

Warszawa, 19 kwietnia 2024 r.

POSTANOWENIE

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**
Ernest Klauziński
Emil Kuriata

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron **19 kwietnia 2024 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **5 kwietnia 2024 r.**

przez wykonawcę: **POLREGIO sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usług publicznych w zakresie wojewódzkich kolejowych przewozów pasażerskich*

prowadzonym przez zamawiającego: **Województwo Podlaskie z siedzibą w Białymstoku** [„Zamawiający”]

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 13500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczonego wpisu.

3. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr (słownie złotych: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) z tytułu uzasadnionych kosztów obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Na niniejsze 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.**

Uzasadnienie

Województwo Podlaskie {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1610 ze zm.) {dalej: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Świadczenie usług publicznych w zakresie wojewódzkich kolejowych przewozów pasażerskich*. Ogłoszenie o tym zamówieniu 3 marca 2023 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S:25 pod nr 74990. Wartość tego zamówienia jest wyższa niż progi unijne.

5 kwietnia 2023 r. PB POLREGIO sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie dalej: „Poleregio” lub „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów:

1. Art. 99 ust. 1 i 4 pzp w zw. z art. 16 pzp i 17 ust. 1 Pzp i art. 4 ust. 1 Rozporządzenia (WE) Nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające Rozporządzenia Rady (EWG) NR 1191/69 I (EWG) Nr 1107/70 (Dz. Urz. UE. LNr 315, str. 1) {zwane dalej „Rozporządzeniem 1370”} w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4 pzp oraz art. 16 pzp i art. 17 ust. 1 pzp – ze względu na opisanie przez Zamawiającego w SWZ przedmiotu zamówienia w sposób dyskryminacyjny, utrudniający uczciwą konkurencję, a w tym także niejednoznaczny, powodujący brak możliwości ustalenia jednoznacznego zakresu przedmiotu oferty i jej wyceny, a tym samym należyte przygotowanie oferty, polegające na zastosowaniu w postępowaniu parametrów granicznych w ramach opisu przedmiotu zamówienia nieprowadzących do uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów, tj. wprowadzenie w projektowanym ust. 8 Załącznika nr 9 do umowy, której wzór stanowi Załącznik nr 2 do SWZ {dalej: „Umowa”}, wymogu, aby pojazd wykonawcy (Operatora), którym wykonywane będą objęte Umową przewozy, powinien być co najmniej po wykonaniu ostatniego najwyższego przeglądu poziomu utrzymania przewidzianego Dokumentacją Systemu Utrzymania”, gdyż takie postanowienie uniemożliwia wykorzystanie przy świadczeniu usługi pojazdów nowych, a także spełniających wymagania wyposażenia w ogrzewanie, klimatyzację i toaletę dostosowaną do potrzeb osób z ograniczoną mobilnością, udogodnienia dla osób o ograniczonej możliwości poruszania w zakresie wsiadania/wysiadania z pojazdu, miejsca na przewóz rowerów, a zatem spełniających wszystkie pozostałe parametry określone przez Zamawiającego w projektowanym Załączniku nr 9 do Umowy.
2. Art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 pzp w zw. z art. 353¹ ustawy Kodeks cywilny z dnia 23 kwietnia 1964 r. (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1610 ze zm.) {dalej: „kc” w zw. art. 8 ust. 1 pzp, a także art. 16 pzp, art. 17 ust. 1 pzp, art. 431 pzp, oraz art. 436

pkt 4 lit. b pzp – przez zastosowanie w projektowanych postanowieniach Umowy (tj. w Załączniku nr 4 do Umowy pt. „Zasady obliczania Rekompensaty Finansowej i stosowania Waloryzacji”) ograniczenia, niezgodnie z nakazem wynikającym z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 5 marca 2024 r. sygn. akt: KIO 496/24, KIO 499/24, poziomu możliwej waloryzacji rekompensaty i kosztów ponoszonych przez wykonawcę z tytułu świadczenia usług publicznych, polegającego na tym, że Waloryzacja będzie stosowana tylko wtedy, gdy Roczny Wskaźnik Waloryzacji przekroczy 1%, co w konsekwencji doprowadzi do ukształtowania rekompensaty (wynikającej z Rozporządzenia 1370) w sposób nieodpowiadający strukturze kosztów świadczenia usług transportu i spowoduje, że waloryzacja nie będzie wystarczająca w stosunku do wzrostu kosztów wykonania zamówienia, przez co zaburzona zostanie równowaga praw stron wynikających z Umowy, a także nie zostanie osiągnięty cel waloryzacji przewidziany przepisami prawa

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Zmianę wadliwych prawnie, nieuzasadnionych, nieprecyzyjnych, nieproporcjonalnych i dyskryminujących postanowień SWZ w zakresie warunków zamówienia dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i warunków realizacji zamówienia (zawartych w SWZ i załącznikach do niej), przez wprowadzenie zmian wskazanych w treści uzasadnienia odwołania.
2. Wydłużenie terminu składania ofert o 7 dni od dnia wprowadzenia i publikacji zmian dokumentów zamówienia, co podyktowane jest skalą i zakresem zarzutów ze względu na konieczność dokonania istotnych zmian w dokumentach zamówienia,

W odpowiedzi na odwołanie z 17 kwietnia 2024 r. Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania, a w razie nieuwzględnienia tego wniosku – o oddalenie odwołania.

W piśmie procesowym z 18 kwietnia 2024 r. Odwołujący wycofał odwołanie w zakresie pierwszego zarzutu i częściowo w zakresie drugiego zarzutu.

19 kwietnia 2024 r. na posiedzeniu przed Izbą Odwołujący oświadczył do protokołu, że wycofuje odwołanie w całości.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 520 pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy (ust. 1). Cofnięcie odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby (ust. 2).

Odwołujący skorzystał z przysługującego mu uprawnienia i skutecznie wycofał uprzednio wniesione odwołanie, co nastąpiło przed otwarciem rozprawy w tej sprawie odwoławczej.

Z tych względów – działając na podstawie art. 568 pkt 1 pzp – Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w tej sprawie.

O kosztach tego postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do art. 575 pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – nakazując zwrot Odwołującemu 90% procent uiszczonego wpisu i zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.