

Sygn. akt: KIO 1940/24

WYROK
z dnia 25 czerwca 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Justyna Tomkowska
Członkowie: Elżbieta Dobrenko
Ryszard Tetzlaff
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 czerwca 2024 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **3 czerwca 2024 roku** przez wykonawcę **ARRIVA RP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Województwo Podlaskie z siedzibą w Białymstoku**

przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego

po stronie Zamawiającego: **POLREGIO Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** (Przystępujący)

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie naruszenia art. 224 ust. 1 pkt 1 Pzp, art. 16 pkt 1-3 Pzp, art. 17 ust. 1 Pzp, a także art. 5 ust. 3 Rozporządzenia 1370/2007 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowienie badania i oceny ofert, w tym wezwanie Przystępującego Polregio do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w zakresie wyliczenia ceny i lub kosztu, w tym ich istotnych części składowych zamówienia dla elementów wskazanych w uzasadnieniu orzeczenia;

2. Oddala pozostałe zarzuty odwołania;

3. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - ARRIVA RP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu i Zamawiającego – Województwo Podlaskie z siedzibą w Białymstoku** w następujący sposób:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - **ARRIVA RP Spółka**

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez **Odwołującego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, a także kwotę **3 600 zł 00** (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez **Zamawiającego – Województwo Podlaskie z siedzibą w Białymstoku** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od Zamawiającego - **Województwa Podlaskiego z siedzibą w Białymstoku –na rzecz** Odwołującego – **ARRIVA RP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu** kwotę **1 950 zł 00 gr** (słownie: tysiąc dziewięćset pięćdziesiąt złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem części kwoty wpisu oraz części kwoty stanowiącej wynagrodzenie 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:

.....

Członkowie:

.....

.....

Sygn. akt KIO 1940/24

UZASADNIENIE

Zamawiający: Województwo Podlaskie z siedzibą w Białymstoku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Świadczenie usług publicznych

w zakresie wojewódzkich kolejowych przewozów pasażerskich. Ogłoszenie o zamówieniu

z dnia 5 lutego 2024 r. o numerze 74990-2024 opublikowano na platformie TED: 74990-2024 - Procedura konkurencyjna - TED (europa.eu), zmieniono w dniu 26 marca 2024 r.

(OJ S 61/2024 z dnia 26.03.2024, 179946-2024).

Dnia 3 czerwca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 505 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zmianami, dalej jako „Pzp”) odwołanie złożył wykonawca ARRIVA RP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu (dalej jako „Odwołujący”).

Odwołanie złożono od niezgodnych z przepisami Pzp czynności Zamawiającego polegających na badaniu, ocenie oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę: POLREGIO S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Polregio” lub „Wykonawca”)

i zaniechania odrzucenia tej oferty, ewentualnie wezwania do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu zarzucam naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1-2 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 oraz art. 15c ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji2 (dalej jako „Uznk”)

w zw. z art. 9 ust. 1 w zw. z art. 4 pkt 10 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów3 (dalej jako „Uokik”) w zw. z art. 16 pkt. 1-3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Polregio, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający

w szczególności na:

a.arbitralnym (oderwanym od rzeczywistych kosztów) i nieuczciwym skalkulowaniu stawki Rekompensaty (w szczególności stawki kosztowej) zaoferowanej

w złożonej ofercie;

b.selektywnym obniżeniu zaoferowanej stawki Rekompensaty (w szczególności stawki kosztowej);

c.zaoferowania realizacji usług poniżej kosztów ich świadczenia;

- w celu wyeliminowania konkurencji i ograniczenia Odwołującemu dostępu do rynku;

2.art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp i art. 17 ust. 1 Pzp, a także art. 5 ust. 3 Rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylającego rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 , przez zaniechanie odrzucenia oferty Polregio, pomimo że zaoferowana cena jest rażąco niska

w stosunku do przedmiotu zamówienia;

3.ewentualnie wobec zarzutu z pkt 2 - art. 224 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, art. 16 pkt 1-3 Pzp, art. 17 ust. 1 Pzp, a także art. 5 ust. 3 Rozporządzenia 1370/2007, przez zaniechanie wezwania Polregio do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w zakresie wyliczenia ceny i lub kosztu, w tym ich istotnych części składowych (zwłaszcza stawki kosztowej), pomimo że wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia

i Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w zaoferowanej cenie zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i wynikającymi z odrębnych przepisów;

4.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 106 ust. 3 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Polregio, pomimo że wykonawca ten nie złożył dokumentów,

o których mowa w pkt. III.2 Opisu przedmiotu zamówienia (dalej jako: „OPZ”), niezbędnych do wykazania spełnienia warunku udziału w przetargu w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej;

5.ewentualnie wobec zarzutu z pkt. 4 - naruszenie art. 126 ust. 1 i art. 128 ust. 1

w zw. z art. 124 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp przez zaniechanie wezwania Polregio do złożenia dokumentów, o których mowa w pkt. III.2 OPZ.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty Polregio jako najkorzystniejszej;

2.odrzucenia oferty Polregio;

3.ewentualnie - wezwania Polregio na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych (zwłaszcza stawki kosztowej), oraz do złożenia dokumentów, o których mowa w pkt. III.2 OPZ.

Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty Polregio jako najkorzystniejszej w dniu 23 maja 2024 r. Zatem termin na złożenie odwołania został zachowany, kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu a Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący wskazał, że legitymuje się interesem do wniesienia odwołania, ponieważ ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp wynikającego z błędnego rozstrzygnięcia postępowania. Oferta Odwołującego jest jedyną inną ofertą niż oferta Polregio. Interes w uzyskaniu zamówienia Odwołującego wyraża się zatem w możliwości uzyskania zamówienia w przypadku realizacji wynikającego z przepisów prawa obowiązku odrzucenia oferty Polregio.

Pozbawienie możliwości udzielenia zamówienia – poprzez wybór oferty, która powinna zostać odrzucona, w sposób oczywisty godzi w interesy Odwołującego i może powodować szkodę majątkową po jego stronie, rozumianą jako

utrata możliwości pozyskania zamówienia publicznego, utraty przychodów i zysku z tytułu jej wykonywania. Dodatkowo Odwołujący ponosi stratę w postaci poniesienia kosztów uczestnictwa w postępowaniu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania wskazano, że dla meritum odwołania istotne znaczenie ma szerszy kontekst rynku, którego część stanowi postępowanie, czyli rynku regionalnych kolejowych przewozów osobowych. Efektem wejścia w życie przepisów składających się na tzw. IV Pakiet Kolejowy, mających na celu ujednoczenie i uproszczenie rynku usług kolejowych na obszarze UE, w szczególności rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/2338 z dnia 14 grudnia 2016 r. zmieniającego rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 w odniesieniu do otwarcia rynku krajowych usług kolejowego transportu pasażerskiego, ma być jego liberalizacja. Modelowe założenie obecnych zasad realizacji usługi kolejowego transportu pasażerów jest takie, by dotować połączenia tak, aby nie rozszerzać wykluczenia komunikacyjnego, a jednocześnie obsługa poszczególnych tras ma być kontraktowana po przeprowadzeniu przejrzystego, niedyskryminacyjnego przetargu.

Wejście na ten rynek nowych przewoźników nie jest jednak łatwe. Pomimo usunięcia ściśle formalnoprawnych przeszkód, wciąż muszą oni zmagać się z istotnymi przeszkodami faktycznymi. Rynek ten charakteryzuje się szerokim zakresem przygotowań niezbędnych do podjęcia realizacji kontraktu, wysokim kosztem zakupu taboru, długim okresem zwrotu nakładów inwestycyjnych oraz narażeniem na zmiany kosztów w czasie realizacji kontraktu, co wymaga uwzględnienia przy formułowaniu dokumentacji postępowania przez zamawiających.

Największa część rynku tych usług realizowana jest wciąż przez skomercjalizowane, byłe państwowe przedsiębiorstwo kolejowe – Polregio, powstałe przez formalne wydzielenie z Polskich Kolei Państwowych, należące obecnie do Agencji Rozwoju Przemysłu S.A. i samorządów wszystkich województw. POLREGIO jest podmiotem, który od początku swojego istnienia został predysponowany do świadczenia usług takich jak stanowiący przedmiot postępowania i który posiada pozycję dominującą na tym rynku, do czego zresztą sam przyznaje się ten przewoźnik w materiałach marketingowych („*Spółka nie ustaje w swoich działaniach rozwojowych i konsekwentnie dąży do ugruntowania dominującej pozycji na rynku przewoźników regionalnych*”).

Odwołujący przywołał także dla określenia statusu POLGERIO pojęcie pozycji dominującej zdefiniowane w art. 4 pkt 10 Uokik, zgodnie z którym przez pozycję dominującą rozumie się pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów, a pozycję tę domniemywa się wtedy, gdy udział przedsiębiorcy w rynku właściwym przekracza 40%. Analizując pozycję Polregio na rynku kontraktów na przewozy pasażerskie w województwach, w których zleceniodawca został wybrany w drodze przetargu, a więc już zliberalizowanych, ma ona na tak zdefiniowanym rynku udział (liczony w pociągokilometrach) na poziomie aż 83,5% , więc aż ponad dwukrotnie przekraczający udział statujący domniemanie pozycji dominującej określony przez ustawodawcę. Jako dowody dołączono do odwołania (1) wyciąg z raportu

„*Jak rozwinąć konkurencję na torach? Przewodnik otwarcia rynku kolejowych przewozów pasażerskich*” sporządzonego przez fundację Prokolej oraz (2) *zestawienie własne Odwołującego* wskazujące na ilość pockm zrealizowanych w roku 2023 w ramach umów zawartych po przeprowadzeniu przetargu przez poszczególnych wykonawców. Niewątpliwie zatem Polregio ma pozycję dominującą na tak zdefiniowanym rynku i co za tym idzie - ciąży na nim szczególna odpowiedzialność za to, by swym zachowaniem nie osłabiało ono skutecznej i niezakłóconej konkurencji .

Polregio (wówczas Przewozy Regionalne Sp. z o.o.) było w przeszłości beneficjentem pomocy publicznej opiewającej na 770 mln zł, mającej na celu uratowanie złej sytuacji finansowej spółki wynikającej z wysokiego zadłużenia, braku wystarczającej płynności wewnętrznej oraz braku zdolności do pozyskania finansowania rynkowego. Decyzja ta była motywowana ryzykiem poważnych zakłóceń w świadczeniu istotnej usługi publicznej kolejowego transportu pasażerów, które mogły zaistnieć ze względu na nierentowność Przewozów Regionalnych Sp. z o.o. w blisko połowie województw. Udzielona Przewozom Regionalnym Sp. z o.o. pomoc została zatwierdzona przez Komisję Europejską, jednakże obwarowana została zobowiązaniem Polski do przyspieszenia o trzy lata procesu liberalizacji poszczególnych regionalnych rynków pasażerskich przewozów kolejowych poprzez organizację przetargów o konkurencyjnym, przejrzystym, niedyskryminacyjnym oraz bezwarunkowym charakterze. Właśnie na skutek tego zobowiązania wprowadzono nowelizację przepisów ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (dalej jako „Uptz”) - w szczególności jej art. 22 ust. 1 pkt 3 i art. 22a, w sposób definitywnie ograniczający dotychczasową możliwość bezpośredniego zawierania umów w zakresie publicznego transportu zbiorowego w transporcie kolejowym, ograniczając ją do ściśle określonych w przepisach przypadków i przyjmując zasadę wyboru operatora w trybie Pzp (art. 19 ust. 1 pkt 1 Uptz) .

Prowadzone postępowanie jest kolejnym krokiem w postępującym procesie liberalizacji rynku kolejowych przewozów osobowych. Kluczowe znaczenie dla jego przebiegu ma umożliwienie podmiotom innym niż Polregio konkurowania na warunkach rzeczywistej

i uczciwej konkurencji. 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.

Istotną okolicznością dla odwołania jest fakt, że postępowanie jest już drugą próbą udzielenia zamówienia stanowiącego jego przedmiot. W postępowaniu poprzedzającym Arriva i Polregio również złożyły oferty, z których korzystniejszą była wówczas oferta Arriva

(439 759 877,39 zł, oferta Polregio 498 543 148,09 zł). Postępowanie to zostało unieważnione w styczniu 2024 r., z uwagi na przekroczenie kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego do sfinansowania zamówienia.

Oba te postępowania mają zasadniczo tożsamy przedmiot, z uwzględnieniem jednak dodatkowej linii Białystok – Ostrołęka, co stanowi zwiększenie zakresu zamówienia o od prawie 560 000 poc/km (Minimalna Praca Eksploatacyjna) do ponad 814 000 poc/km (Maksymalna Praca Eksploatacyjna). W nowym postępowaniu oferenci również złożyli oferty – cena Arriva wyniosła 443 919 559,13 zł, a cena Polregio 379 803 421,56 zł. Mimo zwiększenia zakresu zamówienia w postępowaniu, obecna cena Polregio jest blisko 120 milionów zł niższa niż zaoferowana w postępowaniu poprzedzającym.

W umowach o świadczenie usług publicznych w tym sektorze rynku system ustalania wynagrodzenia należnego wykonawcy zasadniczo oparty jest o konstrukcję Rekompensaty za Pociągokilometr. Zasady określania Rekompensaty określa załącznik nr 4 do SWZ - Zasady obliczania Rekompensaty Finansowej i stosowania Waloryzacji (dalej jako: „Zasady obliczania rekompensaty”).

Zgodnie z Zasadami obliczania rekompensaty, Rekompensata za Pociągokilometr obejmuje trzy komponenty: Przychody za Pociągokilometr (których poziom gwarantuje Organizator – 5,82 zł/pockm), Koszt na Pociągokilometr oraz Rozsądny zysk na Pociągokilometr. Dwie ostatnie wartości określane są przez wykonawców składających oferty na wzorze stanowiącym załącznik nr 3 do Specyfikacji Warunków Zamówienia – Formularzem Ofertowym. Ostatecznie ustalona cena na potrzeby porównania ofert stanowi iloczyn wysokości Rekompensaty za Pociągokilometr oraz Maksymalnej Pracy Eksploatacyjnej. Zgodnie z pkt 1 Załącznika nr 4 do Umowy, określając oferowaną Rekompensatę za Pociągokilometr, wykonawca ma obowiązek uwzględnić w tej stawce wszystkie ryzyka, które są lub powinny być mu znane jako podmiotowi dysponującemu doświadczeniem w realizacji podobnych usług, a także powinna ona obejmować satysfakcjonujący Operatora zysk

z prowadzonej działalności gospodarczej. Operator powinien także uwzględnić wskazane

w pkt 3 Załącznika nr 4 do Umowy koszty związane z realizacją usług objętych Umową

o świadczenie usług publicznych. Świadczenie usług będzie się odbywało od dnia 1 stycznia 2026 r. do 31 grudnia 2030 r. (sekcja 5.1.3. ogłoszenia o zamówieniu).

Odwolujący wskazał w tabeli wartości z Formularza Ofertowego Polregio w ramach postępowania poprzedzającego oraz postępowania obecnego:

	Przychód [zł/pockm]	Koszt [zł/pockm]	Rozsądny zysk [zł/pockm] k	Rekompensata [zł/pockm]
lis. 2023	5,72	45,93	2,28	42,49
kwi. 2024	5,82	35,69	0,4	30,27

W dniu 23 maja br. Zamawiający dokonał wyboru oferty Polregio jako najkorzystniejszej. W ocenie Odwołującego, dokonana przez niego czynność stanowiła wyraz wadliwie przeprowadzonej analizy ofert, w szczególności z pominięciem podstaw do odrzucenia oferty Polregio zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7-8 Pzp.

Czyn nieuczciwej konkurencji

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu Uznk. Ogólna definicja czynu nieuczciwej konkurencji znajduje się w art. 3 ust. 1 uznk, zgodnie z którym jest to działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Kolejne przepisy Uznk (art. 5-17d) typizują niektóre czyny nieuczciwej konkurencji, katalog tych czynów jest jednak otwarty, obejmując także zachowania niestypizowane wprost w treści Uznk, które jednak spełniają przesłanki określone w art. 3 ust. 1 uznk. Na szczególną uwagę w tym zakresie zasługują wskazany w art. 15 ust. 1 Uznk czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku, w tym przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia (art. 15 ust. 1 pkt 1), a także art. 15c sankcjonujący naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję w rozumieniu Uokik.

Zdaniem Odwołującego następujące aspekty działania Polregio wskazują na złożenie przez Polregio oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

a. Kalkulowanie ceny w sposób nieuczciwy

Zgodnie z art. 15c Uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest m.in. nadużywanie pozycji dominującej w rozumieniu art. 9 ust. 1 Uokik.

Wedle ugruntowanego orzecznictwa antymonopolowego, formą narzucania nieuczciwych cen jest m.in. kalkulowanie przez dominanta cen w sposób nierzetelny.

Ze względu na szczególną odpowiedzialność, jaka spoczywa na podmiocie dominującym, podmiot taki nie może bowiem kształtować swoich cen w całkowicie dowolny sposób, lecz musi to czynić oparciu o realną kalkulację kosztów opartą na rzetelnych danych. Orzecznictwo to Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów („Prezes UOKiK”), podsumował następująco : „Przepisy u.o.k.i.k. nie definiują pojęcia ceny nieuczciwej, art. 9 ust. 2 pkt 1 stanowi jedynie, że w pojęciu tym mieszczą się ceny nadmiernie wygórowane albo rażąco niskie. Cecha nieuczciwości powinna być wobec tego konkretyzowana na gruncie każdej sprawy. W niniejszym postępowaniu, jak wskazano wyżej, przedmiotem zarzutu nie jest wysokość ceny, lecz sam sposób jej kalkulacji, uwzględniający koszt oczyszczenia ścieków, przy jednoczesnym zobowiązaniu dostawców ścieków do dostarczania do oczyszczalni ścieków niewymagających oczyszczenia”.

W orzecznictwie sądowym wskazuje się na przypadki, w których o nieuczciwości ceny świadczy właśnie sposób jej skalkulowania. Dla przykładu:

-Sąd Antymonopolowy uznał, że jeżeli sam sposób określania cen jest nieuczciwy,

to i taki charakter mają ustalone przez przedsiębiorcę ceny [Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 8.12.2004 r. (sygn. akt: XVII Ama 95/03)]

-Sąd Najwyższy w uzasadnieniu do wyroku stwierdził, iż nieuczciwa cena może być odniesiona także do przypadku, w którym przedsiębiorca kalkulując cenę uwzględnia koszt, który nie został przez niego poniesiony w związku ze świadczeniem usługi na rzecz konkretnego kontrahenta [Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25.05.2004 r. (sygn. akt: III SK 50/04)]. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu do stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej przez narzucanie nieuczciwych cen wystarczyłoby ustalenie, że cena została nierzetelnie skalkulowana;

-Według Sądu Najwyższego o kalkulowaniu ceny nieuczciwej można mówić

w przypadku, kiedy przedsiębiorca w procesie tym uwzględnia koszty, które nie zostały przez niego poniesione w związku ze świadczeniem konkretnych usług na rzecz danego kontrahenta. Nie ma znaczenia w ocenie Sądu Najwyższego, że w taki sposób skalkulowana cena nie jest nadmiernie wygórowana. Wystarczy bowiem jej kwalifikacja w aspekcie nieuczciwości [Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12.02.2009 r. (sygn. akt: III SK 29/08)].

Rozumowanie to i wypowiedzi orzecznicze mają zastosowanie do każdej formy nierzetelnego kalkulowania cen – w szczególności do ustalania cen w sposób całkowicie dowolny albo do przyjmowania nieracjonalnych założeń dot. poziomu kosztów. Kalkulowanie cen przez dominanta w sposób nierzetelny stanowi nadużycie pozycji dominującej niezależnie od samej wysokości tej ceny (tj. niezależnie od tego, czy ostateczna cena jest rażąco niska lub nadmiernie wygórowana).

Również w orzecznictwie KIO dostrzegano już wcześniej, że „ustalenie cen na poziomie który świadczy o ich oderwaniu od realiów rynkowych, wyłącznie po to aby uzyskać zamówienie, narusza dobre obyczaje kupieckie i może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji” oraz negatywnie oceniano praktykę polegającą na oferowaniu cen opartych nie o rzeczywiste koszty realizacji zamówienia, a ustalone tylko pod kątem wygrania przetargu jako potwierdzającą praktykę nieuczciwej konkurencji wobec pozostałych wykonawców Warto zwrócić uwagę także na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 30/14, zgodnie z którą „okolicznością przesądzającą o naganności postępowania wykonawcy w stopniu uzasadniającym zastosowanie przepisu art. 15 u.z.n.k. jest manipulowanie ceną w celu uzyskania zamówienia. Ponieważ taka czynność zagraża interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, niewątpliwym jest, że działanie wykonawcy utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ”. Przy czym Odwołujący zaznacza, iż zastosowanie przepisu art. 15 Uznk nie wymaga nawet wykazania pozycji dominującej, do której referuje art. 15c Uznk.

W ocenie Odwołującego wadliwość oferty Polregio jest możliwa do ustalenia już

w oparciu o znajdujące się w dyspozycji Zamawiającego informacje – tj. przez porównanie dokumentacji ofertowej Polregio z postępowaniem i postępowaniem poprzedzającego. Szczegółowa analiza treści oferty Polregio powinna prowadzić do ustalenia, iż Wykonawca ten skalkulował swoją cenę w sposób dowolny i arbitralny, tj. w oderwaniu od realnej kalkulacji kosztów opartej na rzetelnych danych.

Oba postępowania nie zawierały istotniejszych różnic przedmiotowych. Jedyną poważną różnicą co do zakresu przedmiotowego tych zamówień jest zwiększenie planowanej minimalnej oraz maksymalnej Pracy Eksploatacyjnej ze względu na objęcie postępowaniem dodatkowej linii Białystok – Ostrołęka (wzrost maksymalnej Pracy Eksploatacyjnej z 11 733 187,764 na 12 547 189,348 poc/km). Zmiana ta, jako referująca do ilości Pracy Eksploatacyjnej w ramach zamówienia, wpłynęła istotnie na ostateczną cenę ofertową (obliczaną przez przemnożenie zaoferowanej stawki Rekompensaty na Pociągokilometr przez maksymalną Pracę Eksploatacyjną), jednakże nie powinna była wpłynąć w

istotny sposób na spadek kosztów po stronie zainteresowanych wykonawców. Również i pozostałe zmiany wprowadzone pomiędzy postępowaniami (redukcja górnego limitu kar umownych z 10% na 7%, zmiana stawki przychodu gwarantowanego z 5,72 PLN na 5,82 PLN na pociągokilometr czy nieznaczne obniżenie niektórych kar umownych) nie powinny pozwolić na zauważalne obniżenie kosztów przez wykonawcę.

Wręcz przeciwnie, wydaje się, że zmiany mogące ewentualnie pomniejszyć nieznacznie koszty realizacji umowy po stronie wykonawców czy pozwalające zmniejszyć przyjęte rezerwy na ryzyka, zostały zrównoważone przez zmiany powodujące zwiększenie kosztów – zmianę terminu rozpoczęcia usług (pkt 2.1. Umowy), co wymaga uwzględnienia wzrostu cen pomiędzy rokiem 2025 i 2026 w zaofferowanej stawce, jak również wprowadzenie limitu maksymalnego dla mechanizmu waloryzacji 20% (pkt 1 Załącznika nr 4).

Przy przyjęciu zasad kalkulowania ceny w oparciu o rzeczywiste, rynkowe elementy kosztotwórcze wydaje się zatem nierealnym obniżenie przez Polregio zaofferowanej w ofercie stawki kosztowej z 45,93 zł/pocmk – aż do stawki 35,69 zł/pocmk, tj. o ponad 22% przyjętych kosztów (tj. aż o ponad 10 zł na każdym pociągokilometrze, co jest działaniem niespotykanym – dla porównania, różnica w stawce kosztowej Arriva w obu postępowaniach to jedynie 5%). Nie jest możliwe znalezienie racjonalnego, biznesowego uzasadnienia tak dużej obniżki stawki kosztowej na przestrzeni kilku miesięcy, przy jednoczesnym braku istotnej zmiany okoliczności zewnętrznych mogących mieć wpływ na tę wycenę. W rezultacie, mimo zwiększenia zakresu usług, Polregio obniżyło cenę o ok. 118.000.000 zł (w tym o 128,5 miliona pomniejszając koszty), co nie znajduje obiektywnego, rynkowego uzasadnienia.

Powyższe prowadzi do konkluzji, że ceny zaofferowane przez Polregio ustalone były w sposób dowolny, a w każdym razie w oderwaniu od realnej kalkulacji kosztów opartej na rzetelnych danych pozwalających na zapewnienie najtańszej zyskowej usługi wypełniającej standard jakościowy wymagany przez Zamawiającego. Okoliczności dokonanej obniżki ceny – zmiana kosztów dopiero po poznaniu ceny zaofferowanej przez Arriva, będącego jedynym bezpośrednim konkurentem w obydwu przetargach - pozwalają domniemywać, że głównym czynnikiem wziętym przez Polregio pod uwagę przy kalkulacji ceny było wyeliminowanie konkurencji i ograniczenie dostępu do rynku Arriva, nie zważając na rentowność tego kontraktu.

W ocenie Odwołującego, Polregio nie wywiązało się więc z ciążącej na tym podmiocie, jako na podmiocie dominującym, szczególnej odpowiedzialności za to, by swym zachowaniem nie osłabiać skutecznej i niezakłóconej konkurencji rynkowej, a sposób kalkulowania ceny przyjęty przez Polregio nosi znamiona nadużywania pozycji dominującej. Wobec tego zachowanie Polregio stanowi również czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15c Uznk w zw. z art. 9 ust. 1 Uokik.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż nie jest to praktyka jednorazowa stosowana w przetargach ogłaszanych przez Województwo Podlaskie. Podobna sytuacja miała miejsce w 2012 r., gdzie oferta Arriva przedstawiała najkorzystniejszą cenę, a przetarg został unieważniony z powodu przekroczenia budżetu. Następnie spółka Polregio złożyła już w kolejnym postępowaniu niższą cenę, eliminując Arriva z możliwości zdobycia zamówienia.

b. Selektywna obniżka mająca na celu wyeliminowanie jedyne konkurenta

Niezależnie od kalkulowania ceny w sposób nieuczciwy, w ocenie Odwołującego zachowanie Polregio stanowi również nadużycie pozycji dominującej (a zatem i czyn nieuczciwej konkurencji) także z innego powodu: dokonana przez Polregio obniżka miała charakter selektywny i była nakierowana na wyeliminowanie jedyne konkurenta - tj. na wyeliminowanie Arriva. Polregio dopuściła się w ten sposób nadużycia polegającego na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji (art. 9 ust. 2 pkt 5 Uokik).

W sprawie Compagnie Maritime Belge Europejski Trybunał Sprawiedliwości oceniał praktykę polegającą na wprowadzeniu przez dominujący związek przewoźników morskich selektywnych obniżek cen wymierzonych w konkurentów – dominant obniżał cenę frachtu poniżej standardowej taryfy wyłącznie w odniesieniu do tych statków, które wypływały w tym samym czasie, co statki głównego konkurenta (praktyka znana jako „walczące statki”). Trybunał orzekł, że: „Gdy konferencja przewoźników liniowych zajmująca pozycję dominującą selektywnie obniża swoje ceny, aby celowo dopasować je do cen konkurenta, odnosi podwójną korzyść. Po pierwsze, eliminuje główny i prawdopodobnie jedyny środek konkurencji dostępny dla konkurującego przedsiębiorstwa. Po drugie, może nadal wymagać od swoich użytkowników płacenia wyższych cen za usługi, które nie są zagrożone przez tę konkurencję.

W niniejszej sprawie nie jest konieczne rozstrzygnięcie ogólnie w przedmiocie okoliczności, w których konferencja linii żeglugowych może zgodnie z prawem, indywidualnie dla każdego przypadku, przyjąć ceny niższe od cen zawartych w ogłoszonej przez nią taryfie w celu konkurowania z konkurentem oferującym niższe ceny, [...] Wystarczy przypomnieć, że rozpatrywane tu zachowanie jest zachowaniem konferencji posiadającej ponad 90% udziału w rozpatrywanym rynku i tyko jednego konkurenta. Ponadto [...] celem zarzucanego zachowania było wyeliminowanie G & C z rynku.

Sąd Pierwszej Instancji nie naruszył zatem prawa, uznając za uzasadnione zastrzeżenia Komisji, zgodnie z którymi praktyka znana jako walczące statki, stosowana wobec G & C, stanowiła nadużycie pozycji dominującej”.

Analogicznie w tej sprawie, można uznać, że podmiot o pozycji dominującej (Polregio) selektywnie (tzn. tylko w zakresie, w jakim jest narażony na konkurencję) obniża swoje ceny, aby celowo dopasować je do cen konkurenta (Arriva). W ten sposób eliminuje główny i w istocie jedyny środek konkurencji dostępny dla Arriva. Może przy tym nadal korzystać z zysków osiąganych na kontraktach z województwami, przy których zawieraniu żadna konkurencja nie występowała (ponieważ zostały udzielone bez przetargu). Podobnie jak w przywołanej sprawie naruszciciel posiada wyjątkowo silną pozycję rynkową, ma tylko jednego konkurenta (tj. Arriva) i celem wprowadzonej przez niego obniżki było wyeliminowanie tego konkurenta (obniżka została bowiem wprowadzona dopiero w odpowiedzi na próbę wejścia przez Arriva na rynek).

Podobną kwestię Europejski Trybunał Sprawiedliwości analizował w sprawie *Irish Sugar* – Komisja Europejska uznała, że irlandzki producent cukru nadużył pozycji dominującej wprowadzając tzw. „rabaty graniczne”, tzn. rabaty przyznawane wyłącznie wybranym klientom zlokalizowanym przy granicy z Irlandią Północną, których celem było ograniczenie możliwości wejścia na rynek konkurentom z Irlandii Północnej. Stwierdzając naruszenie Komisja wskazała, że: *„Rabat graniczny nie był związany z obiektywnymi czynnikami ekonomicznymi, takimi jak wielkość sprzedaży klientów. Stosowano go i modulowano zawsze, gdy uznawano, że różnica cen między Irlandią Północną a Irlandią mogła skłonić do sprzedaży transgranicznej”*. Trybunał utrzymał zasadniczą część decyzji Komisji biorąc jednocześnie pod uwagę, że naruszciciel miał w tym przypadku wyjątkowo wysoki udział w rynku właściwym (tj. 88%).

Podobnie dominant (tj. Polregio) posiadający wyjątkowo silną pozycję rynkową (udział w rynku na poziomie 82%) wprowadza selektywną obniżkę, która nie jest uzasadniona obiektywnymi czynnikami ekonomicznymi lecz tym, aby zablokować wejście na rynek konkurenta (tj. Arriva).

Kwestia selektywnych obniżek cen była również analizowana przez polski Sąd Najwyższy w wyroku w sprawie Przeglądu Sportowego. Dotyczył on odwołania od decyzji Prezesa UOKiK uznającej za nadużycie pozycji dominującej praktykę dominant na rynku dzienników sportowych (Marquard Media) polegającą na znacznym obniżeniu ceny detalicznej dziennika „Przegląd Sportowy” wyłącznie w województwie śląskim. Sąd Najwyższy wskazał w nim, że: *„[...] niniejsza sprawa dotyczy nadużycia pozycji dominującej o charakterze antykonkurencyjnym, to jest takiego zachowania przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą, które będąc obiektywnie sprzeczne z wzorcami normalnej konkurencji może wpływać na strukturę rynku pozycji dominującej lub innego rynku i przybiera postać stosowania środków niemających związku z konkurencją merytoryczną o nabywców, bądź polega na stosowaniu środków używanych w toku rywalizacji na konkurencyjnych rynkach, które jednak są nieproporcjonalne na rynku dotkniętym zachowaniem dominującego przedsiębiorcy, utrudniając w ten sposób zachowanie lub rozwój istniejącej jeszcze na nim konkurencji. Nadużycie tego rodzaju może polegać na „zaatakowaniu” kluczowego dla konkurenta obszaru poprzez zastosowanie strategii zróżnicowanych cen, polegającej na zbywaniu oferowanego na terytorium całego kraju towaru po niższej cenie na rynku kluczowym dla jedyne go konkurenta, bez względu na to, czy jest to cena poniżej kosztów dominanty.*

[...]

Selektywne obniżenie ceny [Przeglądu Sportowego] (ograniczone do województwa [śląskiego]) zostało wprowadzone po usamodzielnieniu się [dziennika Sport] i dotyczyło obszaru najbardziej wrażliwego dla jedyne go, jeżeli potwierdzi to analiza rynku właściwego, konkurenta powódki, rozwijającego swoją samodzielną działalność wydawniczą. Połączenie sekwencji poszczególnych wydarzeń (zakończenie współpracy powódki i redakcji [Sportu]) z terytorialnym zakresem obniżki umożliwia przeprowadzenie logicznie spójnego rozumowania, zgodnie z którym zachowanie powódki było ukierunkowane na osłabienie, a nawet eliminację jedyne go niezależnego od niej wydawcy dziennika sportowego. W ten sposób powódka przeciwdziałała warunkom niezbędnym do rozwoju konkurencji, gdyż próbowała zneutralizować poczynania konkurenta na początkowym etapie jego samodzielnej działalności”.

Jednocześnie Sąd Najwyższy w pełni podzielił zapatrywania Sądu Apelacyjnego, że: *„Cena może zostać uznana za nieuczciwą nawet jeżeli nie jest ceną poniżej kosztów”*.

W ocenie Odwołującego Polregio nadużyło swojej pozycji dominującej „atakując” jedyne go konkurenta poprzez selektywną obniżkę ceny na obszarze kluczowym dla tego konkurenta (ponieważ jest to jeden z bardzo niewielu obszarów sektora kolejowego otwartych na konkurencję) mającą na celu przeciwdziałanie rozwojowi konkurencji na tym rynku.

Powyższe prowadzi do wniosku, że selektywna obniżka wprowadzona przez Polregio, podobnie jak selektywne obniżki wprowadzone przez Compagnie Maritime Belge, Irish Sugar czy Marquard Media, stanowiła nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu art. 9 ust. 1 Uokik, a zarazem czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15c u.z.n.k. w zw. z art. 9 ust. 1 Uokik.

Dla jasności warto dodać, że Arriva nie kwestionuje prawa Polregio do konkurowania z Arriva. Kwestionuje natomiast praktykę polegającą na tym, że co do zasady Polregio stosuje ceny „normalne”, natomiast w razie pojawienia się konkurenta jest w stanie zastosować ogromną obniżkę (w tym przypadku o 29%), aby tylko nie dopuścić tego konkurenta do rynku. Takie zachowanie nie odpowiada spoczywającemu na przedsiębiorcy dominującą obowiązku nieosłabiania rzeczywistej i niezakłóconej konkurencji. Polregio powinno zawsze, w każdym przetargu i wobec każdego klienta, oferować możliwie najlepsze ceny.

Selektywne obniżki powodują istotne efekty antykonkurencyjne. Z jednej strony mają one charakter wykluczający, wywołują one tzw. „efekt mrożący”, tzn. sygnalizują potencjalnym konkurentom, że inwestowanie zasobów w próby wejścia na rynek „należący” do danego podmiotu jest bardzo ryzykowne, ponieważ w odpowiedzi na jakąkolwiek próbę wejścia na taki rynek podmiot ten jest skłonny dokonać praktycznie dowolnych obniżek, czyniąc taką próbę nieopłacalną. Z drugiej strony pozwalają dominantowi na eksploatację kontrahentów, bowiem tam, gdzie konkurencja nie funkcjonuje (bo albo jej nigdy nie było, albo została skutecznie wyeliminowana), może on nadal stosować swoje „standardowe” ceny. Przyzwolenie na stosowanie przez Polregio takich selektywnych obniżek może zatem spowodować, że polski rynek kontraktów na przewozy pasażerskie w województwach, pomimo wielu wysiłków mających na celu jego liberalizację, może nigdy nie stać się rynkiem konkurencyjnym.

c. Sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia

Dodatkowo, w przekonaniu Odwołującego, działanie Polregio wypełnia także znamiona czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art. 15 ust. 1 pkt 1 Uznk, polegającego na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia.

Tego rodzaju czyn nieuczciwej konkurencji na gruncie Pzp traktowany jest podobny do innej podstawy odrzucenia oferty określonej w art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, tj. obowiązku odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, stąd zarzuty w tym zakresie zostały łącznie uzasadnione.

Przesłanka utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku jest uzasadniona argumentami wskazanymi powyżej, w odniesieniu do pozostałych czynów nieuczciwej konkurencji, w szczególności w odniesieniu do zaoferowania obecnej, znacznie niższej od pierwotnej, ceny dopiero w odpowiedzi na zapoznanie się z ceną Arriva zaoferowaną w postępowaniu poprzedzającym.

Reasumując, na czyn nieuczciwej konkurencji, w tym dowolną kalkulację Polregio, selektywną obniżkę oraz sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia, wskazują przede wszystkim okoliczności takie jak obniżenie przez Polregio ceny usługi o ok. 30% w relatywnie krótkim czasie i przy braku istotnych zmian zakresu tej usługi (a wręcz wskazujących na zasadność jej podwyższenia), w tym obniżenie przez Polregio aż o 22% swojej bazy kosztowej w sytuacji, gdy Polregio nie ma znacznego wpływu na znakomitą wielkość kosztów składających się na tę bazę. Ponadto, istotne są przeszłe zachowania Polregio, w tym w szczególności (i) podobna sytuacja faktyczna w przetargu prowadzonym w 2012 r. przez Województwo Podlaskie oraz (ii) późniejsza dramatyczna sytuacja finansowa i konieczność uzyskania pomocy publicznej w wysokości 770 mln zł, wskutek czego Polska została zobowiązana otworzyć rynek wojewódzkich przewozów kolejowych pasażerskich na konkurencję. Wskazać należy również wypowiedzi publiczne Polregio, które obrazują brak racjonalnej przyczyny obniżki. Powyższej argumentacji brakuje logicznego uzasadnienia, skoro porównaniu – względem drastycznego obniżenia stawki kosztów Polregio - powinna podlegać co najwyżej ostatecznie ukształtowana treść SWZ w postępowaniu do treści SWZ w postępowaniu poprzedzającym, a nie pierwotna i ostateczna treść SWZ w obecnym postępowaniu (przykładowo, w odniesieniu do waloryzacji obecna treść SWZ jest mniej korzystna w porównaniu do Postępowania Poprzedzającego, skoro wprowadzony został górny limit waloryzacji).

Rażąco niska cena

Niezależnie od niedostrzeżenia czynu nieuczciwej konkurencji w złożeniu oferty przez Polregio, Zamawiający naruszył także art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający jest zobligowany do odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Pojęcie rażąco niskiej ceny nie zostało zdefiniowane w treści Pzp. Orzecznictwo wykształciło jednak stosunkowo spójną definicję tego pojęcia. Za szeroko cytowanym wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt X Ga 3/07

„o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług”. Warto przytoczyć także wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 6 września 2002 r., sygn. akt V Ca 1020/02, zgodnie z którym „przez cenę rażąco niską należy rozumieć cenę znacząco odbiegającą od cen rynkowych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów ponoszonych przez wykonawcę”. Chodzi o cenę niewiarygodną, nierealną, odbiegającą od cen rynkowych.

Kwestia rażąco niskiej ceny podlega każdorazowo analizie w okolicznościach faktycznych danego przypadku. Iżba już wielokrotnie wypowiadała się w przeszłości, że w poszczególnych przypadkach kilkunastoprocentowa różnica cenowa pomiędzy złożonymi w postępowaniu ofertami może świadczyć o cenie rażąco niskiej.

W tym postępowaniu podstawowym tropem zarzutu jest arbitralne i gwałtowne obniżenie przez Polregio zaofiarowanej stawki rekompensaty (o 29 %), w szczególności jej istotnej części składowej - stawki kosztowej (o 22%) - zaofiarowanej w dwóch zbliżonych przedmiotowo postępowaniach (ok 5 miesięcy różnicy w czasie złożenia pierwszej i kolejnej ofert), które nie znajduje uzasadnienia w różnicach między warunkami zamówień stanowiących przedmiot tych postępowań, czy też w jakichkolwiek okolicznościach zewnętrznych zachodzących wobec Polregio. Na przełomie kilku miesięcy (listopad 2023 r. – kwiecień 2024 r.), Polregio obniżyło oferowaną stawkę kosztową aż o 22%, łącznie oferując cenę niższą aż o ok 118 milionów złotych.

Odwołujący wskazał listę kosztów ujętą w dokumentacji postępowania, których uwzględnienia wymagał Zamawiający w ramach stawki kosztowej oferowanej przez wykonawców składających oferty (zgodnie z załącznikiem nr 4 do Umowy – pkt 3 Koszty). Koszty te mają w dużej mierze charakter uniwersalny i niezależny od wykonawców, w niewielkim jedynie stopniu dając przestrzeń na ewentualne oszczędności w ramach określania stawki kosztowej. W szczególności, w zakresie pozycji 1-9 tabeli (stanowiący łącznie aż ponad 80 % kosztów), wykonawcy mają bardzo ograniczoną możliwość zaoszczędzenia na tych kosztach, gdyż wartości wskazywane w tych pozycjach w zdecydowanej mierze wynikają z czynników od nich zewnętrznych.

Co do zasady estymowane koszty mają charakter zbliżony dla wszystkich wykonawców, przede wszystkim w zakresie:

-stawek wspólnych dla wszystkich podmiotów korzystających z infrastruktury kolejowej (pozycja 1 oraz 6 w tabeli powyżej) - koszty zależne od stawek za kms ustalonych przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., zgodnie z obowiązującym cennikiem opłat za korzystanie

z infrastruktury kolejowej (brana pod uwagę wielkość pojazdu oraz kategoria odcinka).

Z kolei pod poz. 6 jest opłata dworcowa, również jednakowa dla wszystkich korzystających,

a ustalana przez zarządcę obiektów; Kwestie te reguluje Regulamin dostęp przez licencjonowanych przewoźników kolejowych do obiektu infrastruktury usługowej – stacji pasażerskiej, wydanym przez PKP S.A., zgodnie z art. 36f ust. 1 ustawy z 28 marca 2023

o transporcie kolejowym.

-stawek rynkowych dla pracowników danego typu (pozycja 4, 5, 11 oraz 14); koszty osobowe wyznacza w szczególności liczba pracowników, płaca brutto czy składniki pozapłacowe. Biorąc pod uwagę stawki rynkowe dla stanowisk poszczególnych typów, niedobór pracowników kolei na rynku oraz późniejszą o rok datę rozpoczęcia świadczenia usług, nie sposób przyjąć, iż Polregio zakłada obniżenie wynagrodzeń, tym bardziej biorąc pod uwagę treść porozumienia zawartego przez Polregio ze związkami zawodowymi.

-warunków rynkowych dla kosztów paliwa oraz energii (pozycja 2 oraz 3); koszty tego typu wyznacza głównie spalanie poszczególnych pojazdów (przy czym pojazdy są w większości przekazywane przez Zamawiającego) oraz cena zakupu paliwa i energii, w tym koszty dystrybucji czy dostępu do urządzeń zaopatrzenia. Cena zakupu paliwa ON na rynku polskim kształtować się może w oparciu o 2 parametry: PLATTS lub SPOT (np. Orlen) na taryfie minus (SPOT-udzielony rabat). Biorąc pod uwagę te kwestie nie jest możliwym znacząca obniżka tych kosztów na przestrzeni 2 postępowań przetargowych przy obecnej sytuacji rynkowej. Energia jest estymowana na podstawie założeń do ostatecznej ceny z kWh. Stawki za usługi dystrybucyjne są zawarte w Taryfie dla energii elektrycznej PGE Energetyka Kolejowa.

-stawek rynkowych części i usług, służących do utrzymania taboru. Tabor jest

w zdecydowanej większości ten sam, udostępniany na podstawie umowy dzierżawy przez Zamawiającego, zgodnie z załącznikiem nr 14 do Umowy. Każdy typ pojazdów ma jasno sprecyzowany zakres oraz resurs pomiędzy przeglądami (zał. Nr 1a do SWZ; Analiza dostępności taboru przygotowana przez Zamawiającego), które stanowią znaczący koszt (pozycja 7 oraz 8). Dodatkowo istotna część kosztów utrzymania (przeglądy poziomu P4 oraz P5 dla pojazdów Zamawiającego) są po stronie Zamawiającego (załącznik nr 14 do Umowy, par. 4), a więc nie mogą stanowić przedmiotu optymalizacji. Tak więc estymowane koszty utrzymania pojazdów biorąc pod uwagę opóźnienie terminu rozpoczęcia świadczenia usług

o rok względem postępowania poprzedzającego, nie powinny ulec zmniejszeniu a wręcz przeciwnie powinny być m.in. zindeksowane o inflację.

-stawek dzierżawy pojazdów - dla pojazdów Zamawiającego jest to stawka ustalona we wzorze umowy dzierżawy, załącznik nr 14 do Umowy (pozycja 9), która się nie zmienia.

Dla pozostałych pojazdów jest to stawka rynkowa.

-pozostałe koszty, czyli pozycje od 10 do 14 w powyżej tabeli również podlegają uwarunkowaniom rynkowym i nie jest możliwym ich tak znacząca obniżka. Największe pozycje w tych kosztach to m. in.:

- pracownicy wsparcia (m.in Dyspozytorzy, BHP, Finanse, Zarządzanie);
- o obsługa pojazdów (mycie, odfekalnianie); o koszty sprzedaży i marketingu (prowizje od biletów, utrzymanie systemów i infrastruktury sprzedażowej);
- koszty IT; o koszty utrzymania lokalizacji.

Na znakomitą większość swoich kosztów Polregio nie ma zatem realnego wpływu w znacznym zakresie, bowiem decydują o nich czynniki rynkowe i zewnętrzne, w dużej mierze niezależne od wykonawcy (ceny i taryfy paliw, energii, stawki za dostęp do infrastruktury, wynagrodzenia na rynku), jak i treść warunków zamówienia (w tym np. używany tabor, ilość zużywanej energii i paliwa), a także np. zakres świadczonych usług wpływający na niezbędną ilość personelu). Zatem 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 pociągo-kilometrze, co biorąc pod uwagę Maksymalną Pracę Eksploatacyjną (zwiększoną o 814.000 pociągo-kilometrów) oznacza obniżenie przez Polregio kosztów o kwotę ok. 128,5 miliona złotych. W ocenie Odwoływającego nie jest możliwym, żeby uwzględniając minimalne rynkowe koszty we wskazanych pozycjach, dokonać tak daleko idącej obniżki kosztów, jak ta dokonana przez Polregio.

Odwołujący zwrócił uwagę, że takiego rodzaju wady w wyliczeniu stawki kosztowej przez Polregio (a co za tym idzie ceny), nie będą mogły być skutecznie sanowane z wykorzystaniem umownego mechanizmu waloryzacji, przewidzianego w Zasadach ustalania rekompensaty – pkt 6. Abstrahując już od okoliczności, że waloryzacja znajdzie zastosowanie dopiero od początku II Okresu Rozliczeniowego w rozumieniu Umowy, a więc dopiero od 1 stycznia 2027 r., to mechanizm waloryzacji oparty o wskaźnik wzrostu przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw bez wypłaty nagród z zysku oraz wskaźnik wzrostu cen paliwa i energii nie powinien i nie może posłużyć do sanowania treści oferty. Biorąc pod uwagę rozpoczęcie terminu świadczenia usług dopiero od 1 stycznia 2026 r., wykonawca powinien ze szczególną starannością oszacować koszty, skoro musi je zaprognozować blisko dwa lata na przód. W takim wypadku łatwo o tzw. błąd prognozy, skutkujący niedoszacowaniem kosztów, który nie będzie skompensowany późniejszą waloryzacją – wręcz przeciwnie, będzie on przynosił negatywne konsekwencje przez cały 5-letni okres świadczenia usług, bowiem będzie stanowił zaniżoną bazę dla kalkulowania rekompensaty (wynagrodzenia) i waloryzacji. Tym bardziej nierealne jest obniżenie stawki kosztowej Polregio o ok 22%.

Należy zwrócić uwagę na twierdzenia Polregio w postępowaniu odwoławczym sygn. akt KIO 496/24, 499/24 (str. 19-23 odwołania Polregio), gdzie wykonawca sam przyznawał, iż koszty wskazane w pkt 1,2,3,6,7,8,9,12,13 powyżej są niezależne od operatora i w ostatnich latach znacznie rosły. Potwierdza to zarzut Odwoływającego o nierealności tak znacznego ich obniżenia w realiach niniejszej sprawy. Natomiast zdaniem tego Wykonawcy koszty z pkt 4, 5, 10, 11, 14 powyżej, są tylko częściowo zależne od operatora. Tym bardziej więc biorąc pod uwagę przesunięcie terminu rozpoczęcia świadczenia usług z 2025 r. na 2026 r., koszty te nie powinny w ofercie Polregio zmaleć, lecz wzrosnąć co najmniej o wskaźnik inflacji.

Należy także zauważyć, że Polregio drastycznie obniżyło – aż o 82 % - także stawkę rozsądnego zysku, w stosunku do oferty złożonej w postępowaniu poprzedzającym, oferując go obecnie na poziomie jedynie 40 gr na poc/km. Zatem jakiegokolwiek niedoszacowanie kosztów rodzi ryzyko ogromnych strat po stronie tego Wykonawcy.

W świetle przepisów o dotyczących przeciwdziałaniu rażąco niskim cenom, jak i w świetle Rozporządzenia 1370/2007, rekompensata powinna rzeczywiście zapewniać (1) możliwość świadczenia przez przewoźnika usług regionalnego transportu kolejowego na zasadach akceptowalnych ekonomicznie, a także (2) efektywność tych usług, w tym ich odpowiednią jakość, stabilność finansową oraz ciągły i trwały charakter, zapewniając tym samym również minimalną atrakcyjność wspomnianych usług dla utrzymania zainteresowania oferentów udziałem w postępowaniach przetargowych dotyczących powierzenia tych usług. Akceptowanie rażąco zaniżania rekompensaty albo ich istotnych części składowych (w tym arbitralności w szacowaniu kosztów), prowadzi zatem do wypaczenia także celów Rozporządzenia 1370/2007, z uwzględnieniem zasady proporcjonalności, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również efektywności. W komunikacie Komisji z 2014 roku w sprawie wytycznych interpretacyjnych w odniesieniu do rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego, wskazano: „przepisy rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 mają na celu nie tylko zapobieganie wszelkim ewentualnym nadmiernym rekompensatom za realizację zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych, lecz również zapewnienie finansowej stabilności oferowanych usług publicznych określonych w stosownej umowie, aby osiągnąć

i utrzymać wysoki poziom jakości tych usług. (...) Niezależnie od sytuacji, nie wypłacając odpowiedniej rekompensaty, właściwy organ może doprowadzić do tego, że zmniejszeniu ulegnie liczba ofert składanych w odpowiedzi na zaproszenie do udziału w postępowaniu przetargowym o udzielenie zamówienia prowadzącego do zawarcia umowy o świadczenie usług publicznych, podmiot świadczący usługi stanie w obliczu poważnych trudności finansowych w przypadku bezpośredniego udzielenia zamówienia na usługi publiczne lub pogorszeniu ulegnie ogólny poziom i jakość usług publicznych świadczonych w okresie obowiązywania umowy". Warto przy tym zauważyć, że niezależnie od pogorszenia sytuacji indywidualnego usługodawcy stosowanie przez państwo członkowskie zaniżonych rekompensat może, w ocenie Komisji, stanowić również źródło niepożądanego sygnału dla rynku, iż usługi regionalnego transportu kolejowego są powierzane na warunkach trudnych do zaakceptowania dla przedsiębiorców. Taki sygnał może skutkować zmniejszeniem zainteresowania przedsiębiorców postępowaniami przetargowymi, ze szkodą dla sektora publicznego oraz użytkowników usługi oraz, co istotne, naruszeniem ogólnych celów Rozporządzenia 1370/2007 zmierzającego do powierzenia usług transportu kolejowego co do zasady w drodze konkurencyjnego przetargu (art. 5 ust. 3 Rozporządzenia 1370/2007).

Ostatecznym poszkodowanym w przypadku realizacji nierentownego kontraktu przez operatora usług publicznego zbiorowego transportu pasażerskiego, są pasażerowie i podatnicy. Prawdopodobną konsekwencją realizacji nierentownego kontraktu jest bowiem z natury zwykle obniżenie jakości świadczonych usług. W ocenie Odwołującego warto zatem zwrócić uwagę na szczególny charakter usług w ogólnym interesie gospodarczym, stanowiących przedmiot postępowania. Są to usługi świadczone w sposób ciągły i nieprzerwany, a ich wysoka jakość, bezpieczeństwo oraz punktualność przewozów, powinny stanowić priorytet.

Odwołujący powołał się na przykładowe doniesienia medialne obrazują doniosłość kwestii związanych z odpowiednim świadczeniem usług publicznego transportu zbiorowego:

- kontrakt realizowany przez Polregio dla Województwa Lubuskiego, gdzie w samym I-III kwartałach 2023 r. odwołano 2 682 pociągów (tj. około 30% połączeń dziennie), a kary umowne dla Polregio za ten czasookres wyniosły 2,33 mln złotych;
- kontrakt realizowany przez Polregio dla Województwa Dolnośląskiego, gdzie w niecałym 2022 r. odwołano 1,5 tysiąca pociągów i wymierzono Polregio 2 mln złotych kary;
- kontrakt realizowany przez Polregio dla Województwa Zachodniopomorskiego, w którym pasażerowie protestują kontrakt realizowany przez Polregio dla Województwa Zachodniopomorskiego, co do którego zgłaszane są rażące zastrzeżenia w zakresie jakości jego realizacji.

Z kolei, zagrożenie zakłócenia świadczonych usług, np. strajkami pracowników operatora, domagających się podwyżek wynagrodzenia, niezależnie od przyczyn takiego stanu rzeczy, może stanowić istotną presję na samorządy w kontekście podwyższenia stawki rekompensaty, wynikającej z zawartych umów.

Ewentualne „ratowanie” jakościowej realizacji kontraktu poprzez pokrycie kosztów realizacji kontraktu zyskami z innych umów, stanowiłoby tzw. subsydiowanie skrośne, co kwalifikowane jest jako inna kategoria czynu nieuczciwej konkurencji.

Nie można tracić z pola widzenia także potencjalnych skutków długofalowych, w skali makro, do którego doprowadzić przyzwolenie na eliminowanie konkurencji oraz oferowanie ceny opiewającej na koszt rażąco niski – przede wszystkim uwsteczni to bowiem proces liberalizacji regionalnych rynków pasażerskich przewozów kolejowych, stwarzając jedynie pozór przeprowadzenia konkurencyjnej procedury przez Zamawiającego, która doprowadzi do skutków faktycznie tożsamych bezpośredniemu powierzeniu realizacji zamówienia. Biorąc pod uwagę szczególną odpowiedzialność Wykonawcy, wynikającą z dominującej pozycji na rynku, a także historię restrukturyzacji w formie pomocy publicznej, tym bardziej zasadne jest przykładanie szczególnej uwagi do oceny okoliczności zreferowanych w odwołaniu.

Zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny

W przypadku nieprzychylenia się przez KIO do argumentacji przemawiającej bezpośrednio za odrzuceniem oferty Polregio, Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu wezwania Polregio do złożenia wyjaśnień dotyczących zaferowanej ceny, zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp.

Przepis ten wskazuje, że jeżeli zaferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Już w przypadku zatem samego podejrzenia rażącego zaniżenia lub samej obawy

o brak możliwości wykonania zamówienia, a także w sytuacji, gdy te dwa czynniki wystąpią łącznie, wszczęte powinno zostać postępowanie wyjaśniające na tej podstawie. Co również bardzo istotne, sformułowanie „zamawiający żąda” zawarte w przepisie stanowi o obowiązku spoczywającym na zamawiającym do wszczęcia tej procedury w przypadku podstawy do zaistnienia takich podejrzeń czy obaw istniejącej obiektywnie. Jak przy tym wskazuje się w orzecznictwie, Zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, takie jak doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju usług, znajomość cen obowiązujących na rynku, a także posiadaną z urzędu wiedzę o możliwości realizacji zamówienia przez poszczególnych wykonawców czy też stawek oferowanych za analogiczne usługi w ujęciu historycznym. Katalog tych okoliczności nie jest zamknięty.

Jeżeli uznać, że rażąco niska cena oferty Polregio nie jest oczywista, to przynajmniej powinna ona wzbudzać obiektywną wątpliwość Zamawiającego z uwagi na nieuzasadnioną, diametralną zmianę stawki kosztowej w krótkim okresie czasu pomiędzy postępowaniem poprzedzającym i postępowaniem. Wynikać z tego powinien zatem co najmniej obowiązek wezwania Polregio do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny. Aktualne w tym zakresie, pozostają wszelkie argumenty wskazane powyżej w odwołaniu dotyczące zarzutu rażąco niskiej ceny oraz czynów nieuczciwej konkurencji, uzasadniając tym bardziej co najmniej obiektywne wątpliwości w przedmiocie realności zaoferowanej ceny, z uwzględnieniem wszelkich niezbędnych kosztów. Wyjaśnienie tych okoliczności jest także niezbędne dla zachowania rzeczywistej konkurencyjności postępowania, z zachowaniem reguł art. 16 pkt 1-3 Pzp oraz art. 5 ust. 3 Rozporządzenia 1370/2007.

Niezłożenie przez Polregio dokumentów, o których mowa w pkt. III.2 OPZ

Odwołujący podnosił nadto, że zgodnie z pkt. III.2 OPZ:

W ocenie Odwołującego, powyżej wskazane licencja oraz certyfikat są dokumentami, których złożenie jest niezbędne w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Świadczy o tym określenie wymogu złożenia ww. licencji oraz certyfikatu jako „warunku udziału w przetargu”, co wskazuje na relewantność jego spełnienia dla istnienia zdolności wykonawcy do ubiegania się o zamówienie stanowiące przedmiot postępowania. Jednocześnie, nie sposób wyobrazić sobie inny sposób „wykazania, że Wykonawca posiada” określone dokumenty niż przedłożenie tych dokumentów.

Wymóg wykazania okoliczności wynika z treści OPZ, odpowiadając definicji przedmiotowych środków dowodowych określonych w art. 7 pkt 20) Pzp, tj. środków służących potwierdzeniu zgodności oferowanych usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. W takim przypadku zgodnie z art. 107 ust. 1 Pzp, dokumenty te powinny zostać złożone wraz z ofertą.

W świetle natomiast art. 107 ust. 2 Pzp a contrario przedmiotowych środków dowodowych co do zasady nie uzupełnia się. W przypadku, w którym Zamawiający nie przewidział możliwości uzupełnienia tych dokumentów w treści ogłoszenia o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, co w sprawie nie zachodzi, zastosowanie ma art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp, przewidujący obowiązek odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie przedmiotowego środka dowodowego. Polregio zaniechało przedłożenia dokumentów, na co Zamawiający nie zwrócił uwagi w toku postępowania, a co w świetle powyżej przytoczonych przepisów powinno prowadzić do odrzucenia oferty Polregio. Inna konkluzja prowadziłaby do uznania za prawidłową praktyki zamawiającego, w ramach której arbitralnie podejmuje on decyzję na etapie badania ofert o odstąpieniu od egzekwowania obowiązku składania przedmiotowych środków dowodowych w stosunku do tylko jednego wykonawcy, co stanowi naruszenie naczelných zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonych w art. 16 pkt 1-2 Pzp.

Ewentualnie, na wypadek uznania przez Izbę, że dokumenty te stanowią podmiotowe środki dowodowe w rozumieniu art. 7 pkt 17 Pzp, a więc środki służące potwierdzeniu braku podstaw do wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji (na co może wskazywać sformułowanie „spełnienia warunku udziału w przetargu, w zakresie uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej lub zawodowej ...”, mimo niewskazania ich w pkt IX.3 SWZ), zwrócić należy uwagę, że Zamawiający odstąpił od weryfikacji tych dokumentów w stosunku do Polregio. Zaniechanie to powinno zostać sanowane przez nakazanie Zamawiającemu wezwania Polregio do złożenia tych dokumentów.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosil jak w petitum.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej.

Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Wybór oferty innego wykonawcy godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci utraty zamówienia i możliwości osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca Polregio Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia i dopuściła Wykonawcę jako Przystępującego. Przystępujący złożył obszerne stanowisko pisemne, w którym wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie.

Na podstawie przekazanej dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że w rozdziale VII. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”) Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówieni mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na zasadach określonych w Rozdziale VIII SWZ.

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

1) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym: Zamawiający nie stawia warunku w powyższym zakresie.

2) Uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów:

3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej: Zamawiający nie stawia warunku w powyższym zakresie.

4) zdolności technicznej lub zawodowej: Zamawiający nie stawia warunku w powyższym zakresie.

Zamawiający podkreślił dalej, że może na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Następnie w rozdziale IX. OŚWIADCZENIA I DOKUMENTY, JAKIE ZOBOWIĄZANI SĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU WYKAZANIA BRAKU PODSTAW WYKLUCZENIA podano, że do oferty Wykonawca zobowiązany jest dołączyć aktua na dzień składania ofert oświadczenie, że nie podlega wykluczeniu w postępowaniu. Oświadczenie Wykonawca składa w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (ESPD), stanowiącego Załącznik nr 4 do Rozporządzenia Wykonawczego Komisji (EU) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającego standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia oraz oświadczenie dotyczące przesłanek wykluczenia, stanowiące załącznik nr 4a do SWZ. Informacje zawarte w ESPD oraz oświadczeniu (Załącznik nr 4a do SWZ) stanowią wstępne potwierdzenie że Wykonawca nie podlega wykluczeniu.

Zamawiający zaznaczył, że przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych:

1) Oświadczenie wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy p.z.p., o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenia

o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej, zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ;

2) Oświadczenie wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy p.z.p. w zakresie odnoszącym się do podstaw wykluczenia wskazanych w art. 108 ust. 1 pkt 3 – 6 ustawy p.z.p., w art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10 ustawy p.z.p. oraz w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego; wzór oświadczenia stanowi Załącznik nr 6 do SWZ.

3) Informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie dotyczącym podstaw wykluczenia wskazanych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 ustawy p.z.p. sporządzona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem.

4) Informacja z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych, w zakresie art. 108 ust. 2 ustawy, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do tego rejestru, sporządzonej nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem.

W punkcie III. Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej „OPZ”) Zamawiający zamieścił Informację o warunkach udziału w przetargu. Zamawiający podał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału określone przez Zamawiającego.

Zamawiający wymagał spełnienia warunku udziału w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej. Następnie Zamawiający podał, że warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że posiada:

a) aktualną licencję wydaną zgodnie z zapisem rozdziału 8 ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym lub licencji wydane przez właściwe władze innych państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw członkowskich Europejskiego Porozumienia

o Wolnym Handlu (EFTA) – stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym potwierdzającą/e zdolność Wykonawcy do wykonywania kolejowych przewozów osób

b) aktualny certyfikat bezpieczeństwa potwierdzający akceptację systemu zarządzania bezpieczeństwem na terenie Unii Europejskiej wydany, zgodnie z wyżej wymienią ustawą, przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego.

Z wzoru umowy, Załącznika nr 2 do SWZ w pkt 3.3 wynikało, że Operator oświadcza, że jest podmiotem uprawnionym do prowadzenia działalności gospodarczej

w zakresie przewozu osób w rozumieniu ustawy o transporcie kolejowym oraz posiada wymagane przez obowiązujące przepisy licencje, świadectwa i certyfikaty niezbędne do realizacji pasażerskich przewozów kolejowych w zakresie objętym Umową. Na dzień zawarcia Umowy Operator dysponuje:

- 1) licencją nr [...] z dnia [...] na wykonywanie kolejowych przewozów osób udzieloną na czas nieoznaczony,
- 2) certyfikatem bezpieczeństwa Część A – Numer identyfikacyjny UE [...] ważnym na czas [...],
- 3) certyfikatem bezpieczeństwa Część B – Numer identyfikacyjny UE [...] ważnym na czas [...],
- 4) Jednolitym certyfikatem bezpieczeństwa – Numer identyfikacyjny UE [...] ważnym na czas [...].

W przypadku upływu terminu ważności wymienionych wyżej certyfikatów w Okresie Realizacji Przewozów Operator jest zobowiązany do przekazania Organizatorowi poświadczonych za zgodność z oryginałem kopii nowych certyfikatów nie później niż

w terminie 3 miesięcy przed upływem okresu ważności dotychczasowych certyfikatów.

Wykonawca miał podać cenę za realizację przedmiotu zamówienia zgodnie ze wzorem Formularza oferty, stanowiącego Załącznik nr 3 do SWZ. Z Załącznika wynikało, że 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 osiągniętej 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 Rozsądny zysk na Pociągokilometr.

Przychody są osiągnięte przez Operatora. Wysokość Przychodów jest prognozowana *ex ante* co uwidaczniają dane zawarte w Załączniku nr 2 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, (...).

W punkcie 3. Koszty, określono, 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 podróży (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. 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.

Biorąc powyższe ustalenia i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie w części podlegało uwzględnieniu, a część zarzutów podlegała oddaleniu.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1-2 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 oraz art. 15c ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „uznk”) w zw. z art. 9 ust. 1 w zw. z art. 4 pkt 10 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r.

o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej jako „Uokik”) w zw. z art. 16 pkt. 1-3 Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie.

Czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu klauzuli generalnej, zawartej w art. 3 ust. 1 uznk jest działaniem sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W doktrynie wskazuje się, że „dobre obyczaje” należy oceniać przez pryzmat ekonomiczno - funkcjonalny, co oznacza, że uczciwe konkurowanie przedsiębiorców ma opierać się na elemencie rywalizacji cenowej i jakościowej.

Stosownie zaś do treści art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców, a także działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

Według Odwołującego Przystępujący popełnił czyn nieuczciwej konkurencji polegający na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku przez kalkulowanie ceny w sposób nieuczciwy, ustalanie cen w sposób całkowicie dowolny albo do przyjmowanie nieracjonalnych założeń dotyczących poziomu kosztów.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, iż cena oferty Przystępującego skalkulowana została w oderwaniu od realiów rynków, czy z nadużyciem pozycji dominującej na rynku właściwym, tak by utrudnić innym wykonawcom dostęp do tego rynku.

Przystępujący nie polemizował, że na właściwie zdefiniowanym rynku docelowym można uznać, że zajmuje On pozycję dominującą. Jednakże za nieuczciwe praktyki może być uznane dopiero wykorzystywanie tej pozycji celem utrudnienia innym wykonawcom dostępu do rynku, a tego Odwołujący w ocenie Izby nie wykazał.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący nie zdołał wykazać, że Przystępujący działał sprzecznie z prawem lub dobrymi obyczajami w sposób zagrażający lub naruszający interes innego przedsiębiorcy oraz że działał w celu

utrudnienia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku lub w celu eliminacji innych przedsiębiorców, utrudniał uczciwą konkurencję. Okoliczność, że Przystępujący kalkulując wysokość przyjętych stawek, które stawić mają jego wynagrodzenie na określonym poziomie, wynika z przyjętej przez Przystępującego taktyki biznesowej i doświadczenia zdobytego na rynku właściwym. Nie prowadzi natomiast do eliminacji z rynku innych wykonawców. Przystępujący w ofercie przewidział osiągnięcie zysku, natomiast na wysokość poziomu tego czynnika u każdego wykonawcy wpływ ma wiele czynników. Zdaniem Izby nie przedstawiono dowodów na to, by podejmowane były przez Przystępującego ;standardowe czy ponadstandardowe działania, które miałyby doprowadzić do eliminacji wykonawców konkurencyjnych z rynku lub też utrudniać takim wykonawcom dostęp do rynku. „*Poprzez dostęp do rynku należy rozumieć w szczególności swobodę decydowania podmiotu o uczestniczeniu w obrocie, swobodę wejścia na rynek, prowadzenia na nim działalności oraz wolność podjęcia decyzji o jej zakończeniu w stosunku do danego rynku*”, (tak.: Małgorzata Sieradzka (red.), Marcin Mioduszeowski, Jarosław Sroczyński, Komentarz do art.15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Stan prawny: 2016.01.01, LEX). Natomiast *Polityka cenowa może być elementem uczciwej walki rynkowej*, na co zwrócił uwagę Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 10 stycznia 2008 r., I ACa 231/07. Obniżenie stawek w stosunku do stawek zaoferowanych w postępowaniu poprzedzającym samo w sobie nie świadczy jeszcze o nieuczciwej kalkulacji ceny, czy utrudnianiu konkurencji przez wykorzystanie pozycji dominującej. Istotne jest, czy takie obniżenie znajduje uzasadnienie w okolicznościach danej sprawy. Przystępujący w piśmie procesowym wskazał jakie czynniki miały wpływ na obniżenie stawki. Analizie poddano wykaz odcinków linii kolejowych objętych postępowaniem, planowane uruchomienie komunikacji zastępczej, listę kosztów wskazaną przez Zamawiającego w dokumentach postępowania, ocenę ryzyk, w tym zmianę warunków umownych, zmianę okresu wykonywania zamówienia, przeprowadzono analizy ekonomiczne zmiany kosztów w trakcie wykonywania zamówienia. Nie można więc stwierdzić, że Przystępujący dokonał kalkulacji stawki ofertowej w całkowicie dowolny sposób, a głównym celem kalkulacji było zaburzenie konkurencji i utrudnienie Odwołującemu dostępu do rynku. Natomiast ocena, czy przywołane czynniki zostały zidentyfikowane prawidłowo,

a ich analiza dała poprawny wynik, nie jest już elementem oceny wystąpienia czynu nieuczciwej konkurencji. Nawet jeżeli złożone przez Zamawiającego porównanie poszczególnych elementów kosztotwórczych z obowiązującej umowy i wysokość stawek zaoferowanych w tym postępowaniu nie jest do końca miarodajne z uwagi na różnice warunków świadczenia usług, to obrazuje pewną tendencję w działalności Przystępującego. Wykonawca, bazując na bogatym doświadczeniu w realizacji usług publicznych, miał prawo posługiwać się podobnymi założeniami przy kalkulacji stawek ofertowych w tym postępowaniu. Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał, by obniżka stawki miała charakter selektywny i była nakierowana na wyeliminowanie jedynego konkurenta, czyli Odwołującego. Także odnosząc się do zarzutów odwołania Przystępujący szczegółowo przedstawił założenia w stosunku do każdego rodzaju kosztów, które wyodrębnił w SWZ Zamawiający, a na które w odwołaniu uwagę zwracał Odwołujący. Nie można więc uznać, że jakieś koszty zostały pominięte. Natomiast jak już zaznaczono, ocena czy przyjęte założenia były prawidłowe nie stanowi cech niezbędnych do potwierdzenia nieuczciwych praktyk na rynku właściwym.

Zdaniem Izby także zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp i art. 17 ust. 1 Pzp, a także art. 5 ust. 3 Rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylającego rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 nie zasługiwał na uwzględnienie.

Niewątpliwie sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia uznawana jest za czyn nieuczciwej konkurencji. W doktrynie prawa zamówień publicznych przyjmuje się, że złożenie oferty z ceną rażąco niską może być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji.

Jednakże w orzecznictwie i doktrynie wielokrotnie również podkreślano, że ewentualne odrzucenie oferty wykonawcy z uwagi na wystąpienie rażąco niskiej ceny lub kosztu poprzedzone musi zostać przeprowadzeniem postępowania wyjaśniającego opisanego w art. 224 Pzp. Postępowanie wyjaśniające polega na wezwaniu wykonawcy o wyjaśnienia, w tym przedstawienie dowodów w przedmiocie ceny rażąco niskiej w okolicznościach, gdy zamawiający oceni, że cena lub koszt oferty wydają się rażąco niskie. Nie jest dopuszczalne odrzucenie oferty, jeżeli zamawiający takiego postępowania nie przeprowadzi lub będzie miało ono fikcyjny charakter.

Zamawiający w stosunku do oferty Przystępującego nie prowadził postępowania wyjaśniającego, nie zwracał się o złożenie wyjaśnień i dowodów odnoszących się do kalkulacji poszczególnych elementów składających się na stawkę ofertową. Bez przeprowadzenia

i oceny postępowania wyjaśniającego i otrzymanych od Przystępującego wyjaśnień, zarzuty odwołania stanowią jedynie dywagacje Odwołującego co do sposobu kalkulacji stawki z oferty, ponieważ ten nie jest znany. Tym samym więc zarzut wskazujący na konieczność odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp uznać należy za nieuzasadniony i przedwczesny, także w kontekście traktowania oferty z rażąco niską ceną jako czynu nieuczciwej konkurencji.

Izba dokonała oceny zasadności zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, art. 16 pkt 1-3 Pzp, art. 17 ust. 1 Pzp, a także art. 5 ust. 3 Rozporządzenia 1370/2007 i doszła do przekonania, że odwołanie w tej części zasługiwało na uwzględnienie.

Izba bazując na argumentacji przedstawionej zarówno przez Odwołującego i Przystępującego w odwołaniu, pismach procesowych i materiale dowodowym, biorąc pod uwagę doniosłość i znaczenie dla rynku kolejowego i rynku zamówień publicznych w Polsce przedmiotowego zamówienia, uznała, że celowym będzie nakazanie Zamawiającemu wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie kalkulacji cenowej, przy uwzględnieniu rodzajów kosztów wskazanych w SWZ przez Zamawiającego.

Odwołujący podkreślał wielokrotnie, iż przedmiotowe postępowanie jest kolejnym dla tego przedmiotu zamówienia a między momentem złożenia pierwszej i drugiej oferty nie miały miejsce nadzwyczajne okoliczności, które warunkowałyby możliwość obniżenia stawki o wielkość wynikające z oferty Przystępującego.

Zdaniem Izby zachodzi konieczność zbadania, czy okoliczności, argumenty i dowody przedstawione w piśmie procesowym Przystępującego w zestawieniu z argumentacją i dowodami złożonymi przez Odwołującego uzasadniają poziom kalkulacji stawki ceny ofertowej. Dostrzeżenia wymaga, iż celowym wydaje się wyjaśnienie, czy dla pewnych elementów kosztowych zachodzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Dostrzeżenia z drugiej strony wymaga, iż Przystępujący w odpowiedzi na zarzuty przedstawił obszerne wyjaśnienia (w części stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa).

Jest to jednak element postępowania dowodowego w postępowaniu odwoławczym. W ocenie Izby celowym wydaje się umożliwienie Wykonawcy złożenia uszczegółowionych wyjaśnień i dowodów, a także szczegółowej kalkulacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego a ich ocenę winien przeprowadzić Zamawiający.

Nie było sporne między Stronami, że istnieje pewna grupa kosztów mających charakter uniwersalny i niezależny od wykonawców, w niewielkim jedynie stopniu dając przestrzeń na ewentualne oszczędności w ramach określania stawki kosztowej. Tezę tę potwierdza również opinia złożona przez Odwołującego „Opinia dotycząca struktury kosztów w postępowaniu przetargowym na regionalne przewozy kolejowe w województwie podlaskim”, sporządzona przez dr Michała Beima (str. 4). Co do oceny złożonego opracowania, to materiał ten jest raczej opracowaniem naukowym, prezentuje z pewnością bogatą wiedzę i doświadczenie osoby sporządzającej opinię. Opracowanie prezentuje rozwój danego segmentu rynku, jego uwarunkowania, cechy istotne dla tego rynku, wskazuje na założenia i główne cele stosowania rozporządzenia 1370/2007. W części dotyczącej sytuacji Przystępującego Autor wyraża raczej swoje przypuszczenia, nie odnosząc się do konkretnych danych, ponieważ na dzień sporządzania opinii te nie były mu znane. O ile warty podzielenia jest sam kierunek Autora opinii, o tyle jej wnioski nie są odzwierciedleniem sytuacji Przystępującego.

Posiłkując się podziałem na poszczególne rodzaje kosztów oznaczonym w SWZ, Izba dokonała analizy argumentacji przedstawionej w pismach procesowych przez obu Wykonawców, którzy złożyli oferty.

Przystępujący w złożonej kalkulacji oceny ofertowej objętej tajemnicą przedsiębiorstwa (czego Odwołujący nie kwestionował), wiarygodnie w ocenie składu orzekającego Izby przedstawił strukturę udziału poszczególnych kosztów dla przedmiotu zamówienia. Podział ten nie odbiega od przyjętego w opracowaniu Odwołującego, przy czym zauważalne są pewne różnice, które zdają się wynikać w zależności od zasobów, doświadczenia i przyjętej metodyki wyceny danego wykonawcy.

Przystępujący w ocenie Izby także wiarygodnie przedstawił w złożonej analizie własnej założenia, które miały wpływ na kalkulację, do których należały między innymi stawka gwarantowanego przez Zamawiającego zysku oraz nadwyżka z przychodów ze sprzedaży biletów dzielona między Organizatora i Operatora (w stosunku 85% do 15%). Do ostatniego

z elementów Odwołujący nie odnosił się ani w odwołaniu, ani na rozprawie. Niewątpliwie zaś można uznać, iż uzyskana w ten sposób rekompensata mogła wpłynąć na kalkulację i stanowi kwotę dodatkowego zysku dla Wykonawcy. Przystępujący zwrócił również uwagę na kwoty dotyczące cen biletów i możliwość ich wyrównania do cen obowiązujących w taryfie podstawowej Spółki.

Koszty taboru

Na koszty te składają się głównie koszty przeglądów i napraw na poziomach od P1 do P5. Koszty utrzymania i napraw taboru od P1 do P3 ponosi wykonawca. Dla kalkulacji Przystępującego istotna była okoliczność, że w związku z przesunięciem terminu rozpoczęcia świadczenia usługi, naprawa z poziomu P4 nie będzie obciążała wykonawcy, co pozwoliło na obniżenie stawki w stosunku do pierwotnych założeń przetargowych. Przystępujący przedstawił wraz z analizą własną również ofertę wstępną, natomiast Odwołujący złożył dowód nr 17 (zestawienie ofert na P4 EN). Jak słusznie podkreślił Przystępujący, z ofert tych nie można wyciągać negatywnych wniosków dla Wykonawcy, bowiem złożone przez Odwołującego dotyczą pojazdów z innego rodzaju napędem. Tym samym w ocenie Izby Przystępujący uprawdopodobnił wysokość kosztów w tym zakresie.

Jednakże przyjęte założenie warunkujące możliwość obniżenia ostatecznej ceny ofertowej nie obrazuje wyliczenia i wskazania ścieżki dla czego dało to możliwość obniżenia ceny o konkretnie wskazane kwoty. Ewentualnie Wykonawca nie pokazał w jaki sposób uzyskał wielkość, o którą z tego powodu mógł obniżyć cenę ofertową. Zdaniem Izby kwestie te wymagają doprecyzowania i dodatkowych wyjaśnień od Przystępującego.

Koszty drużyn trakcyjnych, konduktorskich

Niewątpliwie znaczący koszt wykonania przedmiotu zamówienia, przekładający się na wysokość stawki ofertowej mają w przypadku tego rodzaju usług koszty wynagrodzenia pracowników. Odwołujący załączył zarówno do odwołania, jak również w ramach dodatkowego materiału dowodowego przedstawionego na rozprawie, obszerny materiał, także prasowe dotyczące sytuacji pracowniczej w Spółce Przystępującego. Szeroko opisywano w prasie zagadnienia związane ze strajkami pracowników w Spółce, oczekiwania pracowników co do wysokości podwyżek, niedobór pracowników na poszczególnych stanowiskach. Są to jednak materiały o charakterze poglądowym, informacyjnym. Nie mogą stanowić dowodu, że wykonawca przy kalkulacji ceny ofertowej dokonał zaniżenia wynagrodzeń i w ten sposób obniżył stawkę podlegającą ocenie w postępowaniu.

Przystępujący w piśmie procesowym oraz złożonej analizie – dokumencie stanowiącym tajemnicę przedsiębiorstwa, wyjaśnił, że udało mu się zakończyć spór zbiorowy, co pozwoliło osiągnąć pewnego rodzaju stabilizację zatrudnienia. W analizie Przystępujący wskazał, że pracownicy otrzymają w 2024 roku jednorazową gratyfikację, a także od 2025 roku nastąpi indeksacja wynagrodzeń w oparciu o określone wskaźniki +5%. O ile załączone do analizy dowody potwierdzają zakończenie sporu i wysokość indeksacji wynagrodzeń,

to Przystępujący nie przedstawił dowodów, że żądania Strony Społecznej udało się obniżyć o 50% i wynosi ona kwotę wskazywaną na stronie 6 analizy. W wyjaśnieniach brakuje także wyliczeń, że działania te umożliwiły obniżenie kosztów o przywołane w analizie kwoty. Przystępujący nie opisał również do jakiej ilości pracowników odnoszą się powyższe założenia. W ocenie Izby okoliczności te wymagają uzyskania dodatkowych wyjaśnień od Przystępującego, co winno znaleźć odzwierciedlenie w wezwaniu do wyjaśnień. Tym bardziej, że w dowodach nr 7, 8 i 9 Odwołujący dodatkowo poruszył kwestie związane

z wynagrodzeniami pracowników, wskazał niezbędną liczbę pracowników koniecznych do wykonania przedmiotu zamówienia, odniósł się do norm czasu pracy obowiązujących

w Spółce Przystępującego, dodatkowych elementów wynagrodzenia przysługujących pracownikom Przystępującego, a także symulacji wzrostu wynagrodzeń w następnych latach. Zdaniem Izby kwestie te wymagają wyjaśnienia ze strony Przystępującego.

Koszty działalności eksploatacyjnej i handlowej

Izba podziela stanowisko, zgodnie z którym koszty zarządzania w przypadku struktury przedsiębiorstwa Przystępującego mogą zostać rozłożone na wiele kontraktów i w znaczący sposób nie wpływają one na wysokość stawki dla przedmiotowego kontraktu. Niewątpliwie wynika także ze złożonej analizy, że koszty te w określonej wysokości zostały dla danego zamówienia uwzględnione w stawce.

Zdaniem Izby wiarygodne są także wyjaśnienia Przystępującego, że zwiększenie pracy eksploatacyjnej, czyli zwiększenie liczby pociągów, działa na korzyść Wykonawcy, bowiem wysokość kosztów stałych rozkłada się za większą liczbą pociągokilometrów, za które Wykonawca otrzymuje rekompensatę, a to przekłada się na możliwość obniżenia stawki. Potwierdzają to wyliczenia zamieszczone na stronie 11 analizy Przystępującego.

Koszty energii trakcyjnej i paliw

Według opracowania Odwołującego „*Polregio zamawia energię elektryczną oraz olej napędowy w przetargach. Arriva jako podmiot prywatny zamawiać może w bardziej elastycznych formułach, np. negocjacji cenowych*”.

Przystępujący wyjaśnił, że zawarł umowę z PGE Energetyka Kolejowa kompleksową umowę na dostawę energii i jej dystrybuując. Podano również wysokość stawek i powołano się na dokonane analizy ekonomiczne dotyczące sytuacji na rynku energetycznym. Izba nie podziela w tej części argumentacji Odwołującego, że mamy do czynienia z tendencją wzrostową cen energii. Analiza danych na Towarowej Giełdzie Energii, którą przedstawił w wyjaśnieniach Przystępujący potwierdza, że ceny uległy obniżeniu i trend ten ma charakter stały. Odwołujący w poczet materiału dowodowego złożył jedynie dokumenty odnoszące się do cen dystrybucji energii. Natomiast w wyjaśnieniach Przystępujący ponownie

wskazał kwotę, o którą udało mu się obniżyć koszty w stosunku do pierwszej z ofert, nie przedstawiając jednak w jaki sposób kwotę tę uzyskał. Ta okoliczność wymaga uzyskania od Przystępującego wyjaśnień.

W przypadku cen paliw klarownie zobrazował jaką stawkę zastosował i na jakiej podstawie, wskazał bazę, na której dokonał analizy i założeń kosztowych. Z prognoz cen paliw, które przedłożyli obaj Wykonawcy wynika, że obecnie nie prognozuje się dużych wahań ceny, jej poziom jest niższy niż w latach poprzednich, mamy do czynienia ze stabilizacją, co nie wymuszało na wykonawcy konieczności zastosowania wyższych kosztów. Przystępujący wyjaśnił również, że w tym elemencie założył rezerwę cenową w określonej wysokości.

Dostęp do linii kolejowych i opłaty za dostęp do stacji pasażerskich

Obaj Wykonawcy powoływali się w tym zakresie na te same dokumenty źródłowe, dołączono cenniki opłat za korzystanie z infrastruktury kolejowej, odpowiednie regulaminy dotyczące kwestii udostępnienia mienia. Obaj Wykonawcy zgodnie twierdzili, że w cennikach nie obserwuje się istotnych zmian, dodatkowo Przystępujący w analizie własnej zaznaczył,

że przyjął wzrost stawki o wskazany % dla tego elementu. Wykonawca podkreślał również na rozprawie możliwość uzyskania upustów w tym zakresie.

Zagadnieniem, które różni podejście poszczególnych wykonawców, jest kwestia planowanych wyłączeń na linii 38. Przystępujący przedstawił korespondencję z PKP PLK S.A., gdzie podano datę rozpoczęcia i zakończenia planowanych prac modernizacyjnych.

W stosunku do założeń pierwotnych okresy te uległy przesunięciu, czego w zarzutach odwołania nie wziął pod uwagę Odwołujący. Istotne dla tego zagadnienia jest, że uruchomienie komunikacji zastępczej powoduje możliwość dużych oszczędności w ofercie.

Jak bowiem zaznaczył Przystępujący na rozprawie, z uwagi na tę okoliczność, nie będzie ponosił kosztów przejazdu pociągu i kosztów związanych z dostępem do infrastruktury kolejowej. Odwołujący nie przeczył, iż we wzorze umowy szczegółowo uregulowano kwestie uzyskania przez Operatora kwestie rekompensaty. Przystępujący w kalkulacji uwzględnił przywołane okoliczności, wyliczając rekompensatę według reguł określonych w stosownych dokumentach. Wyliczenie to nie budzi wątpliwości Izby.

W przypadku opłat za dostęp do stacji pasażerskich także obaj wykonawcy bazowali na Regulaminie przewoźnika kolejowego w zakresie udostępniania określonej infrastruktury. Zatem stawki planowane przez obu Wykonawców mają tożsamy poziom.

Pozostałe koszty

Przystępujący podał jaki % jego stawki stanowią koszty zarządzania. Biorąc pod uwagę, że mamy do czynienia z przewoźnikiem o zasięgu krajowym, część kosztów tego rodzaju może zostać rozłożona na wiele podmiotów. Przystępujący zastosował także wskaźniki i prognozy makroekonomiczne udostępniane przez Ministerstwo Finansów. W ocenie Izby elementy te nie budzą wątpliwości.

Waloryzacja

Przystępujący stoi na stanowisku, że zmiana zasad waloryzacji przyszłej umowy istotnie wpłynęła na warunki realizacji zamówienia w drugim postępowaniu o udzielenie zamówienia, co w konsekwencji pozwoliło na zmianę ceny ofertowej. Według Odwołującego wprowadzone zmiany, jeżeli już rozpatrywać je pod kątem istotności dla ceny, to działają na niekorzyść, ponieważ w pierwszym postępowaniu obowiązywał jedynie dolny limit waloryzacji a nie określono jej górnej granicy.

Izba uznała, że wprowadzenie górnego limitu pozwoliło Wykonawcom w większym stopniu oszacować ryzyko zmian dla stawki za pociągokilometr. 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. Wiadome jest także, jakiej wysokości bufor można założyć w związku z górną granicą waloryzacji czyli z jak dużą szczegółowością dla poszczególnych składników należy kalkulować stawkę. Przystępujący przedstawił na stronie 12 analizy w jakim obszarze kwotowym może się poruszać przy przyjętych regułach waloryzacji i możliwości zmiany stawki w wyniku tego procesu.

Rozsądny zysk

Jest to pozycja, która budziła największe wątpliwości Odwołującego. Według zestawienia Przystępujący zredukował zysk z kwoty 2,28 zł w pierwszej ofercie do kwoty 0,40 zł w drugiej ofercie, co daje obniżenie poziomu zysku o blisko 80%. Zdaniem Odwołującego zmiany w SWZ nie uzasadniają aż 82,5% spadku wysokości rozsądnego zysku.

Jak podano w Opracowaniu złożonym przez Odwołującego <<Definicję rozsądnego zysku zawiera (...) załącznik do Rozporządzenia, i brzmi ona następująco: „Przez „rozsądny zysk” należy rozumieć stopę zwrotu z kapitału, która w danym państwie członkowskim uznawana jest za normalną dla tego sektora i w której uwzględniono ryzyko lub brak ryzyka ingerencji organu publicznego ponoszone przez podmiot świadczący usługi publiczne”>>. Dalej w opracowaniu

wskazano, że „na gruncie polskiej literatury przedmiotu nie wypracowano jednego sposobu szacowania wysokości rozsądnego zysku, ani wartości zaangażowanego kapitału, stanowiącego podstawę wyliczeń rozsądnego zysku. Kluczowym jest jednak fakt, że stawka rozsądnego zysku powinna uwzględniać ewentualne ryzyka, z jakimi może spotkać się operator. Nadrzędnym celem takiej kalkulacji powinno być zapewnienie ciągłości działalności operatora, aby mieszkańcy regionu mieli pewność świadczonych usług publicznych”.

Z zestawień (zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa) złożonych przez Zamawiającego wynika, że w latach ubiegłych wysokość zysku w umowach z Operatorem była zbliżona do wielkości z oferty Przystępującego.

Przystępujący podkreślał specyfikę danego sektora, działalność o charakterze służby publicznej, a wobec tego brak nastawienia na maksymalizację zysków finansowych, w przeciwieństwie do podmiotów prywatnych. Wykonawca oświadczył, że deklarowana kwota zysku jest dla niego zadowalająca. Dodatkowo, o czym już wspomniano w niniejszym uzasadnieniu, a do czego nie odniósł się Odwołujący, w ramach możliwości zwiększenia zysku, Polregio brało pod uwagę podział nadwyżki przychodu ze sprzedaży biletów. Na podstawie dotychczasowych doświadczeń i wyliczeń ze sprzedaży, Przystępujący obliczył i wskazał na stronie 3 analizy powyższą kwotę, której wielkości nie można traktować jako bagatelnej.

Dostrzeżenia wymaga, iż zysk jest to jednocześnie jeden z czynników, na który Wykonawca ma największy wpływ i w jego ramach kalkuluje jak duże ryzyko może założyć by umowa nie stała się deficytowa. Skoro nie istnieje uniwersalny sposób szacowania tego czynnika, dla każdego z Wykonawców inny jego poziom może być satysfakcjonujący, to trudno Przystępującemu czynić zarzut, że przyjął takie a nie inne założenia biznesowe.

Reasumując, Izba doszła do przekonania, że Zamawiający winien wezwać Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny ofertowej w zakresie wskazanym w orzeczeniu Izby.

Zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 106 ust. 3 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp i art. 126 ust. 1 i art. 128 ust. 1 w zw. z art. 124 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp nie zasługiwały na uwzględnienie.

Jak niezbiecnie wynika z rozdziału IX SWZ Zamawiający nie żądał złożenia wraz z ofertą spornych dokumentów w postaci aktualnej licencji i aktualnego certyfikatu bezpieczeństwa. Opisany w OPZ warunek udziału w postępowaniu stanowił o dysponowaniu dokumentami

a nie ich złożeniu. Wzór umowy w punkcie 3.3. jasno natomiast precyzuje, że Wykonawca dysponuje tymi dokumentami na dzień zawarcia umowy. Dopiero dalsze postanowienia tego punktu stanowią o „przekazaniu Organizatorowi” dokumentów z powodu utraty ważności dokumentu. Zestawiając ze sobą zapisy SWZ i OPZ oraz niejasny charakter wyznaczony dokumentom w postępowaniu przez Zamawiającego, w ocenie izby kierować należy się regułą, zgodnie z którą wątpliwości co do rozumienia warunków SWZ i OPZ, nie mogą być one odczytywane na niekorzyść Wykonawcy.

Ponadto, Zamawiający jest w posiadaniu wymienionych dokumentów, ponieważ Wykonawcy złożyli je we wcześniej unieważnionym postępowaniu. Jak zaznaczył w piśmie procesowym Przystępujący licencja dla przewoźnika kolejowego jest wydawana bezterminowo, a certyfikat bezpieczeństwa ważny jest do grudnia 2026 roku. Nawet gdyby uznać, że mamy do czynienia z wymaganiami złożenia podmiotowych środków dowodowych, to Zamawiający odpowiednimi dokumentami dysponuje i może sprawdzić ich poprawność.

Co więcej, aktualność i poprawność tych dokumentów możliwa była do zweryfikowania w publicznie dostępnych rejestrach, które prawidłowo wskazał Przystępujący w piśmie procesowym (str. 14 i 15 pisma).

Konkludując, zdaniem Izby odwołanie w części zasługiwało na uwzględnienie, co odzwierciedla punkt 1 sentencji niniejszego orzeczenia. Izba uznała również, iż w tym zakresie Zamawiający naruszył zasady prowadzenia postępowania wynikające z art. 16 i 17 ustawy Pzp. Pozostałe zarzuty odwołania okazały się niezasadne, co uwzględnia punkt 2 sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 oraz ust. 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku

w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami Zamawiającego w części 1/4 oraz Odwołującego w częściach 3/4 (4 zarzuty rozpoznawane z odwołania, z czego jeden zarzut został uwzględniony, trzy zarzuty oddalono).

W niniejszej sprawie Izba – jak wynika z sentencji orzeczenia – częściowo oddaliła i częściowo uwzględniła odwołanie. Izba stwierdziła, że zasadny okazał się jeden zarzut z czterech (zarzuty 4 i 5 rozpoznano razem), zaś za chybione należało uznać trzy zarzuty. Odwołanie okazało się zasadne zatem w stosunku 1/4 i chybione w stosunku 3/4. Kosztami postępowania w części 3/4 obciążono więc Odwołującego, a w części 1/4 – Zamawiającego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego

w wysokości 15.000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego i Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocników

($2 \times 3.600 \text{ zł} = 7.200 \text{ zł}$), co daje łącznie kwotę 22.200,00 zł.

Zamawiający poniósł dotychczas koszty w wysokości 3.600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 5.550,00 zł ($22.000,00 \text{ zł} \div 4 = 5.550,00 \text{ zł}$).

Odwołujący zaś poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600,00 zł (15.000,00 zł tytułem wpisu, 3.600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 16.650,00 zł ($22.200,00 \text{ zł} \div 4 = 5.550,00 \text{ zł} \times 3 = 16.650,00 \text{ zł}$). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 1.950,00 zł ($18.600,00 \text{ zł} - 16.650,00 \text{ zł}$), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Zasądzona od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwota 1.950,00 zł wyrównuje także koszty, które powinien ponieść Zamawiający ($3.600,00 \text{ zł} + 1.950,00 \text{ zł} = 5.550,00 \text{ zł}$).

Przewodnicząca:

.....

Członkowie:

.....

.....