

Sygn. akt: KIO 3377/24

WYROK

Warszawa, dnia 14 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Paprocka

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2024 r. przez wykonawcę ARRIVA RP sp. z o.o. w Toruniu w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Podlaskie

przy udziale uczestnika zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego, POLREGIO S.A. w Warszawie

orzeka:

1. umarza postępowanie w części co do zarzutu nr 1 w zakresie odnoszącym się do załączników nr 2, 3, 4a, 5, 6a, 6c, 7, 8, 9 do wyjaśnień POLREGIO S.A. z dnia 31 lipca 2024 r.,
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, a ponadto kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 3.2. zasądza od Odwołującego, ARRIVA RP Sp. z o.o. w Toruniu na rzecz Zamawiającego, Województwa Podlaskiego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia

pełnomocnika.

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.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 3377/24

Uzasadnienie

Zamawiający, Województwo Podlaskie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług publicznych w zakresie wojewódzkich kolejowych przewozów pasażerskich. Wewnętrzny identyfikator: BON-IV.272.3.2024.AR. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 5 lutego 2024 r., pod nr: 2024/S 25-74990. Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne.

W dniu 16 września 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy ARRIVA RP Sp. z o.o. w Toruniu od czynności badania, oceny oraz wyboru w Postępowaniu jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę: POLREGIO S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako: „POLREGIO”), a także zaniechania udostępnienia Odwołującemu całej treści wyjaśnień przedłożonych przez POLREGIO z dnia 31 lipca 2024 r. wraz z załącznikami oraz zaniechania odrzucenia tej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie niżej wskazanych przepisów, tj.:

1. art. 18 ust. 1-3 i art. 74 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 1605 ze zm., dalej jako „PZP”) w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 1233 ze zm., dalej jako: „Uznk”), a także art. 5 ust. 3 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 uchylającego rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70 (dalej jako: „Rozporządzenie 1370/2007”), poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu informacji zastrzeżonych przez POLREGIO jako tajemnica przedsiębiorstwa, zawartych w wyjaśnieniach dot. zaoferowanej przez POLREGIO ceny lub kosztu, pomimo, że POLREGIO nie wykazał, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, oraz

2. art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 224 ust. 1 PZP, art. 224 ust. 5 PZP, art. 224 ust. 6 PZP, art. 16 pkt 1-3 PZP i art. 17 ust. 1 PZP, a także art. 5 ust. 3 Rozporządzenia 1370/2007, przez zaniechanie odrzucenia oferty POLREGIO pomimo, że zaoferowana przez POLREGIO cena (lub koszt) jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone przez POLREGIO wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Podnosząc wskazane zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty POLREGIO jako najkorzystniejszej
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 3) odrzucenia oferty POLREGIO;
- 4) odtajnienia wyjaśnień dotyczących ceny lub kosztu złożonych przez POLREGIO.

Ponadto, wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego. Jak uzasadnił w odwołaniu, poziom różnicy pomiędzy ceną zaoferowaną przez POLREGIO w obecnym (379.803.421,56 zł), jak też w postępowaniu poprzedzającym na „Świadczenie usług publicznych w zakresie wojewódzkich kolejowych przewozów pasażerskich” nr ref. DIT-II.8060.47.2023 (498.543.148,09zł) oraz dotychczas pozyskana wiedza o kalkulacji oferty POLREGIO pozwalają twierdzić, że cena (oraz stawka kosztowa) zaoferowana przez POLREGIO ma charakter rażąco niski, a POLREGIO nie wykazał, że jest inaczej. Wyjaśnił, że POLREGIO – jako skomercjalizowane przedsiębiorstwo państwowe – posiada pozycję dominującą na rynku. Z tych względów, Odwołujący uznaje, że z pozycją POLREGIO związana jest ciężka na tej Spółce szczególna odpowiedzialność za to, by swym zachowaniem nie osłabiała skutecznej i niezakłóconej konkurencji. Co więcej, Odwołujący powołał się na zatwierdzoną przez Komisję Europejską, udzieloną Przystępującemu pomoc publiczną w wysokości 770 mln zł, uwarunkowaną stopniowym otwieraniem rynku krajowych usług kolejowego transportu pasażerskiego, w tym liberalizację poszczególnych regionalnych rynków pasażerskich przewozów kolejowych poprzez organizację przetargów o konkurencyjnym, przejrzystym, niedyskryminacyjnym oraz bezwarunkowym charakterze. Jak wskazał: „(...) celem procesu liberalizacji jest stworzenie warunków do realnej, efektywnej konkurencji przewoźników kolejowych, przekładającej się na rozszerzenie oferty przewozów (siatki połączeń), obniżenie cen biletów i zwiększenie jakości usługi, czego ostatecznym beneficjentem będą pasażerowie. W tym zakresie kluczowe znaczenie ma zagwarantowanie, by przewoźnicy kolejowi konkurowali poprzez oferty odpowiadające rzeczywistej wartości rynkowej, z uwzględnieniem dostępnych im możliwości optymalizacji kosztów.” Odwołujący, za istotne uznał wskazanie, że w poprzednim postępowaniu o tożsamym przedmiocie – z tą różnicą, że obecne postępowanie obejmuje dodatkową linię Białystok-Ostrołęka, oferta ARRIVA obejmowała cenę 439.759.877,39 zł, zaś oferta POLREGIO cenę 498.543.148,09 zł. Podkreślił bowiem, że mimo zwiększenia zakresu zamówienia w obecnym postępowaniu, cena ofertowa POLREGIO jest blisko 119 milionów zł niższa niż zaoferowana poprzednio. Zaznaczył przy tym, że w umowach o świadczenie usług publicznych w tym kolejowym sektorze rynku system ustalania wynagrodzenia należnego wykonawcy zasadniczo oparty jest o konstrukcję Rekompensaty za Pociągokilometr. Zasady określania Rekompensaty w ramach niniejszego Postępowania określa załącznik nr 4 do SWZ - Zasady obliczania Rekompensaty Finansowej i stosowania Waloryzacji (dalej jako: „ZoR”). Powołał się również na zasady wyliczenia Rekompensaty za Pociągokilometr wskazane w pkt

1 Załącznika nr 4 do Umowy. Podkreślił, że w ramach obecnego postępowania, POLREGIO zaoferował stawkę Rekompensaty obniżoną o 29% w stosunku do poprzedniego postępowania, w tym o 22% stawki kosztowej, przy pięcioletniej różnicy w czasie pomiędzy złożeniem obu ofert). Cena ofertowa została obniżona o ok. 118 mln złotych. Różnice te, zdaniem Odwołującego, nie znajdują uzasadnienia w różnicach między warunkami zamówień stanowiących przedmiot tych postępowań, czy też w jakichkolwiek okolicznościach zewnętrznych zachodzących wobec POLREGIO. Odwołujący podkreślił również, iż koszty, których założenie jest niezbędne do prawidłowego skalkulowania oferty uwzględniać muszą listę kosztów, niezależnych od wykonawców i uniwersalnych dla wszystkich, wymienionych w pkt 3 załącznika nr 4 do wzoru umowy – Koszty. „Przyjęte przez Polregio założenie o możliwości obniżenia bazy kosztowej o 22% w stosunku do oferty z listopada 2023 r. nie może mieć stosownego oparcia w realnej kalkulacji kosztów – tj. aż o 10 zł różnicy w samych kosztach na każdym pociągokilometrze, co biorąc pod uwagę Maksymalną Pracę Eksploatacyjną (zwiększoną w obecnym Postępowaniu o 814.000 pociągokilometrów) oznacza obniżenie przez Polregio kosztów o kwotę ok. 128,5 miliona złotych. W ocenie Odwołującego nie jest możliwym, żeby na warunkach rynkowych dokonać tak daleko idącej obniżki kosztów, jak ta dokonana przez Polregio pomiędzy Postępowaniem Poprzedzającym a Postępowaniem.” Odwołujący wymienił w odwołaniu i odniósł się do poszczególnych czynników kosztotwórczych. 1) KOSZTY TABORU. Odwołujący podniósł, iż jego zdaniem, z treści wyroku Izby w sprawie o sygn. KIO 1940/24 wynika, że istotne jest przedstawienie przez POLREGIO, w jaki sposób przesunięcie terminu rozpoczęcia świadczenia usługi o rok oraz fakt, że naprawa z poziomu P4 dot. rezerwy taborowej nie będzie obciążała wykonawcy pozwoliło obniżyć koszty i cenę ofertową POLREGIO. Zdaniem Odwołującego jest to tyle istotne, że oszczędność związana z brakiem potrzeby przeprowadzenia napraw poziomu P4 jest rzędu jedynie kilku milionów złotych, a więc jest to oszczędność nikła w skali różnicy cenowej oferty POLREGIO złożonej w poprzednim i obecnym postępowaniu, zaś przesunięcie terminu rozpoczęcia świadczenia usługi powinno spowodować zindeksowanie kosztów o inflację (wzrost). Podsumowując tą kwestię, jak wskazał Odwołujący, na podstawie wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, POLREGIO miało obowiązek złożyć pełne wyjaśnienia związane z utrzymaniem taboru, w tym koszty przeglądów, również przeglądów P4, jak i przeglądy od P1 do P3. W ocenie Odwołującego jest także wykazanie, że koszty utrzymania taboru w zakresie P1- P3 uległy obniżeniu. Koszty te – jak wskazała ARRIVA – mają stałą tendencję wzrostową i są generowane przez wysokiej jakości komponenty, które spełniają określone normy techniczne i wytrzymałościowe, pracę mechaników i specjalistów serwisowych, globalne zmiany w cenach surowców (np. metali, olejów, energii). Obniżenie tych kosztów, na co wskazuje POLREGIO, zdaniem ARRIVA, stoi w sprzeczności z

rzeczywistością rynkową. Wskazał również, że sam Przystępujący, w swoich cennikach zewnętrznych, znacznie podwyższył ceny usług w okresie

między złożeniem oferty w Postępowaniu Poprzedzającym i Postępowaniu. 2) KOSZTY DRUŻYN TRAKCYJNYCH, KONDUKTORSKICH (KOSZTY OSOBOWE). ARRIVA podniósł w tym zakresie, że koszty te po stronie POLREGIO są istotne, bowiem z dokumentów zbiorowego prawa pracy oraz informacji dostępnych publicznie, zdaniem Odwołującego wynika znaczna wysokość średniego wynagrodzenia zasadniczego w przedsiębiorstwie POLREGIO oraz ogólnie na stanowisku maszynisty, a także znaczna ilość dodatkowych benefitów i udogodnień przysługujących pracownikom POLREGIO poza wynagrodzeniem zasadniczym, przekładających się na jeszcze wyższe koszty pracy po stronie POLREGIO. W ocenie Odwołującego, brakuje wiarygodnych dowodów potwierdzających, że żądania Strony Społecznej w prowadzonym w ramach POLREGIO sporze udało się obniżyć o 50% oraz, że miało to wpływ na możliwość obniżenia kosztów pomiędzy ofertami złożonymi w postępowaniu poprzedzającym i obecnym. Wskazał, że wzrost wynagrodzeń jest nieunikniony skoro realizacja świadczenia usług rozpocznie się dopiero w 2026 r. Zdaniem Odwołującego, przy przyjęciu ustaleń wynikających z porozumień płacowych POLREGIO ze stroną społeczną, a zakładających coroczny wzrost wynagrodzeń o % inflacji +5% - budżet wynagrodzeń powinien wzrosnąć o min. 8,5%. POLREGIO w wyjaśnieniach nie opisało również liczby pracowników, ich wynagrodzeń, niezbędnej ilości pracowników niekonicznych do wykonania przedmiotu zamówienia, norm czasu pracy, dodatkowych elementów wynagrodzeniach przysługujących POLREGIO oraz symulacji wzrostu wynagrodzeń w następnych latach. 3) KOSZTY ENERGII TRAKCYJNEJ. W tym zakresie, zdaniem Odwołującego, przewidywane w ramach rozsądnych prognoz cenowych koszty energii nie mogły przekładać się na taki spadek kosztów w skali całego kontraktu, który umożliwiałby obniżenie całej stawki kosztowej o prawie 30% w odniesieniu do oferty złożonej w poprzednim postępowaniu. 4) POZOSTAŁE. Odwołujący wskazał, że w pozostałym zakresie wyjaśnienia POLREGIO mają one charakter ogólnikowy i niepoparty kalkulacjami ani żadnymi dowodami, a ponadto odnoszący się do kwestii irrelevantnych w kontekście obniżenia w krótkim okresie e czasu kosztów o ok 128 milionów złotych. W ramach tej części wyjaśnień POLREGIO, ARRIVA zakwestionowała tłumaczenia Przystępującego dotyczące wpływu na obniżenie ceny – zmiany okresu realizacji zamówienia, poprawy relewantnych wskaźników makroekonomicznych, zmiany górnego limitu waloryzacji i mechanizmu waloryzacji, zmiany podatku akcyzowego. ARRIVA podkreśliła szczególny charakter usług przewozu kolejowego w ogólnym interesie gospodarczym – są to usługi świadczone w sposób ciągły i nieprzerwany, a ich wysoka jakość, bezpieczeństwo oraz punktualność przewozów, powinny stanowić priorytet. Z kolei, w uzasadnieniu zarzutu dotyczącego utajnienia wyjaśnień POLREGIO z dnia 31 lipca 2024 r. wraz z załącznikami nr 1a, 1b, 2, 3, 4a, 4b, 5, 6a, 6b, 7, 8, 8a, 9, 9a, 10 i 13 z powodu objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa, Odwołujący podniósł, że Zamawiający bezprawnie zaniechał udostępnienia Odwołującemu ww. informacji, bowiem POLREGIO w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy

przedsiębiorstwa nie wykazała zaistnienia wszystkich przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 Uznk w stosunku do zastrzeżonych informacji. Po pierwsze, ARRIVA wskazała, że część załączników do wyjaśnień zastrzeżonych przez POLREGIO jako tajemnica przedsiębiorstwa jest dostępnych publicznie, w tym dostępne w internecie, pod podanymi przez Odwołującego linkami, są: załącznik nr 2 „pismo z 18 kwietnia 2023 wszczynające dialog społeczny”, załącznik nr 3 „Protokół rozbieżności z 16 czerwca 2023 r. w ramach dialogu społecznego”, załącznik nr 4a „Pismo z 19 czerwca 2023 r. wszczynające spór zbiorowy”, załącznik nr 5 „Protokół rozbieżności z 13 lipca 2023 r. w ramach rokowań sporu zbiorowego”, załącznik nr 6a „Porozumienie z 25 września 2023 r. w ramach sporu zbiorowego”, załącznik nr 6c „Porozumienie z 4 października 2023 r. w ramach sporu zbiorowego”, załącznik nr 7 „Protokół z 18 stycznia 2024 r. w ramach mediacji sporu zbiorowego”, załącznik nr 8 „Porozumienie z 11 marca 2024 r. w sprawie zakończenia sporu zbiorowego”, załącznik nr 9 – „Porozumienie z 13 maja 2022 r. w ramach sporu zbiorowego”, załącznik nr 4b „Pismo z dnia 29 czerwca 2023 r. wszczynające spór zbiorowy” w istotnym zakresie, załącznik nr 6b – „Porozumienie z 2 października 2023 r. w ramach sporu zbiorowego” w istotnym zakresie, załącznik nr 8a – „Protokół dodatkowy nr 6 do ZUZP z 11 marca 2024 r.” w istotnym zakresie. Z tych względów, w powyższym zakresie, zdaniem Odwołującego zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest nieskuteczne. Ponadto, jak wskazała ARRIVA, „(...) samo uzasadnienie zastrzeżenia Wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa liczy zaledwie dwie strony, z czego ponad połowa to cytowanie ogólnych tez z orzecznictwa KIO i sądów powszechnych lub samej treści przepisów. Pozostała część uzasadnienia zastrzeżenia jest zbiorem ogólnych twierdzeń Wykonawcy, składa się z szablonowych i ogólnikowych oświadczeń Polregio, nie popartych żadnymi dowodami.” Tym samym, zdaniem ARRIVA, Przystępujący nie sprostął obowiązowi „wykazania”, określonego w art. 18 ust. 3 PZP, skoro nie przedstawił dowodów co do przyczyn objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa danych informacji. Dodał, że nieprzekonująco POLREGIO odniósł się do przesłanki wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, ograniczając się jedynie do pojedynczego akapitu, w którym zbiorczo wymieniło kategorie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa i stwierdziło, że posiadają one wartość gospodarczą. Podobnie, co do wykazania podjęcia działań w celu zachowania poufności informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, POLREGIO – wg Odwołującego – skwitowało tę kwestię w dwóch zdaniach wskazujących, że stosuje klauzule zobowiązujące do zachowania poufności, które są przestrzegane przez pracowników i kontrahentów oraz w spółce wprowadzone są zabezpieczenia techniczne chroniące informacje przez dostępem osób nieuprawnionych, nie przedstawiło jednak ku temu żadnych dowodów.

Na rozprawie w dniu 4 i 8 października 2024 r. Odwołujący podkreślił, że obniżenie ceny o 128 mln zł ze strony POLREGIO dotyczy samych kosztów. W jego ocenie, z dowodu Odwołującego nr 1, przedstawionego na rozprawie dnia 4 października 2024 r. wynika, że POLREGIO mogło

wykazać oszczędność na poziomie max. 5 790 000 zł z tytułu przeglądu pojazdów SA 106. Zwrócił uwagę na niewystarczający jego zdaniem charakter udzielonych przez Przystępującego wyjaśnień z dnia 31 lipca 2024 r., do wyjaśnień nie zostały dołączone żadne prognozy i wyliczenia, nie dołączono dokumentu przeglądu systemu utrzymania pojazdu PS 106, dokumentu Analiza rezerwy taborowej, na którą powoływał się w toku postępowania odwoławczego, ani sprawozdań Przystępującego składanych poza postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiającemu, których treść uwzględniał on badając kwestie rażąco niskiej ceny. W tym kontekście wskazał, że twierdzenia

Przystępującego w toku postępowania odwoławczego są spóźnione w takim zakresie, w jakim nie zostały przedstawione w wyjaśnieniach w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. W zakresie dotyczącym kosztów utrzymania taboru wskazał, że jego zdaniem nie wydarzyło się nic szczególnego co by zaważyło na obniżeniu kosztów utrzymania, przeciwnie. Według Odwołującego, z ostatniego zdania na str. 1 załącznika nr 4 do dokumentacji zamówienia dotyczącej pierwszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pt. „Zasady obliczania Rekompensaty” wynika, że w pierwszym postępowaniu nie było limitów waloryzacji, więc okoliczności złożenia pierwszej oferty były względniejsze dla wykonawców. W kontekście wyliczeń Odwołującego, wyjaśnienia w zakresie obniżenia żądań strony społecznej nie wykazują obniżenia o 50%. Jego zdaniem, POLREGIO powinno przewidzieć wynikające z ustaleń zbiorowych kolejne wzrosty wynagrodzeń (o 800 zł oraz kwotę inflacji +5%). Wniósł o weryfikację, czy Przystępujący uwzględnił w wyjaśnieniach dodatkowe benefity płacowe i jak zostały skalkulowane oraz weryfikację, ilu pracowników przejdzie na emeryturę w 2025 r., skoro Przystępujący podnosił, że oszczędził na osobach, które przechodzą na emeryturę w 2024 r. – z uwagi na przesunięcie o rok startu kontraktu. Podkreślił, że przedmiotem wątpliwości była cena sprzedaży energii, a załączniki nr 17 i 18 do wyjaśnień Przystępującego z 31 lipca 2024 r. tego nie dotyczą. Zdaniem Odwołującego – w zakresie dotyczącym wyjaśnienia kosztów energii trakcyjnej, z dowodu nr 4 złożonego przez Odwołującego na rozprawie dnia 4 października 2024 r. wynika, że stawka opłaty mocowej oraz pozostałe opłaty dystrybucyjne nie powinny istotnie wpływać na różnicę w jednostkowym koszcie energii dla przewoźników o podobnym charakterze. Wskazuje w tym zakresie również na złożony na rozprawie dnia 4 października 2024 r., dowód nr 5, tj. opinie dr B. . Jego zdaniem, maksymalna oszczędność to w skali całego kontraktu 9 mln zł. W kontekście zarzutu dotyczącego bezzasadnego utajnienia zasadniczej części wyjaśnień, Odwołujący podniósł, że stanowią one dokumenty dotyczące prawa pracy, które pozostają jawne publicznie albo ich treść jest szeroko przytaczana. Z kolei, co do załącznika nr 11 – są to zestawienia historyczne, niemające aktualnie większego znaczenia. Na rozprawie, złożył fakturę na kwotę 3 600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

W odpowiedzi z dnia 26 września 2024 r. na odwołanie, Zamawiający wskazał, że uwzględni zarzut nr 1 w części, tj. w zakresie załączników nr 2, 3, 4a, 5, 6a, 6c, 7, 8, 9 do wyjaśnień

POLREGIO S.A. z dnia 31 lipca 2024 r. złożonych w toku prowadzonego postępowania, poprzez ich odtajnienie. Ponadto, w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego zgodnie z normami. W uzasadnieniu uwzględnienia odwołania w części, wskazał, że mające być odtajnionymi dokumenty są w istocie dokumentami publicznie dostępnymi. Pozostałe, nieodtajnione dokumenty, mają zdaniem Zamawiającego charakter tajemnicy przedsiębiorstwa, co wykazał jego zdaniem Przystępujący POLREGIO. Jak wskazało Województwo Podlaskie, „U podstaw odmowy odtajnienia żądanych przez Odwołującą zastrzeżonych informacji leży uzasadnienie zawarte w wyjaśnieniach wskazujące, iż informacje o tak dużym stopniu szczegółowości kalkulacji ceny mogą mieć wymierną wartość gospodarczą. Nie są to dane, które w prezentowanym w wyjaśnieniu zestawieniu są powszechnie znane czy też łatwo dostępne. (...) Nieuprawnione ujawnienie tych danych może istotnie wpływać na pozycję Przystępującego na rynku kolejowych przewozów pasażerskich. (...) krąg wykonawców na tego rodzaju rynku jest w zasadzie zamknięty i obejmuje swoim zakresem wyłącznie podmioty, które swoje oferty złożyły w niniejszym postępowaniu. Niewątpliwie zatem zastosowana kalkulacja zaproponowanych w ofercie wartości będzie wykorzystywana także i w innych postępowaniach, na co wskazuje Przystępujący. Kolejne tego rodzaju postępowanie w niedalekiej przyszłości zamierza bowiem ogłosić Województwo Warmińsko-Mazurskie.” Odnosząc się zaś do drugiego zarzutu odwołania, Zamawiający wskazał, iż w jego ocenie zaoferowana przez POLREGIO cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak również nie ma wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Jako zasadnicze uzasadnienie dla tej ceny ofertowej, Zamawiający przyjął fakt, że cena oferty POLREGIO, tj. 379 803 421,56 zł jest wyższa niż wartość szacunkowa obliczona przez Zamawiającego zgodnie z przepisami PZP, tj. 362 500 000 zł. Zamawiający powołał się również na fakt, że w sprawie o sygn. akt KIO 1940/24, Izba uznała zasadniczo za wiarygodne wyjaśnienia Przystępującego określające mechanizmy mające wpływ na obniżenie ceny oferty w zakresie kosztów działalności eksploatacyjnej i handlowej, zaś wyłącznie trzy komponenty kosztotwórcze wymagały wyjaśnienia, tj. koszty taboru (tj. ich wyliczenie i wskazanie ścieżki obniżenia ceny o wskazane wartości wynikające z faktu, iż naprawa z poziomu P4 nie będzie obciążała wykonawcy w ramach aktualnie zaoferowanej ceny, co pozwoliło na obniżenie stawki w stosunku do pierwotnych założeń), koszty drużyn trakcyjnych i konduktorskich (tj. wykazanie, że żądania strony społecznej udało się obniżyć o 50%, a także wyliczenia, że działania te umożliwiły obniżenie kosztów, wskazanie ilości pracowników, do której odnoszą się wskazane wartości) oraz koszty energii trakcyjnej (tj. wyjaśnienie, w jaki sposób Przystępujący zaoszczędził na kosztach energii trakcyjnej). W ocenie zaś Zamawiającego, złożone wyjaśnienia w odniesieniu

do każdej z wątpliwości zawierają szczegółowe wyjaśnienia, obrazujące sekwencję wyliczeń, które w konsekwencji doprowadziły do określenia wartości przedstawionych w Analizie wewnętrznej (objętej tajemnicą przedsiębiorstwa), a przedstawione w wyjaśnieniu dowody świadczą o tym, że koszty taboru, wynagrodzeń i energii zostały skalkulowane w sposób realny z uwzględnieniem wskaźników wzrostu. W efekcie, powyższe pozwoliło Zamawiającemu stwierdzić, że wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę jest możliwe do zrealizowania. Za istotną kwestię Województwo uznało fakt, że POLREGIO jest Operatorem aktualnie świadczącym tego rodzaju usługi na rzecz Województwa. W odniesieniu do argumentu odwołania dotyczącego wpływu ustalonego w dokumentach zamówienia wskaźnika waloryzacji na obniżenie stawki zaproponowanej w ofercie, Zamawiający podniósł, że wprowadzenie górnego limitu waloryzacji pozwoliło Wykonawcom w większym stopniu oszacować ryzyko zmian stawki za pociągokilometr. W efekcie, zdaniem Województwa, zaoferowana przez POLREGIO cena, jak i jej poszczególne elementy zapewniają ekonomiczną możliwość świadczenia usługi na odpowiednim poziomie i nie stanowią zaprzeczenia zasadom wynikającym z 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. Dodatkowo, w załączniku do protokołu rozprawy z dnia 4 października 2024 r. Zamawiający podniósł, iż Przystępujący od wielu lat funkcjonuje na rynku i jest uprawniony do podejmowania ryzyka lub przyjęcia założonej strategii biznesowej wg własnego, subiektywnego

przekonania również w zakresie prognoz kosztów „zewnętrznych”, zaś ocena Odwołującego w zakresie przyjętych przez Przystępującego wartości składających się na wycenę oferty pozostają subiektywne i wyrażają jedynie stanowisko Odwołującego. W zakresie odnoszącym się do zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia całości wyjaśnień wraz z załącznikami, Zamawiający podkreślił, iż co do części dokumentów, które były w posiadaniu Odwołującego, a które Zamawiający odtajnił w związku z uwzględnieniem odwołania – żądanie odwołania w tym zakresie było bezzasadne jako niespełniające przesłanek art. 505 ust. 1 PZP, tj. Odwołujący nie miał w tym zakresie interesu prawnego do wniesienia odwołania, skoro odtajnienie tej części wyjaśnień POLREGIO w żaden sposób nie zmieniło jego sytuacji. W pozostałym zakresie, Zamawiający prawidłowo jego zdaniem ocenił zastrzeżenie informacji, jako skuteczne, spełnione bowiem zostały przesłanki wynikające z definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 11 ust. 2 Uznk. W szczególności, skoro zbiór chronionych informacji powstał wyłącznie na potrzebę złożenia wyjaśnień, to trudno w ocenie Zamawiającego poszukiwać środków zapobiegawczych wdrażanych przez POLREGIO na wcześniejszych etapach. Podkreślił, że Odwołujący jest głównym albo nawet jedynym konkurentem POLREGIO na rynku, stąd zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą, że dają POLREGIO przewagę konkurencyjną. „Z całą pewnością ujawnienie tych informacji naraziłoby Przystępującego na straty czy kłopoty na tym konkretnym rynku zamówień.

Chociażby potencjalne ryzyko nieuzyskania zamówienia publicznego, co mogłoby nawet przełożyć się na dalsze funkcjonowanie Wykonawcy na rynku, co stanowi wartość niewymierną. Kontrakt o jaki walczą uczestnicy jest długoterminowy. Natomiast pojęcie wartości handlowej/gospodarczej należy interpretować szeroko.” Podniósł, że prawo do poufności przeważa nad prawem jawności.

Na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą podniósł dodatkowo, iż regulacja art. 224 ust. 1 PZP nie przekłada się na wąski rynek taborowych przewozów kolejowych, rolę grają tu czynniki indywidualne. Według Zamawiającego żadne z elementów, które nakazała wyjaśnić Izba w poprzednim wyroku nie pozostały niewyjaśnione. Jego zdaniem, ważne jest również, że poprzednie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało unieważnione z powodu przeszacowania ofert. Podkreślił, że Województwo ma wgląd w koszty POLREGIO, gdyż Spółka ta składa Zamawiającemu w tym zakresie sprawozdania. Stąd wynika, że za cenę ofertową POLREGIO można zrealizować umowę. Podkreślił, że pomoc publiczna, którą otrzymała spółka to wymóg otwarcia rynku na województwo podlaskie. Jest pierwszym województwem, które rozpoczęło konkurencyjne postępowania na zamówienia publiczne w tym zakresie. Ponadto, złożył spis kosztów na kwotę 3.600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika. Do postępowania odwoławczego wpłynęło zgłoszenie przystąpienia przez POLREGIO S.A. w Warszawie po stronie Zamawiającego. Wykonawca ten w piśmie procesowym z 2 października 2024 r. wniósł o oddalenie odwołania i obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego, w tym zasądzenie od Odwołującego na rzecz Przystępującego kosztów postępowania odwoławczego. W uzasadnieniu podniósł, że w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia toczyły się już postępowania odwoławcze, tj. w sprawach o sygn. KIO 496/24 i 499/24, a także w sprawie o sygn. KIO 1940/24, w ramach której Izba nie stwierdziła wykorzystywania przez Przystępującego pozycji dominującej, ani wpływu pomocy publicznej uzyskanej przez Przystępującego w poprzednich latach na złożoną w ofercie w niniejszym postępowaniu cenę. Podkreślił, że samo przyznanie Przystępującemu (poprzednio: Przewozy Regionalne sp. z o.o.) przez Komisję Europejską pomocy publicznej, zakończone wydaniem stosownej decyzji KE, świadczy o tym, że przyznana pomoc nie będzie wpływała na brak konkurencyjności świadczenia takich usług na rynku polskim oraz na wymianę handlową między państwami członkowskimi Unii Europejskiej. Wskazał, że obecna treść SWZ różni się znacząco od poprzedniej (przede wszystkim w obszarze pociągokilometrów), a różnice te miały znaczący wpływ na kalkulację oferty przez POLREGIO, przy czym wprowadzenie do przedmiotu zamówienia obsługi dodatkowej linii na trasie Białystok-Ostrołęka, zdaniem Przystępującego zostało przesądzone w wyroku o sygn. KIO 1940/24, gdzie Izba uznała za wiarygodne wyjaśnienia Przystępującego, iż zwiększenie pracy eksploatacyjnej, działa na jego korzyść – gdyż wysokość kosztów stałych rozkłada się na większą liczbę pociągokilometrów, za które wykonawca otrzymuje rekompensatę, a to przekłada się na możliwość obniżenia

stawki. W zakresie uzyskania zysku, POLREGIO podniosła, że przewidziała określony bufor umożliwiający jej reakcję na zmiany określonych kosztów realizacji usługi na rzecz Zamawiającego, ponadto, kwestia rozsądnego zysku także była już przedmiotem rozważań Izby, która w orzeczeniu o sygn. akt KIO 1940/24 uznała, że wskazana przez POLREGIO wysokość rekompensaty stanowi element jego strategii biznesowej i jako taka nie powinna być kwestionowana. POLREGIO podkreślił, że spośród uzasadnienia przedstawionych w toku postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1940/24 11 elementów składających się na cenę ofertową, tj. 1) przychody; 2) koszty taboru; 3) koszty druzżyn trakcyjnych, konduktorskich; 4) koszty działalności eksploatacyjnej i handlowej; 5) energia trakcyjna; 6) paliwo trakcyjne; 7) dostęp do linii kolejowych; 8) opłata za dostęp do stacji pasażerskich OIU; 9) koszty zarządzania, rozsądnego zysk i pozostałe koszty; 10) praca eksploatacyjna i 11) waloryzacja, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 1940/24 uznała za uzasadnione 8 elementów składających się na stawkę przedstawioną przez POLREGIO w Postępowaniu Zamawiającego, zaś jedynie co do 3 elementów, tj. wysokości utrzymania kosztów taboru, wysokość kosztów druzżyn trakcyjnych, konduktorskich oraz wysokość kosztów energii trakcyjnej, uznała, że konieczne jest ich pełniejsze wyjaśnienie. Odnosząc się do zarzutów odwołania dotyczących utajnienia wyjaśnień POLREGIO podtrzymał stanowisko, iż treść wyjaśnień Przystępującego z 31 lipca 2024 r. przedstawiona na stronach 2-21 oraz załączniki do wyjaśnień o numerach 1a, 1b, 1c, 2, 3, 4a, 4b, 5, 6a, 6b, 6c, 7, 8, 8a, 9, 9a, 10 i 13 powinny zostać zastrzeżone jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa. Co do załączników 1a, 1b i 1c, tj. wstępnych ofert CSI INVEST sp. z o.o., PESA Mińsk Mazowiecki S.A. i PTS sp. z o.o. wyjaśnił, iż „(...) dokumenty te w szczególnym zestawieniu z innymi dokumentami i informacjami zawartymi w treści wyjaśnień (m.in. szczegółowymi kalkulacjami kosztów) obrazują informacje o źródłach dostaw, cen usług, usług podwykonawczych i materiałów, jakie są oferowane Przystępującemu. Takie dane zaś stanowią informacje dotyczącą znaczącej części kosztów niezbędnych do prowadzenia działalności gospodarczej. Owo szczególne zestawienie stanowi zatem element metodologii konstruowania oferty, a zarazem gotowe rozwiązanie możliwe do wykorzystania w biznesplanie podmiotu konkurencyjnego, z pominięciem czasochłonnego badania jego opracowania. (...) podmioty konkurencyjne będą mogły łatwiej, a jednocześnie precyzyjniej szacować wartość zamówień i zakupów z pominięciem czasochłonnego badania rynku napraw taboru kolejowego.” Z kolei, co do załączników nr 2, 4a,

6a, 6c, 7, 8, 9, 4b, i 6b to POLREGIO podniósł, iż nie miał wpływu na publikację tych załączników na stronach internetowych Związków Zawodowych. Wskazał ponadto, że załączniki do wyjaśnień Przystępującego o numerach 2, 3, 4a, 4b, 5, 6a, 6b, 6c, 7, 8, 8a, 9, 9a, 10 i 13 nabywają dodatkowej wartości gospodarczej w kontekście ich zaprezentowania w szczególnym zestawieniu – zwłaszcza z ujednoliconym tekstem Zakładowego Układu Zbiorowego Pracy (dalej jako: „ZUZP”) dla pracowników zatrudnionych w POLREGIO, gdyż: „W tymże zestawieniu załączniki te stanowią

element całokształtu dokumentacji o charakterze finansowym i organizacyjnym i mają dla POLREGIO wartość gospodarczą. Przedmiotowe załączniki obrazują m.in. całokształt przebiegu procesu dialogu społecznego i sporu zbiorowego pomiędzy POLREGIO a związkami zawodowymi dotyczącymi podwyżek dla pracowników Przystępującego zatrudnionych w oparciu o ZUZP. Na podstawie tychże dokumentów, zestawiając je z brzmieniem jednolitym ZUZP oraz protokołami dodatkowymi oraz jawną informacją dotyczącą liczby osób zatrudnionych, można oszacować koszty przewoźnika – jako pracodawcy – a wynikające z zatrudnienia pracowników, jak również z pewną dokładnością oszacować stawki proponowane obecnie pracownikom Przystępującego zatrudnionym na konkretnych stanowiskach.” Ujawnienie w ten sposób polityki kadrowej POLREGIO, zdaniem Przystępującego jest możliwe do wykorzystania przy przygotowaniu ofert konkurencyjnych w przyszłych postępowaniach na świadczenie usług publicznych w kolejowym transporcie pasażerskim) i stwarza potencjalnie możliwość przejęcia pracowników przez konkurencję. Powołał się na ogłoszenia o planach zakupów, z których wynika, że w latach 2025-2028 planowane jest ogłoszenie postępowań o udzielenie zamówienia w zakresie świadczenia usług publicznych w publicznym transporcie zbiorowym w kolejowych przewozach pasażerskich na obszarze województw: podkarpackiego, małopolskiego, pomorskiego, warmińsko-mazurskiego, łódzkiego. POLREGIO wnioskuje, że działania Odwołującego zmierzające do odtajnienia wyjaśnień POLREGIO w zakresie rażąco niskiej ceny, mają na celu poznanie unikalnego know-how w zakresie szacowania kosztów, które POLREGIO budowała przez lata doświadczeń prowadzenia przewozów kolejowych trakcją elektryczną i przygotowanie się Odwołującego do kolejnych przetargów w oparciu o wykorzystanie unikalnej metodyki szacowania kosztów Przystępującego. Podniósł, że w POLREGIO wdrożona została „Procedura klasyfikacji informacji, tajemnicy przedsiębiorstwa oraz postępowania z informacjami oraz zarządzania nośnikami”, zaś w umowach z zewnętrznymi kontrahentami POLREGIO stosuje rozbudowane klauzule zobowiązujące strony tych umów do zachowania poufności.

Na rozprawie POLREGIO oświadczył, że nie zgłasza sprzeciwu co do częściowego uwzględnienia zarzutu nr 1 odwołania przez Zamawiającego. POLREGIO wyjaśnił dodatkowo, że zna koszty, gdyż realizuje przedmiotowe usługi od wielu lat. Podkreślił, że istotne w sprawie jest, że Izba w poprzednim postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1940/24 uznała, że Przystępujący co do 8 z 11 pozycji kosztowych uzasadnił cenę ofertową. Wyjaśnił również w odpowiedzi na argumentację Odwołującego, iż nie lista załączników decyduje o wartości merytorycznej wyjaśnień, lecz zawartość wyjaśnień, w ramach których umieszczono kalkulacje, analizy, dane, symulacje i zaprzeczył jednoznacznie jakoby pismo procesowe POLREGIO w odpowiedzi na odwołanie uzupełniało wyjaśnienia. Wskazał, że w pierwszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w tożsamym przedmiocie, próg waloryzacji określało Rozporządzenie (WE) 1370/2007, ponadto jego zdaniem kwestia waloryzacji została już przez

Krajową Izbę Odwoławczą rozstrzygnięta w poprzednim wyroku. Wyjaśnił, iż Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień nie żądał informacji o odejściach na emeryturę. Podkreślił również, że POLREGIO nie miało wyjaśnić całej różnicy pomiędzy dwiema ofertami, skoro część czynników została uznana przez Izbę za wyjaśnione. Złożył spis kosztów na kwotę 3.600 zł brutto tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony wpis od odwołania w wymaganej wysokości. Izba stwierdziła ponadto, że odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.

Postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu – w oparciu o art. 522 ust. 4 PZP – w części co do zarzutu nr 1, w zakresie odnoszącym się do załączników nr 2, 3, 4a, 5, 6a, 6c, 7, 8, 9 do wyjaśnień POLREGIO S.A. z dnia 31 lipca 2024 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił bowiem ww. zarzut w tej części, zaś POLREGIO nie wniósł sprzeciwu.

Izba uznała, że Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, bowiem posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Jak wskazał Odwołujący, jego oferta jest jedyną ofertą złożoną w niniejszym postępowaniu obok oferty POLREGIO. Izba ustaliła, że w postępowaniu wpłynęły dwie oferty, w tym: oferta Odwołującego z ceną brutto 443.919.559,13 zł oraz oferta POLREGIO z ceną brutto 379.803.421,56 zł. Zgodnie z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 5 września 2024 r., oferta złożona przez Odwołującego znajduje się na drugim miejscu rankingu ofert pod kątem ceny – z punktacją 85,56 zł, za najkorzystniejszą została zaś uznana oferta POLREGIO – z punktacją 100 pkt. Stąd, w wyniku działań i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę, rozumianą – jak to słusznie przedstawił Odwołujący, jako utrata możliwości pozyskania zamówienia publicznego, utraty przychodów i zysku z tytułu jego wykonywania. Tym samym, spełnione są przesłanki materialnoprawne skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, wynikające z art. 505 PZP. Na marginesie należy zaznaczyć, że Izba nie podzieliła poglądu Odwołującego, iż jako przesłankę interesu we wniesieniu odwołania w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów należy uznać również stratę Odwołującego w postaci poniesienia kosztów uczestnictwa w postępowaniu. Odwołujący nie wykazał, by szkoda ta pozostawała w związku przyczynowo-skutkowym z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby, adekwatnym, normalnym, bezpośrednim następstwem naruszenia przez Zamawiającego procedury wynikającej z PZP nie jest konieczność poniesienia kosztów złożenia oferty w postępowaniu, zwłaszcza, że koszty te zostały poniesione przed zarzucanym naruszeniem. Nadmienić należy, że Zamawiający nie przewidywał

zwrotu kosztów udziału w postępowaniu (Rozdział XIII pkt 18 SWZ).

Do niniejszego postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego – skutecznie przystąpił POLREGIO S.A. w Warszawie.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług publicznych w zakresie wojewódzkich kolejowych przewozów pasażerskich. Szczegółowy opis oraz sposób realizacji zamówienia został zawarty w Opisie Przedmiotu Zamówienia, stanowiącym Załącznik nr 1 (dalej jako: „OPZ”), projekcie Dokumentacji Systemu Utrzymania pojazdów, stanowiącym Załącznik nr 1a, danych historycznych dotyczących przychodów i liczby pasażerów na liniach związanych z zamówieniem oraz dotyczących eksploatowanego taboru, stanowiących Załącznik nr 1b i 1c do SWZ.

W OPZ, Zamawiający przewidział, m.in. linie komunikacyjne, na których będzie odbywać się świadczenie usług kolejowych wojewódzkich przewozów pasażerskich, podaną w pociągokilometrach, planowaną minimalną i maksymalną pracę eksploatacyjną w kolejowych przewozach pasażerskich w okresie obowiązywania Umowy.

Termin realizacji zamówienia, zgodnie z pkt VI SWZ, to 1 stycznia 2025 r. – 31 grudnia 2029 r. W świetle pkt XIV SWZ, wykonawca ma podać cenę za realizację przedmiotu zamówienia zgodnie ze wzorem Formularza oferty, stanowiącym Załącznik nr 3 do SWZ.

Opis przedmiotu zamówienia został określony również w projekcie umowy, który stanowi załącznik nr 2 do SWZ.

W świetle pkt 4.5.3 projektu Umowy, Organizator udostępnia 17 sztuk jednostek taborowych niezbędnych do realizacji Przewozów, które zostaną wydierżawione Operatorowi na zasadach określonych w Umowie dzierżawy taboru Organizatora, która stanowi Załącznik nr 14 do Umowy.

W pkt 5 projektu umowy wskazano, że w okresie obowiązywania Umowy Organizator będzie przekazywał Operatorowi Rekompensatę Finansową z tytułu realizacji Przewozów w kolejnych Okresach Rozliczeniowych na zasadach określonych w Umowie. Rekompensatę Finansową należną Operatorowi oblicza się według wzoru określonego w Załączniku nr 2 (pkt 5.2.3 projektu Umowy). W świetle pkt 5.3.3 projektu Umowy, koszty ponoszone są w całości przez Operatora. Operator jako profesjonalista posiadający doświadczenie w realizacji podobnych umów ponosi odpowiedzialność za odpowiednie skalkulowanie przewidywanych kosztów, w tym prawdopodobnej dynamiki ich zmiany w kolejnych Okresach Rozliczeniowych, co Operator powinien być na swoje ryzyko i odpowiedzialność uwzględnić w Ofercie. Operator powinien też uwzględnić, że jedynym przewidzianym umownie mechanizmem dostosowywania wysokości Rekompensaty za Pociągokilometr do zmian poziomu kosztów jest Waloryzacja. Poszczególne kategorie kosztów, szczegółowe zasady i sposób obliczania Rekompensaty Finansowej, a także kwalifikacji określonych kategorii przysporzeń do Przychodów określone są w Załączniku nr 4. Zgodnie z pkt 5.5.1 projektu Umowy, Rekompensata Finansowa jest wypłacana w

miesięcznych Transzach w wysokości stanowiącej iloczyn Rekompensaty za Pociągokilometr oraz wykonanej w danym miesiącu Pracy Eksploatacyjnej, jednak nie wyższej niż określona w Rocznym Planie Finansowym.

Z Załącznika nr 4 do projektu Umowy, z kolei wynika, że biorąc pod uwagę art. 4 ust. 1 lit. b pkt (ii) Rozporządzenia 1370/2007 dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylającego rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70, ze względu na obowiązek zachowania konkurencyjności i przejrzystości w ramach postępowania a także porównywalności ofert, przy jednoczesnym zabezpieczeniu stabilności budżetowej Organizatora oraz określeniu z góry mechanizmu wyliczania wynagrodzenia według konkretnych zasad, zasadniczym parametrem określającym wysokość należnego Operatorowi świadczenia jest Rekompensata za Pociągokilometr, jaką Operator przedstawił w Ofercie. Rekompensata za Pociągokilometr uwzględnia całość osiąganą przez Operatora korzyści ekonomicznej w związku z realizacją Przewozów. Określając oferowaną Rekompensatę za Pociągokilometr Operator był zobowiązany do uwzględnienia wszystkich ryzyk, które są lub powinny być mu znane, jako podmiotowi dysponującemu doświadczeniem w realizacji podobnych usług, a także powinna obejmować satysfakcjonujący Operatora zysk z prowadzonej działalności gospodarczej. Zastosowanie do rozliczeń z Operatorem Rekompensaty za Pociągokilometr, jako wskaźnika określonego na podstawie porównania konkurencyjnych ofert, spełnia przy tym warunek rynkowości i braku nadmiernego wynagrodzenia Operatora. Rekompensata za Pociągokilometr obejmuje trzy komponenty: Przychody za Pociągokilometr (których poziom gwarantuje Organizator), Koszt na Pociągokilometr oraz Różnicę zysku na Pociągokilometr. Przychody są osiągane przez Operatora. Wysokość Przychodów jest prognozowana ex ante co uwiadamiają dane zawarte w Załączniku nr 2 do projektu Umowy i podlega weryfikacji ex post podczas corocznego audytu w oparciu o wartości rzeczywiste. Kategorie Przychodów i sposób ich kwalifikacji w ramach Umowy szczegółowo opisano w pkt 2. Operator jest zobowiązany do osiągania Przychodów w sposób efektywny oraz dążenia do ich maksymalizacji. W związku z tym, stosownie do pkt 5.3.6 głównej części Umowy Operator jest zobowiązany – poza wymienionymi w przywołanym pkt wyjątkami – do osiągania Przychodów w wysokości gwarantowanej przez Organizatora i określonej w Załączniku nr 2. Mechanizmem, który ma zabezpieczyć obie Strony przed skutkami zmieniających się w czasie kosztów realizacji Przewozów jest Waloryzacja, której mechanizm został szczegółowo opisany w pkt 6 poniżej. Przyjęte w ramach Waloryzacji parametry odpowiadają tendencjom zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy. Mechanizm Waloryzacji został ukształtowany w oparciu o parametry obiektywne, znane z góry i niezależne od obu Stron. Zastosowanie Waloryzacji będzie możliwe już od drugiego Okresu Rozliczeniowego, co wydaje się szczególnie istotne wobec istniejących obecnie na rynku tendencji do dynamicznych zmian cen. Tym samym Operator nie jest

narażony na ryzyko, że zastosowanie z góry określonej i niemożliwej do zmiany przez cały Okres Realizacji Przewozów Rekompensaty za Pociągokilometr spowoduje po jego stronie deficyt ekonomiczny, którego nie mógł przewidzieć na

etapie składania Oferty. W celu wyeliminowania konieczności dokonywania przez Strony korekt w sytuacjach bagatelnych, Waloryzacja będzie stosowana tylko wtedy, gdy Roczny Wskaźnik Waloryzacji przekroczy 1 % i do maksymalnego poziomu 4,9 %. W punkcie 3 Załącznika nr 4 do Umowy wskazano, że Operator winien uwzględnić następujące koszty związane z realizacją usług objętych Umową o świadczenie usług publicznych:

- 1) Koszty dostępu do Infrastruktury związane z przejazdem, postojem

i zatrzymaniem pociągu,

- 2) Koszty energii trakcyjnej, jeśli wystąpią,
- 3) Koszty zużycia paliwa,
- 4) Koszty obsługi trakcyjnej,
- 5) Koszty obsługi konduktorskiej,
- 6) Koszty dostępu do stacji pasażerskich,
- 7) Koszty utrzymania infrastruktury technicznej,
- 8) Koszty utrzymania, napraw i eksploatacji Taboru,
- 9) Koszty dzierżawy Taboru,
- 10) Koszty działalności handlowej, w tym:

- a) Koszty sprzedaży własnej, w tym takie koszty osobowe, koszty najmu

i utrzymania pomieszczeń, konwoju gotówki, eksploatacji i utrzymania systemów sprzedaży;

- b) Koszty prowizji za sprzedaż biletów dla agentów i inne koszty związane ze sprzedażą agencyjną;
- c) Koszty obsługi pasażera, w tym koszt informacji podróżnych (bezpośrednia

w punktach informacyjnych, telefoniczna, wizualna, megafonowa, internetowa);

- d) inne koszty handlowe,

- 11) Koszty ogólnego zarządu,

- 12) Koszty finansowe, dotyczące wykonywania Usług, w tym w szczególności:

- a) Koszty odsetek oraz prowizji związanych z pozyskaniem i obsługą finansowania zewnętrznego na potrzeby zakupów inwestycyjnych do realizacji Przewozów;
- b) Koszty odsetek oraz prowizji związanych z pozyskaniem i

obsługą finansowania zewnętrznego na potrzeby zakupów inwestycyjnych powiązanych pośrednio z realizacją Przewozów;

- c) Koszty odsetek oraz prowizji związanych z pozyskaniem i obsługą zewnętrznych środków na potrzeby finansowania obrotowego;

- d) inne koszty finansowe związane z wykonywaniem Usług;

- 13) Koszty komunikacji zastępczej,

- 14) Inne Koszty, których poniesienie jest konieczne do wykonywania Usług, w tym m.in. pozostałe koszty operacyjne związane z wykonywaniem Usług.

W punkcie 4 pt. Rozsądny zysk, podano, że Operator może naliczyć rozsądny zysk zgodnie z obowiązującymi przepisami i wykazuje go w formularzu ofertowym, jako wysokość rozsądnego zysku na Pociągokilometr oraz w załączniku nr 6 Rocznym Planie Finansowym.

Zgodnie z pkt 14 Załącznika nr 9 do Umowy pt. Parametry jakościowe przewozów, Operator zobowiązany jest do utrzymania odpowiedniej rezerwy taborowej umożliwiającej realizację zleconych przewozów w sposób nieprzerwany podczas koniecznych do przeprowadzenia przeglądów i napraw wykorzystywanych pojazdów kolejowych.

Załącznik nr 14 do Umowy stanowi projekt Umowy dzierżawy, której przedmiotem jest oddanie przez Zamawiającego na rzecz wykonawcy w dzierżawę wskazanych w § 1 Umowy

siedemnastu kolejowych pojazdów szynowych za określonym czynszem. Zgodnie z § 3 ust. 4 projektu Umowy:

„Dzierżawca jest zobowiązany do zapewnienia przeprowadzenia przeglądów i napraw Pojazdów do 4 poziomu utrzymania pojazdu kolejowego, zgodnie z Dokumentacją Systemu Utrzymania (DSU) w zakresie nieobjętym gwarancją producenta/ wykonawcy. Utrzymanie pojazdów w poziomie P4-P5 leży po stronie Wydierżawiającego. Wydierżawiający zastrzega sobie możliwość przekazania obowiązku wykonania naprawy w poziomie P4-P5 Dzierżawcy w ramach oddzielnej umowy. Dzierżawca uzgadnia dodatkowe czynności naprawcze Pojazdów niewskazane w DSU oraz dokumentację z tym związaną z Wydierżawiającym. Koszt przeglądów i napraw do 4 poziomu utrzymania w całości obciąża Dzierżawcę. Wydierżawiający zastrzega sobie prawo do kontroli przez swoich przedstawicieli stanu Pojazdu, procesu prowadzonych napraw, czynności odbiorczych i utrzymania.”

Pismem z dnia 20 stycznia 2024 r., Województwo Podlaskie udostępniło wykonawcom Analizę dostępności taboru. Jednocześnie, pismem skierowanym do ARRIVA RP, w odpowiedzi na wniosek z dnia 5 lutego 2024 r., Województwo poinformowało, że szacowanie wartości zamówienia zostało wykonane w oparciu o art. 35 PZP, z uwzględnieniem najniższej oferty złożonej w unieważnionym postępowaniu na świadczenie usług publicznych w zakresie wojewódzkich kolejowych przewozów pasażerskich, ogłoszonym w związku z rozporządzeniem

(WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczącym usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylającym rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70. Przy szacowaniu wzięto pod uwagę wartość zobowiązania oferty przewozowej planowanej do realizacji przez obecnego operatora, Spółkę POLREGIO w 2024 r. oraz oferty przewozowej porównywalnego okresu 12 miesięcy, złożonej ww. postępowaniu przez Spółkę ARRIVA RP. W wyniku dokonania analizy obu ofert dokonano oszacowania potencjalnej wartości zobowiązania na okres 12 miesięcy i docelowo okresu występującego w prowadzonym postępowaniu.

Dnia 2 stycznia 2024 r. Województwo zawiadomiło o unieważnieniu postępowania pn. „Świadczenie usług publicznych w zakresie wojewódzkich kolejowych przewozów pasażerskich” z uwagi na fakt, że cena najkorzystniejszej oferta, jaka wpłynęła w ówczesnym postępowaniu przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Wówczas, POLREGIO zaoferowało cenę 498.543.158,09 zł. Postępowanie to było prowadzone na podstawie art. 70¹ Kodeksu cywilnego w związku z rozporządzeniem (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczącym usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylającym rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawach o sygn. akt KIO 496/24 oraz KIO 499/24, wyrokiem z dnia 5 marca 2024 r. nakazała Zamawiającemu: 1) oznaczenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług następującego przynajmniej 12 miesięcy od podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, 2) oznaczenie okresu świadczenia usług jako 60 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług, 3) wykreślenia z postanowienia ust. 8 Załącznika nr 9 do Umowy, której wzór stanowi Załącznik nr 2 do SWZ tj. Parametry jakościowe przewozów, nakazu dotyczącego dysponowania taborami rezerwowym nie starszym niż 20 lat, 4) wydłużenie terminu składania ofert o 30 dni od dnia wprowadzenia i publikacji zmian dokumentów zamówienia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, 5) ustalenie limitu Roczno Wskaźnika Waloryzacji na poziomie co najmniej 20%.

Dnia 26 marca 2024 r., w odpowiedzi na pytanie nr 37 do SWZ, o treści: „Wnosimy o zmianę terminu realizacji zamówienia z 1 stycznia 2025 r. – 31 grudnia 2029 r. na oznaczenie terminu rozpoczęcia usług z uwzględnieniem koniecznego okresu mobilizacji tj. następującego przynajmniej 12 miesięcy od podpisania Umowy oraz oznaczenie okresu świadczenia usług jako 60 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług. W niniejszym Postępowaniu postawiony wymóg rozpoczęcia usług od 1 stycznia 2025 r. de facto całkowicie eliminuje konkurencję, co jest sprzeczne z ideą otwartości do rynku, zasadami opisywania przedmiotu w sposób sprawiedliwy i przejrzysty oraz jest działaniem contra legem. Jedynym podmiotem z rynku, który będzie w stanie rozpocząć usługi w tym terminie jest dotychczasowy przewoźnik spółka

Polregio S.A. Należy dodatkowo dodać, że w poprzednim postępowaniu przetargowym organizowanym przez Województwo Podlaskie, unieważnionym z powodu przekroczenia kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (kwota podana przez Zamawiającego po otwarciu ofert: 367 755 377,00 zł) Arriva RP Sp. z o.o. złożyła najkorzystniejszą ofertę: 439 759 877,39 zł, oferta Polregio S.A. była znacząco droższa: 498 543 148,09 zł. Zamawiający unieważnił to postępowanie i rozpiął nowe niniejsze Postępowanie eliminując całkowicie konkurencję poprzez postawienie nierealnego do dotrzymania przez żaden inny podmiot z rynku niż dotychczasowy przewoźnik (Polregio), co nie może być akceptowane. Data rozpoczęcia świadczenia usług stycznia 2025r. jest nierealna i niemożliwa do dotrzymania dla jakiegokolwiek wykonawcy oprócz dotychczasowego operatora - Polregio S.A. - biorąc pod uwagę zakres obowiązków i wymagań nakładanych na wykonawców i czas potrzebny do przygotowania się do świadczenia usług oraz możliwą długość postępowania przetargowego. Zgodnie z wytycznymi KE do Rozporządzenia 1370/2007 w celu zapewnienia potencjalnym oferentom sprawiedliwych i równych szans należy przewidzieć odpowiedni i racjonalny okres czasu między wszczęciem procedury przetargowej i terminem składania ofert, a także między wszczęciem procedury przetargowej i terminem, w którym rozpocząć się ma świadczenie usług transportowych”, Zamawiający odpowiedział: „Zamawiający informuję, że zmodyfikował termin rozpoczęcia realizacji usługi. Zmiany zostały wprowadzone w dokumentacji przetargowej.”

W odpowiedzi na pytanie nr 40, o treści: „Wnosimy o wykreślenie ograniczenia waloryzacji poziomu Roczno Wskaźnika Waloryzacji do 4,9 %, ewentualnie zmianę zapisu w celu określenia maksymalnego wzrostu Kosztu dla Zamawiającego poprzez ustalenie limitu 20%; względnie w inny sposób zapewniający zgodność z przepisami Pzp. W załącznik nr 4 do Umowy w pkt. 1 jest zapis: „W celu wyeliminowania konieczności dokonywania przez Strony korekt w sytuacjach bagatelnych, Waloryzacja będzie stosowana tylko wtedy, gdy Roczny Wskaźnik Waloryzacji przekroczy 1% i do maksymalnego poziomu 4,9%”. Ograniczenie waloryzacji do poziomu Roczno Wskaźnika Waloryzacji do 4,9 % rodzi ogromne, niewspółmierne i nieproporcjonalne ryzyko dla Operatora niemożliwe do skalkulowania w ofercie oraz

naruszające równowagę kontraktową stron i skutkujące nieporównywalnością ofert. Nie jest to zdecydowanie sytuacja bagatelna. Przyjęcie limitu 1% - 4,9 % ani nie odnosi się do sytuacji bagatelnych, jak sugeruje Zamawiający, ani nie jest zgodne z ww. podejściem mającym na celu niedopuszczenie do deficytu ekonomicznego po stronie wykonawcy. Zachowanie ww. limitu skutkuje ogromnym ryzykiem straty po stronie Operatora, której to straty nie sposób będzie odrobić w kolejnych latach realizacji usług z uwagi na trwałe zmniejszenie stawki w stosunku do pełnej waloryzacji, a która to stawka będzie również podstawą do kolejnej waloryzacji. Nie jest to więc jednorazowa, jednoroczna strata dla Operatora, ale ma wpływ na kolejne lata, zaniżając rekompensatę w sposób ciągły i zwiększając stratę co roku przez kolejne waloryzacje.

Jednocześnie Operator podlega sytuacji rynkowej i nie ma możliwości wpływu na zmiany cen na rynku a ty samym wysokość rzeczywistej inflacji, cena paliwa czy wzrost wynagrodzeń Limit 4,9% stanowi ryzyko, które nawet z najlepszą należytą starannością Wykonawca nie jest stanie oszacować w ofercie i stanowi nadużycie ze strony Zamawiającego w kształtowaniu zapisów umownych, zwłaszcza w kontekście doświadczeń z ostatnich lat (pandemia COVID-19, wojna na Ukrainie, konflikt izraelsko – palestyński) i obecnej sytuacji politycznej. Okoliczności te mają ogromny wpływ na inflację, ale jeszcze większy na poziom cen paliw i energii. Koszt paliwa w kosztach operatora to aż 25%.”, Zamawiający wskazał, iż: „Zamawiający informuję, że zmodyfikował zapis w tym zakresie poprzez rozszerzenie limitu waloryzacji. Zmiany zostały wprowadzone w dokumentacji przetargowej”. Jednocześnie, w tym samym dniu, Zamawiający poinformował o zmianach w SWZ, w szczególności w zakresie terminu rozpoczęcia świadczenia usługi, określonym w Rozdziale VI, zgodnie z którym, wg nowego brzmienia: „Termin rozpoczęcia świadczenia usługi nastąpi po co najmniej 12 miesiącach po podpisaniu umowy i nie wcześniej niż od dnia 1 stycznia 2026 r. Okres świadczenia usługi określa się na 60 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usługi.” oraz wynikających stąd zmianach OPZ. W terminie składania ofert, w postępowaniu wpłynęły dwie oferty: oferta Odwołującego z ceną brutto 443.919.559,13 zł oraz oferta POLREGIO z ceną brutto 379.803.421,56 zł.

Zawiadomieniem z dnia 23 maja 2024 r. Województwo Podlaskie poinformowało wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty POLREGIO. Żadna z ofert nie podlegała odrzuceniu.

Wyrokiem z dnia 25 czerwca 2024 r., sygn. KIO 1940/24, Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne badania i oceny ofert, w tym wezwanie POLREGIO do złożenia wyjaśnień i dowodów, w zakresie wyliczenia ceny i lub kosztu, w tym ich istotnych części składowych zamówienia dla elementów, tj.: i) kosztów taboru – w zakresie wyliczenia i wskazania ścieżki dlaczego dało to możliwość obniżenia ceny o konkretnie wskazane kwoty; ii) kosztów drużyn trakcyjnych, konduktorskich – w zakresie wykazania, że żądania Strony Społecznej udało się obniżyć o 50% i wynosi ona kwotę wskazywaną na stronie 6 analizy oraz, że działania te umożliwiły obniżenie kosztów o przywołane w analizie kwoty, a nadto w zakresie ustalenia liczby pracowników, do której odnoszą się powyższe założenia z uwzględnieniem kwestii związanych z wynagrodzeniami pracowników, liczby pracowników koniecznych do wykonania przedmiotu zamówienia, norm czasu pracy obowiązujących w Spółce Przystępującego, dodatkowych elementów wynagrodzenia przysługujących pracownikom Przystępującego, a także symulacji wzrostu wynagrodzeń w następnych latach; iii) kosztów energii trakcyjnej i paliw – w tym zakresie Izba uznała, że konieczne jest wyjaśnienie sposobu, w jaki POLREGIO udało się obniżyć koszty w stosunku do pierwszej z ofert. Ponadto, Izba uznała, że wprowadzenie górnego limitu waloryzacji – w ramach drugiego postępowania o udzielenie zamówienia -pozwoliło wykonawcom w większym stopniu oszacować ryzyko zmian dla stawki za

pociągokilometr, tym samym wykonawcy zyskali niejako pewność, że w przypadku istotnych zmian i wahań różnych czynników cenotwórczych prawdopodobieństwo otrzymania zwaloryzowanej stawki jest większe niż w przypadku, gdy każdorazowo musieliby przeprowadzić skomplikowany proces wykazania wpływu zmian by wyższą stawkę uzyskać. W ocenie Izby, nie sposób zaś czynić POLREGIO zarzutu, że przyjął taki a nie inny zysk, skoro nie istnieje uniwersalny sposób szacowania tego elementu ceny. W pozostałym zakresie, Izba uznała za wiarygodne i niewymagające dalszego badania wyjaśnienia POLREGIO odnoszące się do składających się na cenę: kosztów działalności eksploatacyjnej i handlowej, kosztów dostępu do linii kolejowych i opłat za dostęp do stacji pasażerskich, pozostałych kosztów, założeń odnoszących się do waloryzacji, rozsądnego zysku.

Wykonując ww. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty POLREGIO i pismem z dnia 23 lipca 2024 r. wezwał POLREGIO do złożenia szczegółowych wyjaśnień w tym dowodów, w zakresie wyliczenia ceny i/ lub kosztu, w tym ich istotnych części składowych zamówienia w zakresie: 1) Kosztów taboru – w tej części Zamawiający zwrócił się o trzy kwestie: doprecyzowanie i złożenie dodatkowych wyjaśnień w zakresie kosztów związanych z utrzymaniem taboru (w tym kosztów przeglądów od P1 do P3), przedłożenie symulacji kształtowania się kosztów taboru w okresie realizacji umowy i porównanie oferty wstępnej z zaproponowaną i pokazanie, w jakich konkretnie obszarach nastąpiła obniżka kosztów; 2) Kosztów drużyn trakcyjnych, konduktorskich – tutaj Zamawiający wskazał, iż brakuje dowodów, że żądania Strony Społecznej udało się obniżyć o 50% i wynosi ona kwotę wskazywaną na stronie 6 analizy oraz brakujące także wyliczeń, że działania te umożliwiły obniżenie kosztów o przywołane w analizie kwoty. Zwrócił się o wskazanie do jakiej ilości pracowników odnoszą się te założenia i wyjaśnienie kwestii obniżenia kosztów z uwzględnieniem kwestii związanych z wynagrodzeniem pracowników, niezbędną liczbą pracowników koniecznych do wykonania przedmiotu zamówienia, norm czasu pracy, dodatkowych elementów wynagrodzenia przysługujących pracownikom. Zwrócił się także o symulację wzrostu wynagrodzeń w następnych latach, 3) Kosztów energii trakcyjnej – w odniesieniu do tego elementu, Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie sposobu obniżenia kosztów w stosunku do pierwszej z ofert.

POLREGIO nadesłał wymagane przez Zamawiającego wyjaśnienia dnia 31 lipca 2024 r., jednocześnie zastrzegając, że przedstawione w wyjaśnieniach informacje na stronach 2-21 – oznaczone przez wykonawcę – oraz załączniki o numerach 1a, 1b, 1c, 2, 3, 4a, 4b, 5, 6a, 6b, 6c, 7, 8, 8a, 9, 9a, 10 i 13 stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy.

Zaczynając od kwestii ogólnych wskazał, że na zmianę wielkości finansowych oferty wpłynęły m.in. zmiana przez Organizatora okresu realizacji zamówienia, zwiększenie przez Organizatora pracy eksploatacyjnej w ramach realizacji umowy o świadczenie usług publicznych, wprowadzenie przez Organizatora znacznie wyższego górnego limitu waloryzacji stawki za pociągokilometr

(było do 4,9%, jest do 20%), zawarcie przez Spółkę Porozumienia ze związkami zawodowymi w ramach sporu zbiorowego odnośnie wynagrodzeń (odstąpienie przez stronę społeczną od podwyżek w 2024 roku i wprowadzenie indeksacji od kwietnia 2025 r.), zakończenie okresu epidemii oraz bieżące trendy w sferze gospodarczej, dające możliwość zwiększenia przewidywalności kwestii istotnych dla realizacji zadania, poprawa wskaźników makroekonomicznych, w tym wyhamowanie wzrostu inflacji, mających wpływ na ceny materiałów, usług, energii, itp. W odniesieniu do wskazanych w wezwaniu Zamawiającego trzech elementów ceny wyjaśnił, że był w stanie obniżyć cenę ofertową, gdyż:

- co do kosztów taboru: za istotny czynnik kalkulacji kosztów w tym zakresie Przystępujący uznał harmonogram przeglądowo-naprawczy każdego z

pojazdów kolejowych, które mają być wykorzystane do realizacji zamówienia publicznego, bowiem każdy z nich podlega obowiązkowym przeglądom i naprawom związanym z ich eksploatacją, a wynikającym z harmonogramu. Przedstawił symulację kosztów taboru w okresie realizacji umowy 2026-2030 w porównaniu z ofertą z 2023 r. Wyjaśnił, iż realizację ww. przeglądów wykona we własnym zakresie – w Podlaskim Zakładzie POLREGIO – co obniża koszty, przy jednoczesnym zwiększeniu efektywności wykorzystywanych zasobów (zaplecza i zasobów ludzkich). Podniósł, że: „dokonana przez Organizatora zmiana okresu objętego umową z lat 2025-2029 na lata 2026-2030 stanowi istotną kwestię wpływającą na różnicę w wysokości szacowanych kosztów taboru. Na zmianę wysokości kosztów przeglądów taboru kolejowego wykorzystywanego w toku realizacji umowy, istotnie wpłynęła naprawa z poziomu P4.2 pojazdu SA106-015, która zgodnie z Dokumentacją Systemu Utrzymania (dalej: „DSU”) zostanie zrealizowana jeszcze do końca 2025 roku, a więc przed okresem, którego dotyczy obecne postępowanie. Planowany koszt tej naprawy z założonymi wstępnie pracami dodatkowymi wynosi około 9 mln zł.” Wskazał ponadto, że pozostałe koszty taboru, w tym koszty amortyzacji, ubezpieczenia, dzierżawy taboru oraz koszty czyszczenia i pozostałych napraw taboru, w obu ofertach założono na podobnym poziomie, z tym że w ofercie z 2024 r. uwzględniono odpis amortyzacyjny odpowiadający okresowi objętemu ofertą;

- koszty drużyn trakcyjnych i konduktorskich, koszty wynagrodzeń: W tym zakresie POLREGIO przedstawiło kalendarium sporu zbiorowego toczącego się w POLREGIO S.A. w latach 2023-2024 wraz z udokumentowaniem żądań strony społecznej. Podniósł, że uwzględniając deklaracje strony społecznej o chęci występowania co roku z żądaniami podwyżek wynagrodzeń, realną groźbę strajku przebieg i ustalenia wcześniejszego sporu zbiorowego (wszczęty pismem z dnia 30 listopada 2021 r. i zakończony podpisaniem Porozumienia w

dniu 13 maja 2022 r., według POLREGIO w 2023 r. istniało realne ryzyko, że koszty wynagrodzeń w kolejnych latach mogą w znaczący i niekontrolowany sposób rosnąć. Sytuacja została dopiero unormowana 11 marca 2024 r. poprzez podpisanie Protokołu dodatkowego nr 6 do ZUZP (załącznik nr 8a do wyjaśnień), co sprecyzowało sposób ustalania przyszłych kosztów wynagrodzeń i stanowiło pewnego rodzaju stabilizację i przewidywalność w zakresie wysokości kosztów pracowniczych na kolejne lata. „W efekcie zawartych Porozumień, wzrost płac ograniczono o połowę w porównaniu do pierwotnych żądań strony społecznej oraz uzgodniono brak podwyżek w 2024 r., a kolejna podwyżka oparta o indeksację będzie miała miejsce dopiero od kwietnia 2025 r. W 2024 r. ma mieć miejsce wyłącznie jednorazowa gratyfikacja, która nie wpłynie na poziom wynagrodzenia zasadniczego, stanowiącego podstawę do kosztów wynagrodzeń w kolejnych latach (...).” POLREGIO przedstawił symulacje kosztów wynagrodzeń i ich wzrostu w kolejnych latach, z których wynika m.in. oszczędność w wysokości ponad 13 mln zł w skali czasu trwania umowy z Województwem Podlaskim, z czego w samych drużynach trakcyjnych i konduktorskich – ponad 7 mln zł. Odpowiadając na pytanie zawarte w wezwaniu, wskazał, że pokazane obliczenia potwierdzają informację zawartą na stronie 6 analizy przedłożonej w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą. Przedstawił informacje dotyczące poziomu zatrudnienia w Zakładzie w Białymstoku wg stanu z 2023 r., 2024 r. i w kolejnych latach, obowiązujące normy czasu pracy, wynagrodzenia pracowników wraz z dodatkowymi elementami, takimi jak np. dodatek kilometrowy, deputat węglowy itd. Podsumował, że: „Kalkulacja oferty przeprowadzona przez POLREGIO w październiku 2023 r. była skonstruowana z uwzględnieniem ryzyka występowania dalszych niepokojów społecznych oraz ewentualnych strajków kluczowego personelu, zaś w kwietniu 2024 r. POLREGIO wzięła pod uwagę ustalenia poczynione ze związkami zawodowymi, dzięki czemu oparła swoje kalkulacje o uwarunkowania wynikające z Porozumienia ze stroną społeczną. Zarówno Porozumienie ze stroną społeczną, jak i pozostałe przedstawione powyżej aspekty, wpłynęły na znaczące planowe obniżenie kosztów w ofercie z 2024 r. względem złożonej w 2023 r.”

- koszty energii trakcyjnej: Wyjaśniając ten element, POLREGIO wskazał przede wszystkim na fakt, że POLREGIO biorąc udział w postępowaniu po raz pierwszy, oszacowało cenę sprzedaży energii elektrycznej wykorzystując cenę kontrakt BASE_Y, zaś przystępując ponownie do postępowania POLREGIO skorygowało swoje przewidywania na podstawie aktualnej wiedzy rynkowej i przyjęło cenę

kontraktów terminowych BASE obniżoną niemal o połowę. Wskazał, że ponowne przystąpienie do postępowania i konieczność sporządzenia nowej oferty wymagały weryfikacji wysokości marży w aktualnych warunkach rynkowych, w tym celu przeprowadzono rozeznanie rynku i ostatecznie stawka dotycząca energii elektrycznej została obniżona o 37%, co wyjaśnia zasadniczą różnicę w ofercie. Przedstawił stosowne wyliczenia i szczegółową metodykę wyznaczenia stawki kosztu energii trakcyjnej stosowaną przez Spółkę na podstawie danych eksploatacyjnych (pracy przewozowej) planowanych na 2025 r., w tym składowe jednostkowej ceny energii elektrycznej i sposób ich oszacowania. Wyjaśnił sposób obniżenia kosztów energii trakcyjnej w ofercie z 2024 r. w stosunku do oferty z 2023 r., która to oszczędność

wynosi ok. 40 mln zł, co – jak wskazał Przystępujący – jest wynikiem: obniżenia wysokości stawki przyjętej do ofert, poziomu pracy eksploatacyjnej realizowanej trakcją elektryczną (w ofercie z 2024 r. niższej o około 1,2 mln pociągokilometrów) oraz zakładanego w pozycji „rozsądny zysk” oferty z 2023 r. dodatkowego bufora, stanowiącego zabezpieczenie m.in. ówczesnego ryzyka z tytułu niestabilności cen energii.

W wyjaśnieniach, POLREGIO kilkakrotnie podkreślał, że podniesienie górnej granicy prognozy waloryzacji z 4,9% do 20% pozwoliło mu zwiększyć zabezpieczenie przed nieprzewidywalnymi wzrostami kosztów (możliwość zmiany wysokości rekompensaty w trakcie trwania umowy, zmniejsza ryzyko wystąpienia deficytu). Dodał, że podwyższenie przez Organizatora wysokości waloryzacji stawki za pociągokilometr, jak również wprowadzenie w Spółce mechanizmu indeksacji wynagrodzeń, pozwoliły na zweryfikowanie w ofercie z 2024 r. wcześniejszych założeń z przyjętych do oszacowania poziomu rozsądnego zysku w ofercie z 2023 r., tj. założeń związanych z ryzykiem nieznanym wówczas i trudnych do oszacowania dalszych wzrostów wynagrodzeń pracowników, cen materiałów i usług. W konsekwencji oferta z 2024 r. uwzględnia wysokość rozsądnego zysku na poziomie zbliżonym do uzyskiwanego we wcześniejszych okresach.

Uzasadniając objęcie zasadniczej części wyjaśnień wraz z załącznikami tajemnicą przedsiębiorstwa, POLREGIO wskazał na obowiązujące w tym zakresie przepisy, orzeczenia i poglądy doktryny. Podkreślił, że informacje zawarte w wyjaśnieniach, obejmujące sposób kalkulacji ceny, oferty podwykonawców (tj. informacje dot. cen uzgodnionych z kontrahentami), kalkulacje dotyczące kosztów pracowniczych, w tym szczegółowe rozwiązania dotyczące polityki płacowej POLREGIO, sposób kalkulacji energii trakcyjnej, czy wreszcie przyjęte w organizacji standardy usprawniające jej funkcjonowanie, które jednocześnie przyczynią się do skutecznej i efektywnej realizacji przedmiotu zamówienia, stanowią informacje o charakterze organizacyjnym lub technicznym, posiadające wartość gospodarczą. Wyjaśnił, że ich wartość gospodarcza odnosi się zarówno do sposobu wyceny konkretnego zamówienia, jak i strategii i

podejścia POLREGIO do realizacji zamówień, w tym zamówień publicznych podobnego rodzaju. „Z uwagi na funkcjonowanie Wykonawcy na konkurencyjnym rynku ujawnienie informacji zastrzeżonych mogłoby wpłynąć niekorzystnie na pozycję Wykonawcy przy ubieganiu się o kolejne zamówienia o analogicznym lub zbliżonym przedmiotowo zakresie, a w konsekwencji doprowadzić POLREGIO do utraty znacznej ilości udziału w rynku.” Wskazał, że przedstawiona przez POLREGIO kalkulacja została przygotowana wyłącznie na potrzeby Wezwania. POLREGIO podniósł, że przedstawione w przedmiotowych wyjaśnieniach informacje nie są publicznie prezentowane ani ujawniane na zewnątrz i są konsekwentnie zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa Spółki, m.in. poprzez stosowanie klauzul zobowiązujących do zachowania poufności, stosowanie zabezpieczeń technicznych przed dostępem osób nieuprawnionych – lecz na tę okoliczność nie dołączył żadnych dowodów.

Jako załączniki do wyjaśnień POLREGIO z 31 lipca 2024 r., Spółka ta wskazała: załącznik 1a, 1b i 1c - wstępne oferty CSI INVESTT Sp. z o.o., PESA Mińsk Mazowiecki S.A. i PTS sp. z o.o., załącznik nr 2 - pismo z 18 kwietnia 2023 r. wszczynające dialog społeczny, załącznik nr 3 - protokół rozbieżności z 16 czerwca 2023 r. w ramach dialogu społecznego, załączniki nr 4a i 4b - pisma z 19 czerwca 2023 r., 29 czerwca 2023 r. wszczynające spór zbiorowy, załącznik nr 5 - protokół rozbieżności z 13 lipca 2023 r. w ramach rokowań sporu zbiorowego, załącznik nr 6a, 6b, 6c - porozumienia z 25 września, 2 i 4 października 2023 r. w ramach sporu zbiorowego, załącznik nr 7 - protokół z 18 stycznia 2024 r. w ramach mediacji sporu zbiorowego, załącznik nr 8 - porozumienie z 11 marca 2024 r. w sprawie zakończenia sporu zbiorowego załącznik, nr 8a - protokół dodatkowy nr 6 do ZUZP z 11 marca 2024 r., załącznik nr 9, 9a - porozumienia z 13 maja 2022 r. w ramach sporu zbiorowego wraz z aneksem z 7 czerwca 2022 r., załącznik nr 10 - ujednolicony tekst ZUZP dla pracowników zatrudnionych w POLREGIO S.A., załącznik nr 11 - Roczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych od 1950 roku - zestawienie w formie .pdf ze strony internetowej Głównego Urzędu Statystycznego, załącznik nr 12 - Wytoczne Ministerstwo Finansów dotyczące stosowania jednolitych wskaźników makroekonomicznych będących podstawą oszacowania skutków finansowych projektowanych ustaw. Aktualizacja - październik 2023 r., załącznik nr 13 - Regulamin pracy „Przewozy Regionalne” spółka z o.o. Oddziału Podlaskiego z siedzibą w Białymstoku, załącznik nr 14 - Wytoczne Ministerstwa Finansów dotyczące stosowania jednolitych wskaźników makroekonomicznych będących podstawą oszacowania skutków finansowych projektowanych ustaw. Aktualizacja - maj 2024 r., załącznik nr 15 - Raport o inflacji Narodowego Banku Polskiego, lipiec 2024 r., Załącznik nr 16 - Taryfa PGE Energetyka Kolejowa S.A. – wyciąg z Biuletynu branżowego URE – Energia elektryczna Nr 426(4243) z 27 grudnia 2023 r., załącznik nr 17 - Informacja Prezesa URE nr 48/2023 w sprawie stawek opłaty mocowej na rok 2024, załącznik nr 18 - Ustawa z dnia 6 grudnia 2008 r. o podatku akcyzowym.

Pismem z dnia 5 września 2024 r., Zamawiający ponownie zawiadomił o wyborze

najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, tj. oferty POLREGIO. Żadna z ofert nie podlegała odrzuceniu.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego, na fakty tam powołane:

- 1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, przekazaną przez Zamawiającego w dniu 20 września 2024 r., w szczególności zawierającą:
 - protokół postępowania,
 - ogłoszenie o zamówieniu,
 - SWZ wraz z załącznikami i wyjaśnieniami oraz zmianami,
 - oferty,

- informacja z 29 kwietnia 2024 r. z otwarcia ofert,
- zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 23 maja 2024 r.,
- wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty POLREGIO wraz z wyjaśnieniami POLREGIO,
- zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 5 września 2024 r.,

2) dowody powołane przez Odwołującego w odwołaniu oraz w piśmie procesowym z 3 października 2024 r., tj.:

- informacja z otwarcia ofert z dnia 7 listopada 2023 r.,
- zawiadomienie o wyniku przetargu z dnia 2 stycznia 2024 r.,
- formularz ofertowy POLREGIO w poprzednim postępowaniu – wyciąg,
- tabela porównująca oferty złożone w obecnym postępowaniu oraz postępowaniu poprzednim,
- wydruki ze stron internetowych obejmujące informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa POLREGIO,
- tabela porównawcza dokumentacji obecnego postępowania oraz postępowania poprzedniego z materiałami źródłowymi,
- wyciąg z odwołania w sprawie KIO 499/24,
- tabela zawierająca porównanie cen usług utrzymania P1-P3 z Regulaminów dostępu do „OIU Białystok” obowiązujących w 2023 i 2024 r. wraz z wyciągami z Regulaminów oraz cennikami,
- opracowanie dot. kosztów pracy w POLREGIO,
- wyciąg z ZUZP obowiązującego w POLREGIO,
- artykuły dot. średniego wynagrodzenia w POLREGIO i mediany wynagrodzeń maszynistów,
- tabela zawierająca oś czasu sporu pomiędzy POLREGIO a związkami zawodowymi wraz z materiałami źródłowymi,
- tabela zawierająca symulację wzrostu wynagrodzeń w POLREGIO w czasie

realizacji zamówienia,

- tabela zawierająca wskaźniki makroekonomiczne NBP,
- odpowiedź na odwołanie z 19 czerwca 2024 r. wraz z załącznikami z akt postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1940/24,
- projekt umowy sprzedaży i dystrybucji energii elektrycznej na potrzeby trakcyjne pomiędzy POLREGIO a sprzedawcą wraz z załącznikiem nr 5,
- analiza kosztów przeglądów P4 w Spalinowych Zespołach Trakcyjnych wraz z tabelą danych z tych przetargów oraz materiałami źródłowymi,
- analiza kosztów przeglądów P1-P3 opartej o ceny tych usług oferowane przez

POLREGIO S w Regulaminach dostępu do „OIU Białystok” oraz „OIU Toruń”,

- wystąpienie związków zawodowych z 30 listopada 2021 r. 3 oraz zawarte w jego wyniku porozumienie,
- oceny wpływu wysokości taryfy dystrybucyjnej na koszt energii elektrycznej trakcyjnej sporządzonej przez Audytel S.A.,
- opinia z dnia 19 września 2024 r. dotycząca zmian kosztów spółki POLREGIO w postępowaniu przetargowych na regionalne przewozy kolejowe w Województwie Podlaskim oraz opinia z dnia 18 czerwca 2024 r. dotycząca struktury kosztów w postępowaniu przetargowym na regionalne przewozy kolejowe w Województwie Podlaskim sporządzone przez dr M. B.,
- tabela zawierająca symulację kosztów energii wg danych przedstawionych w ww. opiniach dr M. B.;

3) dowody powołane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, tj.:

- dokumentacja zawarta w aktach postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1940/24;

4) dowody powołane przez POLREGIO w pismach procesowych, tj.:

- dokument POLREGIO pn. „Procedura klasyfikacji informacji, tajemnicy przedsiębiorstwa oraz postępowania z informacjami oraz zarządzania nośnikami”,
- przykładowa klauzula o zachowaniu poufności w umowach POLREGIO,
- ogłoszenia o planach zakupu: 193565-2023, 414123-2024, 340413-2024, Polska-Kraków: Usługi publicznego transportu kolejowego 2023/S 072-219941,
- wyciąg z oferty PESA,
- dokument POLREGIO pn. „Przebiegi SA106-007, 015”,
- PRF za 2024 r., dokument POLREGIO pn. „Analiza kosztów zatrudnienia” wraz z załącznikami,
- dokument POLREGIO pn. „Analiza dotycząca rezerwy taborowej”,
- dokument POLREGIO pn. „Analiza kosztów energii trakcyjnej”,
- wydruk artykułu dostępnego pod linkiem: [https://www.rynek-](https://www.rynek-kolejowy.pl/wiadomosci/arriva-wycofala-wnioskirozkladowe-z-linii-zelektryfikowanych-pojada-przewozy-regionalne-74045.htm)

[kolejowy.pl/wiadomosci/arriva-wycofala-wnioskirozkladowe-z-linii-zelektryfikowanych-pojada-przewozy-regionalne-74045.htm](https://www.rynek-kolejowy.pl/wiadomosci/arriva-wycofala-wnioskirozkladowe-z-linii-zelektryfikowanych-pojada-przewozy-regionalne-74045.htm),

- potwierdzenie uczestnictwa we Wstępnych Konsultacjach Rynkowych dotyczących zakupu i dystrybucji energii elektrycznej trakcyjnej w Koleje Wielkopolskie sp. z o.o. – na wykazanie istnienia zróżnicowanych modeli zakupowych dostępnych na rynku energii trakcyjnej; wybór najkorzystniejszej oferty Audytel S.A. w przetargu nieograniczonym na usługi doradztwa energetycznego dla PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście sp. z o.o., znak: SKMMU.086.20.22;
- artykuł pt. „Modele zakupowe energii elektrycznej u przewoźników kolejowych w dobie kryzysu na światowych rynkach energii i paliw”, A. B.,
- Przegląd Komunikacyjny, R. 78, nr 6/7/8, str. 51-54, 2023,
- dokument autorstwa Przystępującego pn. „Analiza dotycząca rzeczywistego wyliczenia kosztów energii”.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, co następuje. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części co do zarzutu 1, niemniej stwierdzone przez Izbę naruszenia nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania, toteż Izba zobowiązana była odwołanie oddalić w całości.

Na wstępie, przytoczyć należy treść regulacji art. 5 ust. 3 Rozporządzenia (WE) 1370/2007, która jest regulacją nadrzędną i jako taka powinna przyświecać działaniom Województwa Podlaskiego w dążeniu do nabycia usług publicznych w zakresie wojewódzkich kolejowych przewozów pasażerskich. Zgodnie z ww. przepisem unijnym, każdy właściwy organ, który zleca świadczenie usług stronie trzeciej innej niż podmiot wewnętrzny, udziela zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych na podstawie konkurencyjnej procedury przetargowej. Procedura konkurencyjnego przetargu musi być otwarta dla wszystkich podmiotów, sprawiedliwa i zgodna z zasadami przejrzystości i niedyskryminacji. Podobne zasady generalnie wprowadza na gruncie polskiej procedury art. 16 PZP.

Odwołujący w odwołaniu po pierwsze wnosił o nakazanie Zamawiającemu odtajnienia – zastrzeżonych przez POLREGIO jako tajemnica przedsiębiorstwa – wyjaśnień z dnia 31 lipca 2024 r. na str. 2-21 oraz załączników do wyjaśnień: nr 1a, 1b, 1c, 2, 3, 4a, 4b, 5, 6a, 6b, 6c, 7, 8, 8a, 9, 9a, 10 i 13. W związku z częściowym uwzględnieniem odwołania, Zamawiający zdecydował się uznać za bezskutecznie zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa, jedynie załączniki nr 2, 3, 4a, 5, 6a, 6c, 7, 8, 9. Weryfikacji przez Krajową Izbę Odwoławczą poddana została kwestia skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez POLREGIO w zakresie dotyczącym informacji znajdujących się na str. 2-21 wyjaśnień oraz załączników nr 1a,

1b, 1c, 4b, 6b, 8a, 9a, 10 i 13.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 Uznk, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Oznacza to, że do stwierdzenia, że mamy do czynienia z tajemnicą przedsiębiorstwa nie wystarczy tylko merytoryczna ocena danych informacji pod kątem uznania je za posiadające wartość gospodarczą, lecz ponadto weryfikacja, czy informacje te nie są powszechnie znane albo łatwo dostępne osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji i czy przedsiębiorca zainteresowany ich ochroną podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Nie chodzi przy tym o jakiekolwiek działania, tylko takie działania, które były należyte

staranne, czyli obiektywnie wystarczające z punktu widzenia ochrony tych informacji w konkretnych uwarunkowaniach oraz możliwe do podjęcia. Tym samym, tajemnicą przedsiębiorstwa nie jest każda informacja, która w świetle subiektywnej oceny, odczucia przedsiębiorcy może „przypaść” się w jakikolwiek sposób innym przedsiębiorcom, czy też informacja której pozyskania nie chce ułatwić konkurentom, a która i tak funkcjonuje w obiegu publicznym lub jej obieg nie jest kontrolowany w żaden sposób (np. poprzez zastrzeżenie klauzuli poufności). Należy podkreślić, iż tajemnica przedsiębiorstwa to rodzaj szczególnie chronionej informacji – takiej której ochrona ma wymierną wartość, gdyż jej ujawnienie może wiązać się z poniesieniem lub narażeniem przedsiębiorcy na szkodę. W ocenie Izby, wartość gospodarcza informacji wyraża się co do zasady w wartości szkody (materialnej lub niematerialnej), jaką przedsiębiorca może ponieść w wyniku ujawnienia tych informacji. Ten szczególny wymiar ochrony informacji przybiera jeszcze bardziej wyjątkową postać na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, skoro stanowi wyjątek od fundamentalnej zasady jawności (art. 18 ust. 1 i ust. 3 PZP). Stąd, skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinna być należycie badana przez zamawiającego, w tym weryfikacji powinna podlegać kwestia wykazania, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a więc udowodnienia wystąpienia przesłanek z art. 11 ust. 2 Uznk. Nie ujawnia się bowiem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów Uznk, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Krajowa Izba Odwoławcza w obecnym składzie dokonała analizy i weryfikacji informacji zastrzeżonych przez POLREGIO jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz uzasadnienia, w oparciu o które Zamawiający uznał, że w ten sposób POLREGIO wykazał przesłanki z art. 11 ust. 2

Uznk w zw. z art. 18 ust. 3 PZP. Izba uznała, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zamieszczone przez Przystępującego w wyjaśnieniach z dnia 31 lipca 2024 r. było niewystarczające i nie odpowiadało na potrzeby wykazania przesłanek skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Z uzasadnienia przedstawionego przez POLREGIO ani nie wynika, że konkretne zastrzeżone w wyjaśnieniach informacje dotyczące POLREGIO mają wartość gospodarczą, ani że nie są to informacje powszechnie znane lub łatwo dostępne oraz że samo POLREGIO je chroni i przy pomocy, jakich konkretnie środków. W szczególności, Odwołujący dowiódł, że w zakresie dotyczącym załączonych do wyjaśnień dokumentów związanych ze sporem zbiorowym, który toczył się w POLREGIO – dokumenty te nie są należycie chronione, skoro Odwołujący natknął się na nie w internecie, na stronach internetowych związków zawodowych będących ich stroną. Faktem jest, iż w samych porozumieniach ze związkami zawodowymi brak jest klauzul dotyczących poufności tych ustaleń.

Izba nie dała wiary twierdzeniom POLREGIO, iż działania Odwołującego zmierzające do odtajnienia wyjaśnień POLREGIO w zakresie rażąco niskiej ceny, mają na celu poznanie unikalnego know-how w zakresie szacowania kosztów, które POLREGIO budowała przez lata doświadczeń prowadzenia przewozów kolejowych trakcją elektryczną i przygotowanie się Odwołującego do kolejnych przetargów w oparciu o wykorzystanie unikalnej metodyki szacowania kosztów Przystępującego. Twierdzenia te pozostały nieudowodnione.

W świetle powyższego, Izba doszła do przekonania, że nie mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i skutecznie zastrzeżone jako niepodlegające ujawnieniu informacje zastrzeżone w treści wyjaśnień z dnia 31 lipca 2024 r. na str. 2-21 oraz w załącznikach nr 1a, 1b, 1c, 4b, 6b, 8a, 9a, 10 i 13. Dotyczy to, generalnie rzecz biorąc, symulacji kosztów wynagrodzeń, kalkulacji zapotrzebowania na energię elektryczną trakcyjną i jej koszt, zobrazowanych kosztów przeglądów konkretnych pojazdów szynowych na konkretnym poziomie P1-P5, ofert podwykonawców, pism dotyczących przebiegu dialogu społecznego, mediacji i sporu zbiorowego oraz aktów prawa pracy dotyczących POLREGIO.

W szczególności, Izba uznała, że sposób wyceny, kalkulacji konkretnego zamówienia, który został zawarty w odniesieniu do poszczególnych elementów kosztotwórczych ceny POLREGIO, na str. 2-21 wyjaśnień, nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Informacje stąd wynikające nie będą mogły być wykorzystane ponownie – nie stanowią zatem żadnej wartości gospodarczej. Wyjątkiem na gruncie kalkulacji kosztów lub ceny oferty jest nabywanie ustandaryzowanych dostaw, usług lub robót budowlanych, tj. takich których wycena na gruncie innych postępowań będzie podobna z uwagi na brak zmiennych uwarunkowań. Tajemnicę może stanowić wówczas konkretna strategia wyceny (know-how) zamówień podobnego rodzaju. Istnieje również możliwość uznania, że nawet specyficzne zamówienie było przez wykonawcę wyceniane w oparciu o określone know-how, co odpowiadałoby na potrzeby

uznania, że dana informacja ma wartość gospodarczą, niemniej POLREGIO tego nie wykazał na gruncie przedmiotowego zamówienia.

Z kolei, co do załączników 1a, 1b i 1c do wyjaśnień, tj. wstępnych ofert CSI INVEST sp. z o.o., PESA Mińsk Mazowiecki S.A. i PTS sp. z o.o. – Izba uznała, że wbrew twierdzeniom Przystępującego, informacji w nich zawartych nie należy strzec jak tajemnicy przedsiębiorstwa, bowiem nie obrazują chronionych informacji o źródłach dostaw, cen usług, usług podwykonawczych i materiałów, jakie są oferowane Przystępującemu. W istocie, co do informacji o źródłach dostaw, czyli przedsiębiorcach, którzy zaoferowali Przystępującemu swoje usługi – firmy (nazwy) tych przedsiębiorców zostały wskazane na liście załączników do wyjaśnień, stąd Odwołujący dowiedział się, że oferty wstępne złożyli ww. przedsiębiorcy, jako źródło dostaw. Informacja ta jest jawna – sam Przystępujący jej nie utajnił. Co do cen usług i materiałów, jakie wynikają z tych ofert – są to informacje dotyczące konkretnie ukształtowanej usługi (wykonanie czynności poziomu utrzymania P4-2 wraz z pracami wyposażeniowymi autobusu szynowego w zakresie wynikającym z OPZ niniejszego postępowania) zindywidualizowanego pojazdu (SA106 o konkretnym numerze EVN), który jest w konkretnym stanie technicznym itd. – nie sposób zatem wykorzystać tych informacji w jakimkolwiek innym postępowaniu. Z tych samych względów, nie sposób uznać – jak tego chce Przystępujący – że treść tych ofert stanowi „gotowe rozwiązanie możliwe do wykorzystania w biznesplanie podmiotu konkurencyjnego, z pominięciem czasu- i kosztochłonności jego opracowania”, zwłaszcza, że są to oferty „wstępne” (tzn. że ich warunki mogą ulec zmianie, co

zresztą potwierdzają klauzule w nich zawarte), zaś inni wykonawcy nie koniecznie uzyskaliby oferty tożsame cenowo, skoro nie bazują one na żadnych cennikach, a co najmniej Przystępujący tego nie wykazał.

Odnosnie zbiorczego utajnienia przez Zamawiającego załączników do wyjaśnień dotyczących warunków pracy i płacy (załączniki 2-10 oraz 13), żądanie odwołania podlegające rozpatrzeniu przez Izbę, wskutek uwzględnienia części zarzutu przez Zamawiającego, zostało ograniczone do załączników: i) 4b – pismo z 29 czerwca 2023 r. wszczynające spór zbiorowy, ii) 6b – porozumienie z 2 października 2023 r. w ramach sporu zbiorowego, iii) 8a – protokół dodatkowy nr 6 do ZUZP z 11 marca 2024 r., iv) 9a – aneks z dnia 7 czerwca 2022 r. do porozumienia w sprawach sporu zbiorowego z 13 maja 2022 r., v) 10 – ujednolicony tekst ZUZP dla pracowników zatrudnionych w POLREGIO S.A. i vi) 13 – Regulamin pracy „Przewozy Regionalne” spółka z o.o. Oddziału Podlaskiego z siedzibą w Białymstoku. Izba stwierdziła, że informacje zawarte w tych dokumentach podlegają ujawnieniu, bowiem Przystępujący w żaden sposób nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek uznania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Przede wszystkim, POLREGIO nie wykazał wartości gospodarczej tych informacji – co prawda, podnosił, że wartość ta wyraża się m.in. w ryzyku przejścia pracowników przez konkurencję, brak jednak ku temu dowodów, nadto ryzyko to jest zupełnie nierealne,

skoro wyjaśnienia nie obejmują danych personalnych pracowników, tak jak np. wykazy osób dołączane do ofert. Nadto, nie sposób podzielić poglądu, że wiedza o warunkach pracy i płacy w POLREGIO pozwoli innemu przewoźnikowi przygotować oferty konkurencyjne w innych postępowaniach. Warunki pracy nie są przecież ustalane ogólnie i nie mogą być przejęte jak szablon i zastosowane na gruncie innego zakładu pracy, każdy pracodawca ma inne uwarunkowania, w tym liczbę pracowników, stanowisk, zakres obowiązków pełnionych na stanowiskach, budżet, wewnętrzne akta prawa pracy itd. Izba uznała, że – dzięki pozyskaniu utajnionych przez POLREGIO informacji zawartych w treści wyjaśnień oraz w załącznikach 4b, 6b, 8a, 9a, 10 i 13 – nie sposób skalkulować ofert składanych w przyszłych postępowaniach, tak by były niższe, niż oferta POLREGIO, na podstawie samej wiedzy o kosztach pracowniczych, które POLREGIO w kalkulowało w koszt niniejszego zamówienia.

Odtajnienie załącznika 4b do wyjaśnień było konieczne również dlatego, że zawiera on tożsame informacje, co załącznik 4a (dostępny publicznie), z tą różnicą, że załącznik 4b pochodzi od innych związków zawodowych niż załącznik 4a, lecz informacja o tym, które związki zawodowe uczestniczyły w rokowaniach sporu zbiorowego z pracodawcą POLREGIO wynika z jawnego załącznika 5, tj. protokołu rozbieżności z 13 lipca 2023 r. w ramach rokowań sporu zbiorowego. Z kolei, załącznik 6b jest tożsamej treści co dostępny publicznie załącznik 6c, z tym że dotyczy zakładu pracy, który wraz z innym zakładem był czasowo wyłączony spod porozumienia w ramach sporu zbiorowego z dnia 25 września 2023 r. z uwagi na brak zgody organizatorów przewozu (zob. § 2 ust. 3 porozumienia z 25 września 2023 r.).

W efekcie, Izba doszła do przekonania, że Zamawiający naruszył w niniejszym postępowaniu regulacje art. 18 ust. 1-3 i art. 74 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 Uznk, a także art. 5 ust. 3 Rozporządzenia (WE) nr 1370/2007. Zamawiający zobowiązany był udostępnić Odwołującemu wnioskowane załączniki do protokołu postępowania (art. 74 ust. 1 i ust. 2 PZP). Zaniechanie udostępnienia Odwołującemu żądanej dokumentacji dotyczącej oferty POLREGIO nie uwzględniało również nakazów płynących z unijnej regulacji Rozporządzenia (WE) nr 1370/2007, by procedura konkurencyjnego przetargu na świadczenie publicznych usług pasażerskiego przewozu kolejowego był sprawiedliwa i zgodna z zasadami przejrzystości.

Drugi z zarzutów odwołania, tj. zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 224 ust. 1 PZP, art. 224 ust. 5 PZP, art. 224 ust. 6 PZP, a także art. 16 pkt 1-3 PZP i art. 17 ust. 1 PZP, a także art. 5 ust. 3 Rozporządzenia 1370/2007, przez zaniechanie odrzucenia oferty POLREGIO pomimo, że zaoferowana przez tego wykonawcę cena (lub koszt) jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone przez POLREGIO wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu – Izba uznała za bezzasadny. Na podstawie art. 224 ust. 1 PZP, w pełni uwzględniając nakaz płynący z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, wydanego w niniejszym postępowaniu odwoławczym (sygn. KIO 1940/24), Zamawiający prawidłowo wezwał POLREGIO do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej

ceny. Wezwanie zostało sformułowane wyczerpująco, ze wskazaniem na wszystkie elementy, których wyjaśnienie nakazała Izba w ww. wyroku. Zakres wyjaśnień, do złożenia których wzywał Zamawiający został precyzyjnie wskazany w wezwaniu w postaci skonkretyzowanych rodzajów informacji, jakich podania Województwo wymagało od POLREGIO na tym etapie postępowania. W ocenie Izby w obecnym składzie, złożone przez POLREGIO wyjaśnienia są wyczerpujące, szczegółowe, jasne i zrozumiałe. W pełni odpowiadają na treść wezwania od Zamawiającego. Wbrew twierdzeniom Odwołującego – zawierają symulacje wszystkich istotnych kosztów i kalkulacje oraz stosowne dowody na wskazane w wyjaśnieniach okoliczności. Tak jak słusznie wskazał Zamawiający, żadna z okoliczności wskazanych w wezwaniu do wyjaśnień nie pozostała niewyjaśniona. POLREGIO szczegółowo wyjaśnił sposób obniżenia ceny oferty złożonej w niniejszym postępowaniu w stosunku do ceny oferty złożonej w poprzednim postępowaniu, w odniesieniu do 3 elementów, wyeksponowanych w wyroku Izby, tj. kosztów taboru, kosztów druzyn trakcyjnych i konduktorskich oraz kosztów wynagrodzeń i kosztów energii trakcyjnej.

W szczególności, wbrew twierdzeniom Odwołującego – w zakresie dotyczącym wyjaśnienia kosztów taboru – pomimo niedołączenia do wyjaśnień dokumentu przeglądu systemu utrzymania pojazdu PS 106 oraz dokumentu Analiza rezerwy taborowej, Przystępujący zawarł w treści wyjaśnień stosowne wyliczenia kosztów i powołał się na wynikające z ofert wstępnych, załączonych do wyjaśnień, oszczędności w postaci kosztów naprawy z poziomu P4.2 pojazdu SA106-015, co było wystarczające i odpowiadało na potrzeby wezwania z dnia 23 lipca 2024 r. Potwierdził zatem wynikającą stąd oszczędność. W wyjaśnieniach przedstawił również symulacje kosztów przeglądów od P1 do P3, a także porównanie oferty wstępnej z zaproponowaną – zgodnie z żądaniem Zamawiającego, zawartym w wezwaniu.

Odnosząc się do wyjaśnień POLREGIO w zakresie kosztów druzyn trakcyjnych, konduktorskich i generalnie rzecz

biorąc, kosztów pracowniczych, to wykonawca ten przedstawił dowody w postaci pism obejmujących żądania strony pracowniczey w przebiegu dialogu i sporu zbiorowego oraz zawartych w efekcie porozumień, a także obowiązującego ZUZP. W wyjaśnieniach przedstawił szczegółowe symulacje i kalkulacje kosztów w odniesieniu do konkretnej liczby pracowników. Udowodnił w ten sposób, że żądania Strony Społecznej udało się obniżyć o 50% i wynosi ona kwotę wskazaną na stronie 6 analizy wewnętrznej przygotowanej przez POLREGIO. Wyjaśnił również szczegółowo kwestie poziomu zatrudnienia w PR Białystok przyjętego w ofertach złożonych w 2023 i 2024 r., a także normy czasu pracy i wyliczenia kosztów wynagrodzeń pracowników tego zakładu, z uwzględnieniem rotacji zatrudnienia w 2025 r. oraz bieżących informacji makroekonomicznych, jak też prognoz na kolejne lata. Dołączył dowody, m.in. w postaci Regulaminu pracy obowiązującego w PR Białystok (załącznik nr 13). W efekcie, zadośćuczynił w pełni żądaniom wezwania z 23 lipca 2024 r.

Co się zaś tyczy kosztów energii trakcyjnej, to w wezwaniu Zamawiający żądał od POLREGIO wyjaśnienia, w jaki sposób udało się POLREGIO obniżyć koszty w stosunku do pierwszej z ofert – w jaki sposób uzyskał podaną kwotę kosztów co do drugiej oferty. W odpowiedzi, POLREGIO wskazało na szczególne uwarunkowania dotyczące rynku energii elektrycznej wynikające z sytuacji geopolitycznej oraz nadzwyczajne środki legislacyjne wdrożone w Polsce – w latach 2022 do 2024. Wyjaśnił, że ponowne przystąpienie do postępowania i konieczność sporządzenia nowej oferty wymagały weryfikacji wysokości marży w aktualnych warunkach rynkowych, w tym przeprowadzenia rozeznania. Przyznał, że koszt energii w pierwszej ofercie został „przeszacowany”. Wskazał na uzasadnienie przyjęcia obniżonej o 37% stawki dotyczącej ceny sprzedaży energii elektrycznej. Opierał się m.in. na danych statystycznych Towarowej Giełdy Energii S.A. z powołaniem na źródłową stronę internetową. Przedstawił również szczegółową metodykę wyznaczenia stawki kosztu energii trakcyjnej w oparciu o dane eksploatacyjne (praca przewoźowa) planowane na 2025 r. Obliczając stawkę tego kosztu, POLREGIO brał pod uwagę: wielkość planowanej pracy przewoźowej na rok 2025 dla pociągów obsługiwanych trakcją elektryczną dla PR Białystok z uwzględnieniem masy danego pociągu, wskaźniki jednostkowego zużycia energii elektrycznej dla danej grupy pojazdów ustalone w oparciu o dane historyczne, obowiązek odprowadzenia opłaty mocowej za energię elektryczną zużywaną w godz. 7-22:00, ilość rekuperowanej energii oraz stawkę podatku akcyzowego, moc umowną energii elektrycznej, stawki dystrybucyjne energii, stawkę związaną z obsługą rozliczenia, jednostkowe stawki sprzedaży energii. Na podstawie wzoru na obliczenie łącznego kosztu energii elektrycznej wyliczono koszt zużycia energii elektrycznej dla całej Spółki, w tym koszt energii dla PR Białystok. Porównując ofertę z 2023 r. i przyjęte w niej koszty energii trakcyjnej w stosunku do obecnej oferty wskazał, że obniżenie tego kosztu wynika z obniżenia wysokości stawki kosztu obliczonej z uwzględnieniem ww. wzoru, obniżenia poziomu pracy eksploatacyjnej oraz zakładanego w pozycji „rozsądny zysk” oferty z 2023 r. dodatkowego bufora, stanowiącego zabezpieczenie ryzyka niestabilności cen energii. Izba dała wiarę twierdzeniom POLREGIO, iż precyzyjne wyznaczenie wartości wykorzystanych w ww. symulacjach i kalkulacji kosztów energii trakcyjnej, takich jak wielkość pracy eksploatacyjnej, wskaźniki zapotrzebowania na energię, jest unikalną wiedzą POLREGIO wynikającą z doświadczenia prowadzenia kolejowych przewozów pasażerskich na szeroką skalę, w tym od wielu lat na terenie Województwa Podlaskiego. Izbę przekonała również argumentacja POLREGIO, iż o tym, że szacowana przez POLREGIO stawka kosztu energii nie jest poniżej kosztów i polega na prawidłowych założeniach świadczy fakt, że na dzień 1 października 2024 r. cena kontraktu terminowego na Towarowej Giełdzie Energii S.A. była zbliżona do przyjętej przez POLREGIO w efekcie swoich szacunków.

W efekcie, w ocenie Izby nie doszło do naruszenia wskazanych w zarzucie nr 2 przepisów, tj. art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 224 ust. 1 PZP, art. 224 ust. 5 PZP, art. 224 ust. 6 PZP,

art. 16 pkt 1-3 PZP i art. 17 ust. 1 PZP, a także art. 5 ust. 3 Rozporządzenia 1370/2007. W szczególności, Izba uznała, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego było konkurencyjne, sprawiedliwe i zgodne z zasadami przejrzystości i niedyskryminacji, a także proporcjonalności. Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że wyjaśnienia POLREGIO są niewystarczające i że ma do czynienia z rażąco niską ceną. Zwłaszcza, że – jak zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie – wartość oferty POLREGIO, opiewająca na kwotę 379 803 421,56 zł jest wyższa niż wartość szacunkowa obliczona przez Zamawiającego zgodnie z przepisami PZP tj. 362 500 000 zł.

Podkreślić również należy, iż Izba w niniejszym postępowaniu odwoławczym nie była uprawniona do ponownej weryfikacji wszystkich aspektów wykazania przez POLREGIO, że złożona przez tego wykonawcę oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Kwestie te zostały przesądzone wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. KIO 1940/24 i nie mogą być badane ponownie, mamy bowiem do czynienia ze stanem powagi rzeczy osądzonej. Badaniu w niniejszym postępowaniu podlegały zatem wyłącznie czynności wykonania ww. wyroku przez Zamawiającego, tj. wezwanie POLREGIO do wyjaśnień oraz ocena złożonych w konsekwencji wezwania wyjaśnień POLREGIO, a co za tym idzie zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy wskutek uznania, że nie zawiera ona rażąco niskiej ceny oraz dokonanie jej ponownego wyboru. W tym zakresie, Izba zobowiązana była do zbadania, czy Zamawiający prawidłowo wskazał w wezwaniu do wyjaśnień na aspekty, których wyjaśnienie nakazała Izba oraz czy POLREGIO przedstawił stosowne, wyczerpujące wyjaśnienia – w odniesieniu wyłącznie do kosztów taboru, kosztów druzyn trakcyjnych i konduktorskich oraz kwestii pracowniczych, a także kosztów energii trakcyjnej. Zaznaczyć należy, iż z wyjaśnień POLREGIO nie miało wynikać – tak jak tego chciał Odwołujący – dlaczego oferta POLREGIO złożona w drugim postępowaniu jest tańsza o ponad 100 mln w zakresie samych kosztów taboru, kosztów pracowniczych i kosztów energii trakcyjnej. Tzn. w świetle wyroku Izby, POLREGIO nie było zobowiązane wykazać, że obniżenie ceny oferty wynikało ze zmiany uwarunkowań odnoszących się tylko do tych 3 elementów kosztotwórczych. Odwołujący zdaje się zapominać, że Zamawiający, w wyroku Izby, został zobowiązany jedynie do wyjaśnienia kalkulacji ceny ofertowej w wąskim zakresie, a nie w odniesieniu do całej ceny ofertowej i całej różnicy w cenie obu ofert.

W świetle art. 554 ust. 1 PZP, jakkolwiek zarzut nr 1 jest całkowicie zasadny, to jednak Izba nie była uprawniona do uwzględnienia odwołania w tej części bowiem naruszenie przepisów wskazanych w tym zakresie w odwołaniu – nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Bezprawnemu utajnieniu podlegały w

niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia wyjaśnienia POLREGIO z 31 lipca 2024 r. wraz z załącznikami złożone w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Ich odtajnienie służyć może wyłącznie weryfikacji przez Odwołującego prawidłowości złożonych

wyjaśnień, tzn. weryfikacji, czy złożone przez POLREGIO wyjaśnienia wraz z dowodami uzasadniają podaną w ofercie cenę lub koszt, w zakresie wynikającym z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. KIO 1940/24). Odwołujący sformułował w odwołaniu relevantny zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 224 ust. 1 PZP, art. 224 ust. 5 PZP, art. 224 ust. 6 PZP, a także art. 16 pkt 1-3 PZP i art. 17 ust. 1 PZP, a także art. 5 ust. 3 Rozporządzenia 1370/2007, przez zaniechanie odrzucenia oferty POLREGIO pomimo, że zaoferowana przez tego wykonawcę cena (lub koszt) jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, o złożone przez POLREGIO wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Tym samym, ARRIVA RP poddała pod rozagę Izby kwestie weryfikacji, czy zaoferowana przez POLREGIO cena jest rażąco niska, w szczególności, czy złożone przez POLREGIO wyjaśnienia wraz z dowodami uzasadniają cenę lub koszt ofertowy. Izba przeanalizowała argumentację stron i uczestnika, w tym zapoznała się z treścią wyjaśnień oraz dołączonych do nich dowodów i nie stwierdziła naruszenia ww. przepisów. Tym samym uznała, że Zamawiający prawidłowo zaniechał odrzucenia oferty POLREGIO i dokonał wyboru oferty tego wykonawcy, jako niezawierającej rażąco niskiej ceny. W przypadku odtajnienia żądanych informacji na tym etapie postępowania, ewentualna weryfikacja wyjaśnień POLREGIO przez ARRIVA RP nie mogła by zatem skutkować ponowną weryfikacją wyniku postępowania, w tym odrzuceniem oferty POLREGIO na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP. Ta kwestia została bowiem przesądzona niniejszym wyrokiem. Tym samym, stwierdzone przez Izbę naruszenia przepisów wskazanych w zarzucie nr 1 odwołania – nie miały i nie mogą mieć wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 PZP, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie 557 PZP oraz w oparciu o przepisy 1 i pkt 2 w zw. z 8 ust. 2 pkt 1 Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobieraniu wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437 ze zm.).

Przewodnicząca: