym) natomiast nie została uwzględniona w niniejszym przetargu nieograniczonym. W obecnym przedmiocie przetargu brak jest połączeń realizowanych na linii kolejowej nr 62 (Sędziszów – Katowice). W projekcie zamówienia nie przewidziano realizacji połączeń przez linię kolejową nr 62 (relacja Sędziszów – Katowice), mimo iż są one obecnie obsługiwane i stanowią element porozumienia trójstronnego pomiędzy Województwem Małopolskim, Świętokrzyskim i Śląskim (ilość połączeń w obecnym rozkładzie jazdy 9 par pociągów). Ponadto w przedmiocie zamówienia brak jest kontynuacji połączeń SKA3 z Krakowa Głównego do Oświęcimia oraz dalej do Czechowic-Dziedzic.

Wyżej wymienione dwie relacje są obecnie objęte obowiązującą umową z Województwem Małopolskim na mocy aneksu nr 14 do umowy nr I/1863/TK/2722/20 z dnia 09.12.2020

o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego w transporcie kolejowym na terenie Województwa Małopolskiego w okresie od 13 grudnia 2020 r. do 12 grudnia 2026 r. i mają istotne znaczenie dla komunikacji międzyregionalnej.

Znaczący wymiar pracy eksploatacyjnej wynoszącej (dla obu relacji) ponad 800 tysięcy pociągokilometrów powoduje, że ta praca eksploatacyjna nie jest możliwa do zlecenia

w trybach niekonkurencyjnych przewidzianych w rozporządzeniu 1370 i u.p.t.z. a z drugiej strony nie została objęta obecnym przetargiem i trudno sobie wyobrazić (mając na uwadze bardzo krótki okres czasu przed zakończeniem obecnie obowiązującej Umowy z 09.12.2020) aby miała stanowić przedmiot osobnego przetargu. Opisane okoliczności utrudniają Odwołującemu rzetelną kalkulację oferty, do której sporządzenia Operator musi znać całkowity zakres potencjalnej pracy eksploatacyjnej w Województwie Małopolskim i tym samym obowiązków Odwołującego już na etapie składania oferty.

Ubocznie można zauważyć, iż w przypadku zlecenia ww. świadczeń w drodze osobnego postępowania w sprawie zamówienia publicznego, zasadny może okazać się zarzut nieuprawnionego dzielenia zamówienia na części w rozumieniu u.p.z.p.

W tym kontekście, tym bardziej niepokojące jest zmniejszenie liczby połączeń na relacji Kraków – Katowice – Kraków. Z przedstawionego opisu przedmiotu zamówienia oraz planowanej pracy eksploatacyjnej wynika znaczące ograniczenie liczby połączeń na trasie Kraków – Katowice – Kraków. Pomimo utrzymania tej relacji w Pakiecie 3, planowana całkowita praca eksploatacyjna na tym pakiecie została istotnie zmniejszona w porównaniu do obecnie świadczonych usług tj. (ilość połączeń w obecnym rozkładzie jazdy 14 par pociągów) a w przetargu tylko 8 par brakuje 6 par pociągów co stanowi ubytek ponad 220 tysięcy pociągokilometrów rocznie w stosunku do obecnie obowiązującej umowy z Odwołującym.

Wniosek: Odwołujący wnioskuję o uwzględnienie pracy eksploatacyjnej w relacjach:

- z Krakowa Głównego do Oświęcimia oraz dalej do Czechowic-Dziedzic;
- z Sędziszowa do Katowic, w przedmiocie Zamówienia w ramach zamówienia podstawowego.

Zamawiający wskazał, że ustalenie zakresu przedmiotu zamówienia należy do jego wyłącznych kompetencji, wynikających z art. 99 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający jego rzeczywistym potrzebom. Przepisy Pzp nie nakładają na Zamawiającego obowiązku objęcia jednym postępowaniem całej pracy eksploatacyjnej realizowanej lub potencjalnie realizowanej na terenie województwa. Odwołujący w istocie nie kwestionuje zgodności opisu przedmiotu zamówienia z przepisami prawa, lecz domaga się rozszerzenia zakresu zamówienia

o dodatkowe relacje i pociągokilometry, które – decyzją Zamawiającego – nie zostały objęte postępowaniem. Tego rodzaju żądanie nie stanowi zarzutu naruszenia przepisów Pzp, lecz odnosi się do kształtu przyszłej oferty przewozowej i polityki organizatora publicznego transportu zbiorowego, które pozostają poza zakresem kontroli Krajowej Izby Odwoławczej. Zamawiający podkreśla, że postępowanie dotyczy wyłącznie zakresu pracy eksploatacyjnej jednoznacznie określonej w SWZ, a wykonawcy zobowiązani są dokonywać kalkulacji ofertowych w oparciu o ten zakres, a nie o hipotetyczne lub potencjalne przyszłe decyzje Zamawiającego dotyczące organizacji przewozów kolejowych.

Odnosząc się do argumentu o rzekomym utrudnieniu rzetelnej kalkulacji oferty, Zamawiający wskazuje, że dokumenty zamówienia w sposób kompletny i jednoznaczny określają przedmiot zamówienia, a wykonawcy mają pełną wiedzę co do zakresu obowiązków objętych umową. Brak objęcia zamówieniem określonych relacji nie może być utożsamiany z naruszeniem zasad proporcjonalności lub przejrzystości, skoro Zamawiający nie zobowiązuje wykonawców do ich realizacji.

Bezzasadny jest również zarzut potencjalnego nieuprawnionego dzielenia zamówienia. Zamawiający nie dokonał podziału jednego zamówienia w celu obejścia przepisów ustawy, lecz określił przedmiot zamówienia w granicach swoich potrzeb i możliwości organizacyjnych. Sam fakt, że określona praca eksploatacyjna nie została objęta niniejszym postępowaniem, nie stanowi dzielenia zamówienia w rozumieniu art. 91 Pzp.

Zamawiający wskazuje, że porównywanie zakresu niniejszego zamówienia z zakresem usług świadczonych na podstawie dotychczasowej umowy PSC pozostaje irrelevantne, gdyż Zamawiający nie jest zobowiązany do zachowania tożsamości zakresu kolejnych zamówień ani do powielania rozwiązań przyjętych w umowach obowiązujących. Zamawiający stoi na stanowisku, że zarzut Odwołującego stanowi w istocie próbę ingerencji w decyzje Zamawiającego dotyczące organizacji publicznego transportu zbiorowego i jako taki nie może zostać uwzględniony w ramach niniejszego postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, że Odwołujący w istocie nie kwestionuje zgodności opisu przedmiotu zamówienia z obowiązującymi przepisami prawa, w tym przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz formułuje postulaty zmierzające do rozszerzenia zakresu zamówienia o dodatkowe relacje oraz pociągokilometry, które nie zostały objęte niniejszym postępowaniem. Tego rodzaju żądania nie mogą być uznane za zarzuty naruszenia przepisów Pzp, gdyż nie odnoszą się do legalności ani prawidłowości przeprowadzenia postępowania, lecz do kształtu przyszłej oferty przewozowej oraz zakresu usług publicznych, jakie Zamawiający zamierza objąć umową. Ustalenie zakresu zamówienia, w tym liczby relacji, wielkości pracy przewozowej oraz struktury oferty przewozowej, stanowi wyłączną kompetencję Zamawiającego jako organizatora publicznego transportu zbiorowego i mieści się w sferze jego uznania administracyjnego oraz planistycznego. Wykonawca nie jest uprawniony do narzucania Zamawiającemu określonego modelu realizacji usług ani do modyfikowania przedmiotu zamówienia według własnych preferencji biznesowych.

W konsekwencji zarzuty Odwołującego w tym zakresie nie mogą prowadzić do uwzględnienia odwołania, albowiem zmierzają do ingerencji w decyzje Zamawiającego.

Zarzut: postanowienia w zakresie zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Odwołujący wskazał, że zabezpieczenie należytego wykonania Umowy w wysokości stanowiącej równowartość 1%

rekompensaty kosztów dla całego okresu realizacji przewozów jest w realiach postępowania zabezpieczeniem wygórowanym i nadmiarowym. Świadczenie przez Wykonawcę usług w ramach Umowy rozkłada się na okres od 13 grudnia 2026 r.

do 13 grudnia 2031 r. Zysk wykonawcy realizującego przedmiot Umowy jest zatem rozłożony na 5 lat (a przy tym, co warto odnotować, uzależniony od wielu zmiennych). Wymaganie, aby wykonawca wpłacił zabezpieczenie należytego wykonania obliczone „dla całego Okresu Realizacji Przewozów” jest wymaganiem oderwanym od tych kluczowych zasad realizacji Umowy oraz wypłaty wynagrodzenia. Podobnie zagadnienie prezentuje się od strony Zamawiającego. W jego przypadku w czasie rozkładają się ryzyka i koszty związane z realizacją przedmiotu Umowy. Z tej perspektywy, określenie wysokości zabezpieczenia, które ma przecież służyć zaspokojeniu potencjalnych roszczeń Zamawiającego, w oparciu o wysokość Rekompensaty przewidzianą dla pełnych 5 lat świadczenia usług przewozowych – także jest nieuzasadnione i wygórowane.

Konkludując, skarżone postanowienie umowne, określające wysokość zabezpieczenia w oparciu o procent Kosztów dla całego Okresu Realizacji Przewozów narusza równowagę stron Umowy oraz stanowi nadużycie prawa podmiotowego zamawiającego do kształtowania jej postanowień. Jest to ponadto wymaganie nadmierowe, stanowiące istotne obciążenie dla wykonawcy realizującego zamówienie, co będzie wpływać na wysokość złożonych ofert

w formie niekorzystnej dla zamawiającego publicznego. Istotną okolicznością jest również, że obecnie obowiązująca umowa PSC z Odwołującym nie jest powiązana z analogicznym zabezpieczeniem.

Wniosek: Odwołujący wnosi o zmianę redakcji § 20 ust. 2 Projektu Umowy przez ustalenie wartości zabezpieczenia w wysokości stanowiącej równowartość 1% Rekompensaty Kosztów dla pierwszego roku realizacji przewozów.

Zabezpieczenie w wysokości stanowiącej równowartość 1% Rekompensaty Kosztów dla pierwszego roku realizacji przewozów utrzymywane byłoby wówczas przez cały okres trwania umowy.

Zamawiający wskazał, iż wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy została ustalona w pełnej zgodności z art. 449 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który przewiduje możliwość żądania zabezpieczenia w wysokości do 5% ceny całkowitej oferty.

Zamawiający określił zabezpieczenie na poziomie 1% Rekompensaty Kosztów dla całego Okresu Realizacji Przewozów, a zatem:

- istotnie poniżej ustawowego maksimum,
- w wysokości umiarkowanej i proporcjonalnej do skali i charakteru zamówienia.

Samo twierdzenie Odwołującego o „wygórowanym” charakterze zabezpieczenia, bez wykazania naruszenia ustawowych limitów lub zasady proporcjonalności, nie może zostać uznane za wystarczające do zakwestionowania postanowień wzoru umowy.

Przedmiotem zamówienia jest wieloletnia umowa o świadczenie usług publicznych w kolejowym transporcie pasażerskim, obejmująca okres 5 lat, charakteryzująca się:

- wysoką wartością ekonomiczną,
- znacznym stopniem skomplikowania organizacyjnego i technicznego,
- istotnym wpływem na ciągłość realizacji zadań publicznych,
- rozłożonymi w czasie, lecz ciągłymi ryzykami niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.

Zabezpieczenie należytego wykonania umowy nie służy wyłącznie zabezpieczeniu ryzyk „rocznych”, lecz ma charakter globalny i obejmuje cały okres realizacji umowy. Ewentualne naruszenia obowiązków umownych – w szczególności o charakterze systemowym – mogą ujawnić się w dowolnym momencie jej obowiązywania i generować roszczenia Zamawiającego o znacznej wartości. Argument Odwołującego, jakoby zabezpieczenie było nieuzasadnione z uwagi na fakt, że zysk wykonawcy jest rozłożony w czasie, pozostaje irrelevantny z punktu widzenia funkcji zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zabezpieczenie nie jest instrumentem powiązanym z:

- rentownością wykonawcy,
- harmonogramem wypłaty wynagrodzenia,
- poziomem zysku osiąganego w poszczególnych latach realizacji umowy,

lecz służy ochronie interesu Zamawiającego w razie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, niezależnie od momentu, w którym do takiego naruszenia dojdzie.

Zamawiający wskazuje, że określenie wysokości zabezpieczenia w odniesieniu do całego okresu realizacji przewozów jest uzasadnione, gdyż:

- potencjalne roszczenia Zamawiającego mogą dotyczyć skutków naruszeń kumulujących się w czasie,
- koszty zastępczej realizacji przewozów lub reorganizacji systemu transportowego w razie niewywiązania się wykonawcy z umowy mają charakter całościowy, a nie roczny,

- zabezpieczenie musi odpowiadać skali ryzyk związanych z realizacją zadania publicznego o fundamentalnym znaczeniu dla mieszkańców regionu.

W tym kontekście Zamawiający podkreśla, że zabezpieczenie na poziomie 1% całkowitej Rekompensaty Kosztów nie może zostać uznane za nadmierne, lecz stanowi racjonalny kompromis pomiędzy ochroną interesu publicznego a interesem wykonawcy.

Odnosząc się do argumentu, że obowiązująca obecnie umowa PSC z Odwołującym nie przewiduje analogicznego zabezpieczenia, Zamawiający wskazuje, iż:

- każda procedura zamówienia publicznego stanowi odrębne postępowanie,
- Zamawiający nie jest związany rozwiązaniami przyjętymi w poprzednich umowach,
- Zamawiający ma prawo modyfikować postanowienia umowne w celu lepszego zabezpieczenia interesu publicznego, o ile mieści się to w granicach obowiązującego prawa.

Twierdzenie, jakoby wymaganie zabezpieczenia w przedmiotowej wysokości wpływało negatywnie na konkurencję, ma charakter wyłącznie hipotetyczny i nie zostało poparte żadnymi dowodami. Zabezpieczenie w wysokości 1% wartości zamówienia: nie eliminuje żadnego wykonawcy z rynku, mieści się w standardach rynkowych dla zamówień o porównywalnej skali i charakterze, nie stanowi bariery nieproporcjonalnej ani dyskryminującej. Zamawiający stoi na stanowisku, że postanowienia § 20 wzoru umowy: są zgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych, uwzględniają specyfikę i skalę zamówienia, nie naruszają zasady proporcjonalności ani równowagi stron, nie ograniczają konkurencji ani nie stanowią nadużycia prawa.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że nie sposób zgodzić się z Odwołującym jakoby ustalona w postępowaniu wysokość zabezpieczenia na poziomie 1% rekompensaty kosztów była nadmierna i wygórowana. Zgodnie z art. 452 Pzp wysokość zabezpieczenia ustala się

w stosunku do ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, jeżeli w ofercie podano cenę jednostkową lub ceny jednostkowe. Wysokość zabezpieczenia może wynosić do 5% tej kwoty. Ustalenie zabezpieczenia na poziomie 1% rekompensaty kosztów dla całego okresu przewozów w żadnym wypadku nie jest nadmierne czy utrudniające uczciwą konkurencję. Zważyć bowiem należy na wielkość i zakres całego zamówienia, jego czas trwania, a także możliwość dochodzenia przez Zamawiającego roszczeń w stosunku do wykonawcy w całym okresie obowiązywania umowy, w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonywania umowy. Przedmiot świadczenia, jego znaczenie dla społeczeństwa, konieczność zagwarantowania możliwości prawidłowego wykonywania jest w realiach niniejszego postępowania niezbędna. Ponadto wskazać należy, że każdy wykonawca, który zamierza złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu, będzie musiał uwzględnić wymagania zamawiającego, które w oczywisty sposób znajdzie swoje odzwierciedlenie w cenie oferty.

Zarzut dotyczący nieuzasadnionego terminu ogłoszenia o zamówienia.

Odwołujący wskazał na nieuzasadnione i niezrozumiałe dobranie terminu publikacji przez Zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający opublikował ogłoszenie

o zamówieniu 19 grudnia 2025 r., co oznacza, że odwołanie powinno zostać złożone

29 grudnia 2025 r. Pomimo jednak ustawowego terminu 10 dni na odwołanie Wykonawca miał realnie 3 dni robocze na przygotowanie niniejszego odwołania. W tym kontekście warto ponownie wskazać, że zakres przedmiotu zamówienia został finalnie przez Zamawiającego okrojony względem dotychczasowych umów na realizację przewozów na terenie Województwa Małopolskiego. Był to także zakres odmienny od tego, z którym mogli zapoznawać się w miesiącach poprzednich wykonawcy potencjalnie zainteresowani wykonaniem przedmiotowego zamówienia. W konsekwencji, badanie treści SWZ było w tym przypadku niezbędne „od zera”, z uwzględnieniem pełnego stopnia skomplikowania oferty.

Odwołanie dotyczy zaś Projektu Umowy liczącego 31 stron wraz z 23 załącznikami do niego oraz SWZ liczącego 26 stron. Dokumenty te zaś dotyczą realizacji kolejowych przewozów pasażerskich, obejmującej kwestie prawne, podatkowe, taborowe, zatrudnienia, energii trakcyjnej, sprzedaży biletów komunikacyjnych, zaplecza technicznego, utrzymania, eksploatacji, obsługi technicznej i handlowej i wielu innych elementów, które wymagają zaangażowania co najmniej kilkunastu osób do przeanalizowania dokumentów zamówienia, celowości złożenia odwołania, a następnie sporządzenia samego odwołania.

Pozostawianie tych wszystkich czynności wykonawcy do zrealizowania w ciągu 3 dni roboczych jest zaś działaniem nieznajdującym uzasadnienia i wymierzonym w znaczące ograniczenie możliwości skorzystania przez wykonawcę z ustawowego środka ochrony prawnej, jakim jest skierowanie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej.

Zamawiający wskazał, że zarzut, jakoby wykonawcy byli zaskoczeni zakresem przedmiotu zamówienia i zmuszeni do analizy przyjętych przez Zamawiającego rozwiązań „od zera”, jest nieuprawniony. Odwołujący – podobnie jak inni potencjalni wykonawcy uczestniczący we wstępnych konsultacjach rynkowych – posiadał wiedzę co do zasadniczego zakresu zamówienia jeszcze przed publikacją ogłoszenia, albowiem Zamawiający przeprowadził wcześniejsze

czynności przygotowawcze w postaci wniosku o oszacowanie wartości zamówienia. W ramach tych czynności wykonawcom przekazane zostały: identyczne wartości pracy eksploatacyjnej przewidziane zarówno w zakresie podstawowym, jak i w opcji, oraz informacja, że wartość pracy eksploatacyjnej w poszczególnych okresach rozliczeniowych może odbiegać do $\pm 20\%$ w stosunku do pierwszego Roku Rozliczeniowego.

Zakres pracy eksploatacyjnej stanowi kluczowy i determinujący element realizacji zamówienia w zakresie kolejowych przewozów pasażerskich. Tym samym wykonawcy mieli realną możliwość zapoznania się z podstawowymi parametrami zamówienia, jego skalą oraz charakterem jeszcze na etapie poprzedzającym publikację SWZ i jej załączników w tym projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego – wzoru umowy. Nie sposób zatem przyjąć, że ogłoszenie zamówienia nastąpiło w warunkach nieprzewidywalności lub zaskoczenia po stronie wykonawców. Fakt, iż ostateczna dokumentacja zamówienia różni się od dotychczasowych umów lub wcześniejszych założeń, nie stanowi naruszenia zasady uczciwej konkurencji ani przejrzystości, lecz jest naturalnym elementem samodzielnego kształtowania przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia, w granicach obowiązującego prawa i rzeczywistych potrzeb publicznych. W konsekwencji brak jest podstaw do uznania,

że Zamawiający swoim działaniem naruszył zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców lub przejrzystości postępowania, bądź że ograniczył wykonawcom możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, że zarzut Odwołującego w tym zakresie jest zupełnie nieuzasadniony. Zamawiający dochował wszelkich wymogów ustawowych wynikających

z ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności w zakresie terminów na wniesienie odwołania. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 19 grudnia 2025 r.,

a wykonawcom przysługiwał pełny, ustawowy 10-dniowy termin na wniesienie odwołania. Przepisy Pzp nie uzależniają biegu tego terminu od liczby dni roboczych ani od kalendarza świątecznego, a Zamawiający nie ma obowiązku dostosowywania terminów postępowania do indywidualnej organizacji pracy wykonawców.

Rekapitułując, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego stanowią jedynie wyraz zapatrywania odwołującego na szeroko pojęte warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący deprecjonując opis dokonany przez zamawiającego *de facto* nie wykazał, że narusza on zasady uczciwej konkurencji

i równego traktowania wykonawców czy też, że narusza zasady przejrzystości postępowania.

Oczekiwania odwołującego wyrażone zarzutami odwołania kreują jedynie oczekiwania wykonawcy względem przedmiotu zamówienia i warunków jego realizacji, które w ocenie Izby mają jedynie na celu ułatwienie wykonawcy sposobu realizacji zamówienia. Nie ograniczają natomiast możliwości przygotowania rzetelnie opracowanej i wycenionej oferty uwzględniającej wymagania zamawiającego, które na obecnym etapie postępowania dostępne są (w zakresie merytorycznej wiedzy) wszystkim uczestnikom z branży objętej przedmiotem zamówienia. Opis dokonany przez zamawiającego nie dyskwalifikuje ani nie promuje żadnego konkretnego wykonawcy. Profesjonalny wykonawca, jakim z pewnością jest odwołujący jest zatem w stanie, w sposób prawidłowy, zdiagnozować obszary zwiększonego ryzyka kontraktowego i odpowiednio je wycenić. Taki sam obowiązek spoczywa na wszystkich podmiotach, które zdecydują się złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu.

Powyższe twierdzenia potwierdza argumentacja odwołującego w dokumentach stanowiących własne wyliczenia wykonawcy (pierwotnie złożone jako dowody w sprawie), który jest w stanie ustalić, jaki konkretnie zakres zamówienia wymaga szczegółowej analizy

i zwiększonego zaangażowania zespołów analitycznych, które dają wytyczne do kalkulacji oferty. Tym samym, wobec tak opisanego przedmiotu zamówienia oraz sposobu jego realizacji, odwołujący ma możliwość objęcia ceną ofertową wszystkich założeń kontraktowych, ze skutkiem finansowym, jaki w tym zakresie będzie ponosił zamawiający.

Przedmiot zamówienia został przez Zamawiającego opisany w sposób maksymalnie precyzyjny, jasny i równy w odniesieniu do wszystkich potencjalnych wykonawców. W żadnym razie nie sposób również uznać, aby sporządzony opis przedmiotu zamówienia i warunki jego realizacji miały w jakikolwiek sposób być dyskryminacyjne czy utrudniające uczciwą konkurencję.

Nie można przy tym abstrahować od treści art. 99 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W niniejszym postępowaniu warunek ten został spełniony – biorąc pod uwagę jego skomplikowany, wieloelementowy przedmiot, zakres, złożone warunki jego realizacji Zamawiający w sposób maksymalnie jasny, jednoznaczny i precyzyjny opisał wszystkie warunki jego realizacji, a opis ten jest równy i niedyskryminacyjny, a tym samym zapewnia wykonawcom możliwość sporządzenia porównywalnych ofert.

Ponadto pierwotny termin składania ofert został przesunięty z 28 stycznia na 11 marca 2026 r. – czyli o okres znacznie dłuższy niż ten, o który wnosił Odwołujący.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej okoliczność, że przedmiot zamówienia i warunki jego realizacji mają skomplikowany i złożony charakter, a w konsekwencji zwiększają poziom trudności w sporządzeniu oferty nie oznacza bynajmniej, aby takie uzasadnione wymagania Zamawiającego, pozostające w bezpośrednim związku z przedmiotem zamówienia miały utrudniać uczciwą konkurencję, czy mieć dyskryminacyjny charakter.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....