

WYROK

Warszawa, dnia 5 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Maria Kacprzyk

Ernest Klauziński

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 lutego 2024 roku, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 stycznia 2024 r. przez:

A. wykonawcę ARRIVA RP sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu,

B. wykonawcę POLREGIO S.A. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Podlaskie

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego - wykonawcy ARRIVA RP sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 499/24

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 496/24 i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1. oznaczenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług następującego przynajmniej 12 miesięcy od podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego,
 - 1.2. oznaczenie okresu świadczenia usług jako 60 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług,
 - 1.3. wykreślenia z postanowienia ust. 8 Załącznika nr 9 do Umowy, której wzór stanowi Załącznik nr 2 do SWZ tj. „parametry jakościowe przewozów” nakazu dotyczącego dysponowania taborem rezerwowym nie starszym niż 20 lat,
 - 1.4. wydłużenie terminu składania ofert o 30 dni od dnia wprowadzenia i publikacji zmian dokumentów zamówienia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej,
 - 1.5. ustalenia limitu Roczno Wskaźnika Waloryzacji na poziomie co najmniej 20%,
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala,
3. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 496/24 obciąża Zamawiającego i:
 - 3.1. zalicza w poczet zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego.
4. uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 499/24 i nakazuje Zamawiającemu:
 - 4.1. wykreślenia z postanowienia ust. 8 Załącznika nr 9 do Umowy, której wzór stanowi Załącznik nr 2 do SWZ tj. „parametry jakościowe przewozów” ” nakazu dotyczącego dysponowania taborem rezerwowym nie starszym niż 20 lat,
 - 4.2. zmianę redakcji projektowanego ust. 4.1.9. Umowy poprzez uwzględnienie w nim postanowienia, z którego jednoznacznie będzie wynikać, że w trakcie trwania Umowy Organizator umożliwi Operatorowi realizację przewozów w relacjach i w wymiarze określonym w Porozumieniach zawartych przez Organizatora z innymi województwami, a możliwość taką Organizator przedstawi Operatorowi nie później niż na dwie korekty rocznego rozkładu jazdy,
 - 4.3. wydłużenie terminu składania ofert o 30 dni od dnia wprowadzenia i publikacji zmian dokumentów zamówienia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej,
 - 4.4. ustalenia limitu Roczno Wskaźnika Waloryzacji na poziomie co najmniej 20%,
5. W pozostałym zakresie odwołanie oddala,
6. Kosztami postępowania obciąża w ½ Odwołującego i w ½ Zamawiającego i:
 - 6.1 zalicza w poczet zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 7200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego oraz Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 6.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy),

6.3. znosi wzajemnie pomiędzy Zamawiającym i Odwołującym koszty z tytułu wynagrodzenia pełnomocników.

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:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Województwo Podlaskie prowadzi postępowanie na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023r., poz. 1605 ze zm.; dalej: „Pzp”) o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie usług publicznych w zakresie wojewódzkich kolejowych przewozów pasażerskich”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 lutego 2024 r.; numer publikacji ogłoszenia: 74990-2024; numer wydania Dz.U. S: 25/2024.

Sprawa o sygn. akt KIO 496/24

W dniu 15 lutego 2024 r. – wykonawca ARRIVA RP sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu (dalej: „Odwołujący Arriva”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z przepisami Pzp treści warunków zamówienia, specyfikacji warunków zamówienia („SWZ”) sporządzonej i opublikowanej w ramach Postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 99 ust. 1 i ust. 4 Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 6 Pzp, art. 436 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp, art. 17 ust. 1-2 Pzp, art. 220 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz w zw. z art. 25 ust. 3 pkt 3 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym i art. 5 ust. 3 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 , poprzez:

a)określenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług datą kalendarzową na dzień 1 stycznia 2025 r., który to termin:

i.jest nierealny i niemożliwy do dotrzymania dla wykonawców oprócz dotychczasowego operatora świadczącego te usługi dla Zamawiającego, biorąc pod uwagę zakres obowiązków i wymagań nakładanych na wykonawców i czas potrzebny do przygotowania się do świadczenia usług oraz możliwą długość postępowania przetargowego, a dodatkowo

ii.określenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług wskazaną datą kalendarzową skutkuje niepewnością co do długości okresu mobilizacji (czasu niezbędnego na przygotowanie się do świadczenia usług, między datą zawarcia umowy, a 1 stycznia 2025r.) oraz

iii.preferuje obecnego operatora publicznego kolejowego transportu zbiorowego realizującego przewozy dla Zamawiającego, na skutek czego jest on jedynym wykonawcą zdolnym przystąpić do realizacji zamówienia w terminie rozpoczęcia świadczenia usług, a także;

iv.rażąco narusza równowagę kontraktową stron, przerzucając na wykonawcę niemożliwe do oszacowania, niezależne od wykonawcy ryzyka kontraktowe związane ze sztywną datą rozpoczęcia (niemożliwą do spełnienia przez żaden podmiot na rynku oprócz dotychczasowego operatora) i zakończenia świadczenia usług, sprzeciwiając się tym samym naturze stosunku zobowiązaniowego oraz zniechęcając wykonawców do składania ofert w Postępowaniu i ograniczając konkurencję, co narusza także art. 433 pkt 1, 3 i 4 Pzp i art. 3531 KC w związku z art. 8 ust. 1 Pzp; jak również poprzez:

b)określenie terminu zakończenia świadczenia usług sztywną datą kalendarzową do 31 grudnia 2029 r. bez uzasadnionej przyczyny, co kreuje dodatkowe ryzyka ofertowe oraz kontraktowe po stronie Wykonawcy;

2.art. 99 ust. 1 i ust. 4 Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 6 Pzp, art. 436 pkt 1 Pzp art. 433 pkt 1, 3 Pzp i art. 353 1Kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp, art. 17 ust. 1-2 Pzp, oraz w zw. i art. 5a Rozporządzenia 1370/2007, poprzez zaniechanie wskazania w treści warunków zamówienia — w niezbędnym okresie przejściowym uwzględniającym realny cykl zamówień taboru kolejowego — uprawnienia wykonawcy do dysponowania tymczasowo taborom rezerwowym bez dodatkowego wyposażenia wymaganego w SWZ (w: klimatyzację, toaletę dostosowaną do potrzeb osób z ograniczoną mobilnością, udogodnienia dla osób o ograniczonej możliwości poruszania w zakresie wsiadania/wysiadania z pojazdu, minimum 4 miejsc na przewóz rowerów, system zliczania pasażerów ze zdalnym dostępem do danych dla Organizatora, pokładowe wif) oraz starszego niż 20 lat, co powoduje, iż wymóg zapewnienia rezerwy taborowej z tym wyposażeniem od sztywnej daty 1 stycznia 2025 r. jest nierealny i niemożliwy do dotrzymania, niepewny co do rzeczywistego okresu przygotowawczego oraz rażąco narusza równowagę kontraktową stron, przerzucając na wykonawcę niemożliwe do oszacowania, niezależne od wykonawcy ryzyka kontraktowe związane z brakiem adekwatnego okresu przejściowego na zapewnienie odpowiedniego taboru rezerwowego.

3.art. 134 ust. 1 pkt 15 Pzp, art. 138 Pzp i art. 131 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp, poprzez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert, nieuwzględniającego skali, złożoności, skomplikowania i specyfiki przedmiotu zamówienia, jego długoletniego charakteru, ani czasu niezbędnego do przygotowania (w tym oszacowania) i złożenia ofert, co w konsekwencji oznacza brak respektowania zasady proporcjonalności, przejrzystości i uczciwej konkurencji;

4.art. 433 pkt 1-3 Pzp, art. 439 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 353 1 kc, art. 8 ust. 1 Pzp, art. 16 pkt 1- 3 Pzp, art. 17 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 431 Pzp, poprzez ukształtowanie projektowanych postanowień Umowy w zakresie waloryzacji wynagrodzenia w sposób nieproporcjonalny, nieuzasadniony i nieprawidłowy, poprzez bezzasadne ograniczenie waloryzacji do maksymalnego poziomu Roczego Wskaźnika Waloryzacji 4,9 %, co rodzi ogromne, niewspółmierne i nieproporcjonalne ryzyko dla Operatora, niemożliwe do skalkulowania w ofercie oraz naruszające równowagę kontraktową stron i skutkujące nieporównywalnością ofert, znacząco ograniczając możliwość korzystania z mechanizmu waloryzacji;

W oparciu o tak sformułowane zarzuty Odwołujący Arriva wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania odpowiedniej modyfikacji treści SWZ, w tym treści projektowanych postanowień Umowy oraz ogłoszenia o zamówieniu, w następujący sposób:

1.w zakresie pkt II.1 powyżej, poprzez:

a)oznaczenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług z uwzględnieniem koniecznego okresu mobilizacji, tj. jako następującego przynajmniej 12 miesięcy od podpisania Umowy; oraz

b)oznaczenie okresu świadczenia usług jako 60 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług;

2.w zakresie pkt II.2 powyżej, poprzez wskazanie w Umowie uprawnienia wykonawcy - w okresie przejściowym 24 miesięcy od podpisania Umowy - do dysponowania tymczasowo taboru rezerwowym bez dodatkowego wyposażenia (tj. w: klimatyzację, toaletę dostosowaną do potrzeb osób z ograniczoną mobilnością, udogodnienia dla osób o ograniczonej możliwości poruszania w zakresie wsiadania/wysiadania z pojazdu, minimum 4 miejsc na przewóz rowerów, system zliczania pasażerów ze zdalnym dostępem do danych dla Organizatora, pokładowe wifi), a także starszego niż 20 lat;

3.w zakresie pkt II.3. powyżej poprzez przesunięcie terminu składania ofert co najmniej do dnia 29 marca 2024 r.,

4.w zakresie pkt II.4. powyżej poprzez wykreślenie ograniczenia waloryzacji poziomu Roczego Wskaźnika Waloryzacji do 4,9 %, ewentualnie zmianę zapisu w celu określenia maksymalnego wzrostu Kosztu dla Zamawiającego poprzez ustalenie limitu 20%; względnie w inny sposób zapewniający zgodność z przepisami Pzp powołanymi w niniejszym odwołaniu oraz eliminujący naruszenia w nim opisane.

Odwołujący Arriva wniósł również o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów, w tym dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach Postępowania, a także przywołanych i przedłożonych przez Odwołującego w toku postępowania odwoławczego — na okoliczności przytoczone w odwołaniu oraz w toku postępowania odwoławczego.

Uzasadniając odwołanie Odwołujący Arriva wskazał, że Zamawiający prowadzi Postępowanie, którego przedmiotem jest świadczenie usług publicznych w zakresie wojewódzkich kolejowych przewozów pasażerskich na terenie Województwa Podlaskiego. Zgodnie z art. 19 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (dalej: „uptz”), organizator dokonuje wyboru operatora w trybie Pzp. Jak podkreśla Raport Prokolej (Przewodnik otwarcia rynku kolejowych przewozów pasażerskich) na str. 52 (Dziesięć zasad otwarcia polskiego rynku na konkurencję). "Wybór przewoźnika to więcej niż zwykły przetarg. Samo ogłoszenie konkurencyjnej procedury nie oznacza, że dostęp do tynku jest otwarty. Równolegle trzeba ograniczyć bariery wejścia. Procedury kontraktowania muszą gwarantować odpowiedni czas na przygotowanie zasobów i mobilizację".

Według Odwołującego Arriva nawet przyjmując obecny termin składania ofert - 15 marca 2024 r., co jego zdaniem jest zbyt krótkim okresem, biorąc pod uwagę powagę i rozmiar zakresu zamówienia — to przy niezwykle sprawnym toku postępowania przetargowego, Umowa nie mogłaby być zewarła wcześniej niż jedynie kilka miesięcy przed 1 stycznia 2025r. Przy czym, wykonawcy pozostają związani ofertą do 12 czerwca 2024 r. (pkt XVI.I SWZ), co oznacza obowiązek prawny wykonawcy zawarcia Umowy, jeżeli zamawiający wybierze ją w tym terminie, a po stronie Zamawiającego — roszczenie o zawarcie Umowy. W jego opinii obecna, „szybka” data rozpoczęcia świadczenia usług wiąże się z istnieniem nieakceptowalnego ryzyka dla operatora. Nie jest bowiem przede wszystkim znana data zawarcia Umowy stanowiącej przedmiot Postępowania, co za tym idzie nie jest znany okres, jaki operator będzie mieć na przygotowanie się do świadczenia usług (mobilizacji).

Odwołujący Arriva podkreślił, że termin rozpoczęcia świadczenia usług powinien być odpowiednio dostosowany. Po pierwsze, przy tak kompleksowym zamówieniu jak stanowiące przedmiot Postępowania, sam okres pomiędzy złożeniem ofert a zawarciem umowy może być wielomiesięczny, przy czym Zamawiający powinien, dochowując należytej staranności przy określeniu harmonogramu, uwzględnić m.in. potencjalne środki ochrony prawnej składane przez wykonawców. Przede wszystkim jednak złożony charakter tak dużego zamówienia na wieloletnie świadczenie usługi przewozu osób w transporcie kolejowym, wymaga zapewnienia odpowiednio długiego okresu przygotowawczego

po zawarciu Umowy na wykonanie obowiązków kontraktowych oraz prawnych koniecznych do rozpoczęcia przewozów. Rozpoczęcie świadczenia usług pasażerskiego transportu kolejowego wiąże się z podjęciem szeregu formalnych czynności przygotowawczych, w tym m.in. pozyskanie taboru koniecznego do świadczenia usług, homologacji taboru w przypadku konieczności sprowadzenia go spoza terenu RP, rekrutacji i szkolenia personelu, przygotowanie punktów obsługi taboru, ich ewentualna modernizacja i wyposażenie, punktów dyspozytorskich i inne tzw. „okres mobilizacji”. Obecna nierealna data sztywna powoduje, iż dotrzymanie tego terminu jest niemożliwe z przyczyn całkowicie niezależnych od przewoźnika, który nie operuje w danym regionie. W obecnej sytuacji żaden profesjonalny przewoźnik nie jest w stanie konkurować z dotychczasowym operatorem świadczącym usługi transportu kolejowego na rzecz Zamawiającego, ponieważ każdy nowy przewoźnik musi dysponować bardzo dużymi zasobami w bardzo krótkim czasie. W konsekwencji dotychczasowy przewoźnik jest w uprzywilejowanej pozycji, ponieważ ma dostępny tabor, który był przez niego użytkowany do tej pory wraz z punktami utrzymania pojazdów oraz gotową dokumentacją techniczną dotyczącą utrzymania, posiada sieć sprzedaży, pracowników przeszkolonych na obsługiwane linie i tabor.

Odwolujący Arriva podkreślił, że w przypadku tego Postępowania należy uwzględnić między innymi konieczność wykonania następujących działań w okresie przygotowawczym, które mają charakter złożony i czasochłonny:

a) zatrudnienie maszynistów oraz personelu niezbędnego do świadczenia usług (w tym ekipa warsztatowa, konduktorzy, dyspozytorzy, osoby do planowania służb, administracja). Szkolenie maszynisty z doświadczeniem, który dysponuje już kwalifikacjami (tzn. ma uprawnienia do zawodowe) trwa ok. 6 miesięcy. Konieczne są w takim przypadku szkolenia na konkretne trasy, autoryzacja na konkretny tabor, które są wymagane prawnie i regulowane co do długości ich trwania. Natomiast w przypadku konieczności wyszkolenia nowych maszynistów — czas trwania takiego procesu to minimum 12 - 14 miesięcy. Długotrwały proces uzyskania kwalifikacji przez maszynistów (świadcstwo, licencja, znajomość szlaku) należy uzupełnić o niezbędny czas na pozyskanie kandydatów, czas na organizację i wykonanie badań lekarskich (wyłącznie przez wyspecjalizowane ośrodki medycyny kolejowej z ograniczoną w praktyce dostępnością terminów na badania), czas na egzaminy potwierdzające zdobycie uprawnień przeprowadzane już po zakończeniu szkolenia, a których terminy zależą od Urzędu Transportu Kolejowego (zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 29 listopada 2022 r. w sprawie egzaminów na licencję i świadectwo maszynisty). Z kolei pozyskanie niezbędnej liczby maszynistów z rynku w praktyce nie jest możliwe, a przy tym kształcie rynku pracy i strukturalnych niedoborach maszynistów właściwie nierealne (ok. 60 maszynistów). Tym bardziej, że szacując ryzyko brak jakichkolwiek podstaw do założenia na potrzeby oferty, że aktualny operator nie zwolni swoich pracowników wraz z końcem aktualnego kontraktu, a przeniesie ich na inne miejsca pracy w swoich strukturach co potwierdza również doświadczenie z innych regionów i dotychczasowej praktyki obecnego Operatora. Zauważyć przy tym należy, że Zamawiający nie skorzystał z uprawnienia wynikającego z Rozporządzenia 1370/2007 i nie umieścił w warunkach przetargowych obowiązku przejęcia załogi od operatora (aft. 4 ust. 5, motyw 16 preambuły).

b) zapewnienie i zorganizowanie niezbędnego zaplecza technicznego do realizacji serwisu pojazdów kolejowych wykorzystywanych do realizacji usługi (Załącznik nr 9 do Umowy — „Parametry jakościowe przewozów”, pkt 13), co wymaga przeprowadzenia złożonego procesu inwestycyjnego, uwzględniającego wyposażenie w specjalistyczne urządzenia, w tym m.in. wyszukanie lokalizacji, wynajem, negocjacje, dostosowanie zaplecza do wymogów utrzymania taboru oraz zatrudniania osób w tym miejscu, zamówienie odpowiedniego wyposażenia, czas na jego dostawę i montaż, przeszkolenie zatrudnionych osób.

c) wymiana niektórych podzespołów - zgodnie z danymi zawartymi w Załączniku nr 1c - „Dane historyczne taborowe”, niektóre pojazdy udostępniane przez Zamawiającego w ramach obecnego Postępowania będą wymagały wymiany kół monoblokowych lub/i tarcz hamulcowych. Obecnie dostawcy w/w komponentów deklarują czasy dostaw w tym zakresie 6-10 miesięcy od daty zamówienia, którego nie można złożyć tylko na bazie samej choćby informacji o złożeniu najlepszej oferty. Ze względu na wysokie nakłady potrzebna jest do tego podpisana umowa, oględziny taboru, potwierdzenie rzeczywistych parametrów taboru, negocjacja ceny, podpisanie umowy i dopiero oczekiwanie na dostawę.

d) dostęp do pakietów części zamiennych/podzespołów, które przy ewentualnych awariach należy wymienić w pojeździe. Należy przy tym uwzględnić czas realizacji dostaw części zamiennych (kilkanaście miesięcy).

e) zapewnienie przez Operatora dostępu do pozostałej infrastruktury operacyjnej w celu realizacji przewozów, w tym dworce, punkty tankowania pojazdów, punkty wodowania, nocowania, bocznice kolejowe, dyspozytura, pomieszczenia biurowe, miejsca noclegu dla pracowników.

f) zorganizowania kanałów sprzedaży biletów na wykonywane przewozy oraz zawarcie z innymi przewoźnikami umów na wzajemne honorowanie biletów (Załącznik nr 9 do Umowy — „Parametry jakościowe przewozów”).

g) ustalenie rozkładu jazdy, w tym pod kątem dostosowania do taboru, ułożenia obiegów, zaplanowania punktów obsługi i nocowania, itd. Ponadto, termin rozpoczęcia świadczenia usług powinien także odpowiadać terminom wynikającym dla udziału przewoźnika w uzgadnianiu Rozkładu Jazdy zgodnie z Regulaminem sieci zarządcy infrastruktury PKP PCK, w szczególności zgodnie z załącznikiem 8.1 do tego Regulaminu - Harmonogramem

opracowania rocznego rozkładu jazdy pociągów 2024/2025. Dla Roczego Rozkładu Jazdy 2024/2025 ostateczny termin wyboru lub zmiany przewoźnika to 7 czerwca 2024 r. (pkt 12 na str. 2), w tym dniu wybrany przewoźnik powinien już autoryzować dokonane rezerwacje, przyjmując w istocie zobowiązanie do podjęcia dalszych kroków dotyczących tras (wniosek o wykorzystanie itd.) oraz realizacji przewozów. PKP PLK muszą w tym dniu uzyskać pewność, że przewoźnik istotnie podejmie realizację przewozu, co następuje z chwilą autoryzacji wniosków. Tymczasem już sam termin związania ofertą (12 czerwca 2024 r.) jest późniejszy niż termin wskazania przewoźnika do realizacji rozkładu.

Odwołujący Arriva dodał, że pomimo udostępnienia taboru kolejowego przez Zamawiającego (17 sztuk), wykonawca ma obowiązek utrzymania odpowiedniej rezerwy taborowej umożliwiającej realizację zleconych przewozów w sposób nieprzerwany podczas koniecznych do przeprowadzenia przeglądów i napraw wykorzystywanych pojazdów kolejowych (pkt 14 Zał. nr 9 do Umowy). Ponadto, w rozkładzie jazdy są dodatkowe połączenia wymagające zaangażowania dodatkowego pojazdu (zał. nr 3 (rozkład jazdy) do zał. nr 2 (wzór umowy) do SWZ). Zgodnie z pkt 12 Załącznika nr 9 do Umowy, część składu pociągu udostępniana podróżnym powinna być wyposażona m.in. w:

- a) wentylację, klimatyzację oraz ogrzewanie zapewniających komfort termiczny wewnątrz składu,
- b) toaletę w układzie zamkniętym dostosowaną do potrzeb osób z ograniczoną mobilnością,
- c) udogodnienia dla osób o ograniczonej możliwości poruszania w zakresie wsiadania/wysiadania z pojazdu,
- d) minimum 4 miejsc na przewóz rowerów,
- e) system zliczania pasażerów ze zdalnym dostępem do danych dla Organizatora,
- f) pokładowe wifi,

Zapisy SWZ wykluczają pojazdy starsze niż 20 lat od daty produkcji lub najwyższego poziomu utrzymania (pkt 8, 9 Zał. Nr 9 do Umowy), dlatego jedyne dostępne EZT w Polsce na wynajem nie mogą być brane pod uwagę. W przypadku pojazdów w pełni zgodnych z dopuszczonym już typem czas dostawy wynosi 20-22 miesiące. Dostawa takich pojazdów jest jednak mało prawdopodobna, ponieważ m.in. zmiana kolorystyki wnętrza, rozplanowania siedzeń czy systemów informacji pasażerskiej, wymusza aktualizację niektórych certyfikatów i badań. Mając powyższe na uwadze, realnym czasem dostawy pierwszego pojazdu jest 24-26 miesięcy od podpisania umowy dla pojazdów zgodnych z typem, do 36-40 miesięcy od podpisania umowy dla pojazdów wymagających całkowicie nowego zezwolenia. Dlatego też — biorąc pod uwagę okres produkcji pociągów - Odwołujący, w celu nieprzedłużania ponad niezbędne minimum okresu mobilizacji, wnosi o wprowadzenie do Umowy uprawnienia wykonawcy w okresie przejściowym 24 miesiące od podpisania Umowy dysponowania tymczasowo taborem rezerwowym bez ww. dodatkowego wyposażenia wymaganego przez Zamawiającego oraz starszym niż 20 lat (ad. zarzut nr 11.2 niniejszego odwołania). Powyższy wymóg dowodzi przy tym ponad wszelką miarę, iż termin rozpoczęcia świadczenia usług jest niemożliwy do dotrzymania przy obecnych zapisach SWZ. Jednocześnie nierozpoczęcie świadczenia usług w terminie umownym wiąże się z szeregiem poważnych ryzyk. Wykonawca musi się m.in. liczyć z ryzykiem naliczenia kar umownych określonych w Załączniku nr 11 do Umowy, a także ryzykiem rozwiązania Umowy przez Zamawiającego (pkt 10.2.3 Umowy). Tymczasem ogromne koszty związane z tak wielkim przedsięwzięciem uniemożliwiają podjęcie działań przygotowawczych, takich jak wielomilionowe nakłady czy zatrudnienie personelu zawczasu, jeszcze przed zawarciem umowy na świadczenie usług. Ponadto brak ustanowienia minimalnego gwarantowanego okresu mobilizacji w kolejowych przewozach pasażerskich jest wbrew ustalonym standardom rynkowym opartym na obowiązku przygotowania otwartej, sprawiedliwej i niedyskryminacyjnej procedury przetargowej.

Według Odwołującego również określenie daty zakończenia realizacji usługi poprzez datę kalendarzową nie ma obiektywnego uzasadnienia w świetle art. 436 pkt 1 Pzp, kreując nieakceptowalne ryzyko dla operatora, gdyż wykonawca nie ma pewności co do rzeczywistego okresu świadczenia usług. Nawet przy „sztywnym” terminie rozpoczęcia świadczenia usług, postępowanie przetargowe (np. ze względu na procedury odwoławcze) może przeciągnąć się tak, że przesunięciu będzie musiał ulec termin rozpoczęcia świadczenia usług. Uniemożliwia to odpowiednią kalkulację kosztów i modelowania inwestycji (np. okresu korzystania z pojazdów, okresu amortyzacji inwestycji w zaplecze, itp.), czy faktycznego okresu uzyskiwania przychodów ze świadczenia usług, a w konsekwencji ich poziomu.

Według Odwołującego Arriva w Postępowaniu nie ma uzasadnienia do zastosowania wyjątku od powyższej zasady tj., że określenie terminów realizacji obowiązków umownych za pomocą konkretnej daty jest uzasadnione obiektywną przyczyną niezależną od Zamawiającego, zewnętrzną i nieprzewidywalną. W szczególności, Zamawiający ma inne, proporcjonalne środki prawne do zapewnienia ciągłości świadczenia usług przewozów kolejowych na czas niezbędny do przeprowadzenia rzeczywiście konkurencyjnego przetargu, jak np. tryby zlecenia bezpośredniego, o których mowa w art. 22 Uptz, w tym tryb awaryjny z pkt 4 tego przepisu. Tymczasem obecna treść SWZ prowadzi do zamknięcia konkurencji na kolejne 5 lat. Niezależnie od powyższego, takie określenie terminu realizacji umowy powoduje, że konkurencyjną ofertę w Postępowaniu może złożyć jedynie obecny operator świadczący te usługi dla Zamawiającego, bowiem nie będą na nim ciążyły obowiązki związane z przygotowaniem do świadczenia usług, analogiczne do obowiązków konkurencyjnych wykonawców. Tym samym, obecny przetarg tylko pozornie ma konkurencyjny i przejrzysty

charakter, bowiem w rzeczywistości preferuje spółkę Polregio, uniemożliwiając skuteczne konkutowanie o świadczenie tych usług innym wykonawcom. Kwestie objęte powyższymi zarzutami nie są możliwe do spełnienia nie tylko przez Arriva ale przez jakiegokolwiek innego Operatora, mimo iż Postępowanie ma charakter unijny. Powyższe narusza także art. 99 Pzp, według którego przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Opis winien zapewnić realne uwzględnienie wszystkich aspektów i czynności, jakich wykonania oczekuje zamawiający od przyszłego wykonawcy, w taki sposób, aby umożliwić mu rzetelne oszacowanie kosztów wykonania tego zamówienia, a co za tym idzie złożenie prawidłowej, obejmującej wykonanie całego wymaganego zakresu oferty, w sposób zapewniający konkutowanie w warunkach uczciwej i równej konkurencji. Zapewnienie zbyt krótkiego terminu na realizację zamówienia nie stwarza warunków równej konkurencji

Odwolujący zauważył także, że art. 16 Pzp ustanawia zasadę, według której zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami przejrzystości i proporcjonalności. Jednocześnie art. 17 Pzp stanowi, że zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów. Sposób przygotowania dokumentów zamówienia oraz ich treść powinny odzwierciedlać zasadę przejrzystości, konkurencyjności, niezależnie od tego, czy będą dotyczyć opisu przedmiotu umowy, warunków realizacji umowy, kryteriów kwalifikacji, czy kryteriów wyboru oferty. Projektowane postanowienia umowne powinny rządzić się analogicznymi zasadami, być jasne, przejrzyste, niepodlegające arbitralnej ocenie czy zmianom. Ponadto, Odwołujący Arriva stwierdził, że Zamawiający naruszył także art. 433 pkt 1, 3 i 4 Pzp i art. 353 1 KC w związku z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 16 pkt 1-3 Pzp oraz art. 17 ust. 1-2 Pzp, przerzucając na wykonawcę niemożliwe do oszacowania, niezależne od wykonawcy ryzyko kontraktowe związane ze sztywną datą rozpoczęcia i zakończenia świadczenia usług, niemożliwą do spełnienia przez żaden podmiot na rynku oprócz dotychczasowego operatora, sprzeciwiając się tym samym naturze stosunku zobowiązaniowego oraz zniechęcając wykonawców do składania ofert w Postępowaniu i ograniczając konkurencję. Ryzyko związane z terminem rozpoczęcia świadczenia usług obciąża w całości wykonawcę wskutek braku reguł określających minimalny czas na przygotowanie się do realizacji zamówienia, a nadto określenie kalendarzowo daty końcowej oraz poszczególnych okresów rozliczeniowych. Powyższe ma znaczenie także dla kalkulacji kosztów oferty (np. koszty amortyzacji) — chodzi zatem o niepewność odnośnie rzeczywistego okresu obowiązywania umowy. Poszczególne okresy rozliczeniowe oraz okres realizacji przewozów jest więc określony datami sztywnymi. Projekt Umowy także nie przewiduje zmiany terminu rozpoczęcia i zakończenia świadczenia usług Umowy w przypadku braku możliwości zawarcia Umowy w określonym terminie. Tymczasem faktyczne przesunięcie terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia w obrębie danego Okresu Rozliczeniowego ma wpływ na plan finansowy. Z punktu widzenia Wykonawcy i kalkulacji oferty nie jest obojętne w jakim momencie danego Okresu Rozliczeniowego wykonawca rozpocznie świadczenie usług oraz jaki będzie ostatecznie okres realizacji zamówienia — czy może okres ten będzie skrócony z uwagi na późniejszy termin rozpoczęcia świadczenia usług. W opinii Odwołującego Arriva zasadny jest zatem wniosek o zmianę terminu rozpoczęcia świadczenia usług na określony jako nie wcześniej niż 12 miesięcy od zawarcia umowy stanowiącej przedmiot Postępowania (wprowadzając tym samym niezbędny okres mobilizacji zasobów wykonawcy zamówienia), a okresu świadczenia usług na określony jako 60 miesięcy od rozpoczęcia świadczenia usług.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu, Odwołujący Arriva wskazał, że chociaż większość taboru kolejowego udostępnia Zamawiający, to jednak zgodnie z pkt 14 Zał. Nr 9 do Umowy, wykonawca ma obowiązek utrzymania odpowiedniej rezerwy taborowej umożliwiającej realizację zleconych przewozów w sposób nieprzerwany podczas koniecznych do przeprowadzenia przeglądów i napraw wykorzystywanych pojazdów kolejowych. W tym celu niezbędne jest pozyskanie przez wykonawcę ok 2-3 dodatkowych pojazdów, spełniających indywidualnie postawione wymogi dot. wyposażenia, zgodnie z pkt 12 Zał. nr 9 do Umowy. Ponadto, Pkt. 8 Załącznika nr 9 do Umowy stanowi: „Organizator dopuszcza takie rozwiązanie, że Operator w celu sprawnej realizacji rozkładu jazdy będzie wykorzystywał również swój tabor. W takiej sytuacji Operator uzupełni załącznik nr 8 do Umowy o dodatkowy tabor, który będzie wykorzystywany przez niego w realizacji przewozów. Wiek każdego pojazdu Operatora, którym wykonywane będą objęte niniejszą Umową przewozy, liczony od daty produkcji lub wykonania ostatniego najwyższego przeglądu poziomu utrzymania przewidzianego w Dokumentacji Systemu Utrzymania nie może przekraczać 20 lat w całym okresie obowiązywania Umowy.” Tak duże nakłady wymagają kosztów inwestycyjnych i czasu, jak wskazano wyżej, minimum 24 miesięcy, celem zakupu pojazdów, ewentualnie sprowadzenia pojazdów z zagranicy z dostosowaniem do eksploatacji na runku polskim lub najmu z dostosowaniem (jedyna na rynku polskim firma wynajmująca EZT nie posiada pojazdów spełniających wymóg wieku). Dlatego też Odwołujący, w celu nieprzedłużania ponad niezbędne minimum okresu

mobilizacji, wnosi o wprowadzenie do Umowy uprawnienia wykonawcy w okresie przejściowym 24 miesięcy od podpisania Umowy dysponowania tymczasowo taboru rezerwowym bez ww. dodatkowego wyposażenia wymaganego przez Zamawiającego oraz bez ograniczenia wieku do 20 lat. Brak takiego uprawnienia powoduje, iż wymóg zapewnienia rezerwy taborowej z ww. wyposażeniem od sztywnej daty 1 stycznia 2025 r. jest nierealny i niemożliwy do dotrzymania, niepewny co do rzeczywistego okresu przygotowawczego oraz rażąco narusza równowagę kontraktową stron, przerzucając na wykonawcę niemożliwe do oszacowania, niezależne od wykonawcy ryzyko kontraktowe związane z brakiem adekwatnego okresu przejściowego na zapewnienie odpowiedniego taboru rezerwowego. Odwołujący wskazał ponadto, że zgodnie z motywem 17 zd. ostatnie Rozporządzenia 1370/2007, jeżeli podmiot świadczący usługi publiczne dokonuje inwestycji w infrastrukturę lub tabor kolejowy i pojazdy które to oba rodzaje inwestycji są wyjątkowe, gdyż wiążą się ze znacznymi kwotami - i jeżeli umowa jest zawarta w wyniku procedury przetargowej zapewniającej uczciwą konkurencję, powinna istnieć możliwość przedłużenia umowy o jeszcze dłuższy okres. Rozporządzenie podkreśla zatem doniosłość inwestycji w tabor. Zamawiający - nie zapewniając odpowiedniego czasu na zapewnienie taboru naruszył także art. 5a Rozporządzenia 1370/2007, zgodnie z którego ust. 1, z myślą o wszczęciu konkurencyjnej procedury przetargowej właściwe organy oceniają, czy konieczne są środki do zapewnienia skutecznego i niedyskryminacyjnego dostępu do odpowiedniego taboru. W ocenie tej uwzględnia się obecność na rynku właściwym przedsiębiorstw prowadzących leasing taboru kolejowego lub innych podmiotów rynkowych prowadzących leasing taboru.

Uzasadniając zarzut dotyczący terminu składania ofert, Odwołujący wskazał, że Zgodnie z pkt XVII. 1. SWZ oraz pkt 5.1.12 ogłoszenia o zamówieniu, termin składania ofert w Postępowaniu wypada w dniu 15 marca 2024 r., co stanowi jedynie 39 dni od dnia wszczęcia Postępowania. Co prawda zgodnie z normą określoną w art. 138 ust. 1 Pzp, termin składania ofert nie może być krótszy niż 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, jednak zasadą i obowiązkiem Zamawiającego jest - zgodnie z art. 131 ust. 1 Pzp — konieczność uwzględnienia złożoności i specyfiki przedmiotu zamówienia oraz czas niezbędny do ich przygotowania i złożenia. Odwołujący Arriva podkreślił, że każdy wykonawca musi skalkulować wiążącą ofertę — w sposób rzetelny, niebudzący wątpliwości - na 5-letnie zamówienie warte wiele setek milionów złotych, obejmujące przejęcie usług pasażerskich transportu kolejowego w całym Województwie Podlaskim. Niezbędne w tym celu jest m.in. określenie w formularzu ofertowym (załącznik nr 3 do SWZ) kosztu za pociągokilometr, rozsądnego zysku za pociągokilometr oraz rekompensaty za cały okres realizacji przewozów. Wykonawca ma obowiązek oświadczyć, iż oferta zawiera wszystkie koszty związane z dostawą przedmiotu oferty włącznie z wszelkimi kosztami wynikającymi z zapisów SWZ (pkt 2 formularza oferty). Nawet zatem niewielka pomyłka w obliczeniu może oznaczać wielomilionowe straty dla Wykonawcy. Aby natomiast prawidłowo skalkulować ofertę Wykonawca sam musi najpierw uzyskać oferty od kontrahentów, w tym dostawców pojazdów (z uwzględnieniem wymogów technicznych), instytucji bankowych i finansowych, zaplanować lokalizację oraz zobowiązania z tytułu zaplecza technicznego, a także kwestie paliw i energii elektrycznej, oraz dostawców rozwiązań technologicznych. Powyższe oferty powinny podlegać negocjacjom w celu uzyskania optymalnej ceny i warunków zakupu. Negocjacje takie prowadzi się z reguły z kilkoma partnerami i w związku z tym dodatkowo wymaga to czasu (czasami przy większych kontraktach z jakim mamy tu do czynienia trwa to ponad 2 miesiące).

W świetle powyższego, obecny termin składania ofert nie może się ostać i powinien zostać odpowiednio przedłużony, zgodnie z wnioskiem odwołania.

Uzasadniając zarzut dotyczący waloryzacji Odwołujący Arriva wskazał, że w załączniku nr 4 do Umowy w pkt. 1 jest zapis: „W celu wyeliminowania konieczności dokonywania przez Strony korekt w sytuacjach bagatelnych, waloryzacja będzie stosowana tylko wtedy gdy Roczny Wskaźnik Waloryzacji przekroczy 1% i do maksymalnego poziomu 4,9%. Ograniczenie waloryzacji do poziomu Roczno Wskaźnika Waloryzacji do 4,9 % rodzi ogromne, niewspółmierne i nieproporcjonalne ryzyko dla Operatora niemożliwe do skalkulowania w ofercie oraz naruszające równowagę kontraktową stron i skutkujące nieporównywalnością ofert. Nie jest to zdecydowanie sytuacja bagatelna. Przyjęcie limitu 1% - 4,9 % ani nie odnosi się do sytuacji bagatelnych, jak sugeruje Zamawiający, ani nie jest zgodne z podejściem mającym na celu niedopuszczenie do deficytu ekonomicznego po stronie wykonawcy. Zachowanie ww. limitu skutkuje ogromnym ryzykiem straty po stronie Operatora, której to straty nie sposób będzie odrobić w kolejnych latach realizacji usług z uwagi na trwałe zmniejszenie stawki w stosunku do pełnej waloryzacji, a która to stawka będzie również podstawą do kolejnej waloryzacji. Nie jest to więc jednorazowa, jednoroczna strata dla Operatora, ale ma wpływ na kolejne lata, zaniżając rekompensatę w sposób ciągły i zwiększając stratę co roku przez kolejne waloryzacje. Jednocześnie Operator podlega sytuacji rynkowej i nie ma możliwości wpływu na zmiany cen na rynku a tym samym wysokość rzeczywistej inflacji, cena paliwa czy wzrost wynagrodzeń. Zamawiający w pkt 6 Zał. Nr 4 do Umowy, określił zasady zmiany w zakresie wysokości wynagrodzenia dotyczące wskaźnika wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych, wskaźnika wzrostu przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw bez wypłaty z nagród z zysku oraz wskaźnika wzrostu cen paliwa i energii. Należy zauważyć, iż należycie działający

wykonawca nie jest w stanie przewidzieć w okresie 5-letnim przyszłej inflacji, cen paliw czy wzrostu przeciętnego wynagrodzenia. Waloryzacja powinna chronić Wykonawcę w sposób przejrzysty, a nie być dodatkowym ryzykiem Wykonawcy niemożliwym do skalkulowania i przewidzenia na etapie składania oferty. Limit 4,9% stanowi ryzyko, które nawet z najlepszą należytą starannością Wykonawca nie jest w stanie oszacować w ofercie i stanowi nadużycie ze strony Zamawiającego w kształtowaniu zapisów umownych, zwłaszcza w kontekście doświadczeń z ostatnich lat (pandemia COVID-19, wojna na Ukrainie, konflikt izraelsko — palestyński) i obecnej sytuacji politycznej. Okoliczności te mają ogromny wpływ na inflację, ale jeszcze większy na poziom cen paliw i energii. Koszt paliwa w kosztach operatora to aż 25%. W żadnym wypadku nie można się zgodzić, że chodzi o sytuacje bagatelne jak określił Zamawiający, lecz jest kluczowy element oferty - wynagrodzenie i jego późniejsza waloryzacja. Sam Zamawiający w Załączniku nr 4, wskazując przykład liczenia waloryzacji bazując na danych historycznych, wyliczył poziom indeksacji na poziomie 6,09 i 13,31% - wskazuje więc sam, że te ryzyka są i to znacznie większe niż poziom, który wskazał 4,9%. Każdy 1% braku Waloryzacji to 800-900 tys. straty dla Operatora, a bazując na przykładzie podanym przez Zamawiającego w załączniku do Umowy to może być nawet różnica ponad 8% rocznie (tj. różnica między 13,31% a 4,9%) co oznacza ryzyko na bazie historii nawet ok 7-8 mln zł rocznie. Powyższe, z perspektywy jednego tylko roku znacząco przekracza ewentualny zysk jednoroczny, a nawet potencjalnie na całym kontrakcie. W świetle powyższego brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia dla stosowania limitu do 4,9 % dla waloryzacji, który należy uznać za nieproporcjonalny i rażąco naruszający równowagę kontraktową stron. Należy zauważyć, iż nawet bez wskazanego ograniczenia - wykonawca na podstawie Umowy ponosi olbrzymie ryzyko. Przykładowo, stosowanie waloryzacji dopiero po przekroczeniu 1 % spowoduje znaczące ryzyko dla Operatora, ponieważ może oznaczać brak indeksacji w przypadku, gdy z formuły indeksacji wychodzi poniżej 1% (np. 0,99%), a w konsekwencji brak pokrycia zwiększonych kosztów w postaci wyższej rekompensaty o wpływie nawet ok 800 tys. — 900 tys. PLN rocznie (co w przypadku całego kontraktu powoduje ogromne potencjalne ryzyko — 5 lat to już ok 4 — 4,5 mln PLN, w przypadku braku indeksacji tylko w jednym roku, jeśli co roku miałyby miejsca taka sytuacja to strata Operatora wynosiłaby aż 12 mln zł). Oznacza to konieczność doszacowania tego ryzyka w ofercie. Ponadto, formuła waloryzacyjna obejmuje tylko niektóre koszty, podczas gdy wzrost pozostałych istotnych kosztów pozostaje ryzykiem wykonawcy. Zgodnie z pkt 5.3.3 Umowy, Koszty ponoszone są w całości przez Operatora. Operator jako profesjonalista posiadający doświadczenie w realizacji podobnych umów ponosi odpowiedzialność za odpowiednie skalkulowanie przewidywanych kosztów, w tym prawdopodobnej dynamiki ich zmiany w kolejnych Okresach Rozliczeniowych, co Operator powinien być na swoje ryzyko i odpowiedzialność uwzględnić w Ofercie. Operator powinien też uwzględnić, że jedynym przewidzianym umownie mechanizmem dostosowywania wysokości Rekompensaty za Pociągokilometr do zmian poziomu kosztów jest Waloryzacja. Poszczególne kategorie kosztów określone są w Załączniku nr 4. Zgodnie z pkt 3 zał. Nr 4 do Umowy, Operator winien uwzględnić następujące koszty związane z realizacją usług objętych Umową o świadczenie usług publicznych:

- 1) Koszty dostępu do Infrastruktury związane z przejazdem, postojem i zatrzymaniem pociągu,
- 2) Koszty energii trakcyjnej, jeśli wystąpią,
- 3) Koszty zużycia paliwa,
- 4) Koszty obsługi trakcyjnej,
- 5) Koszty obsługi konduktorskiej,
- 6) Koszty dostępu do stacji pasażerskich,
- 7) Koszty utrzymania infrastruktury technicznej, 8) Koszty utrzymania, napraw i eksploatacji Taboru,
- 9) Koszty dzierżawy Taboru,
- 10) Koszty działalności handlowej, w tym:
 - a) Koszty sprzedaży własnej, w tym takie koszty osobowe, koszty najmu i utrzymania pomieszczeń, konwoju gotówki, eksploatacji i utrzymania systemów sprzedaży;
 - b) Koszty prowizji za sprzedaż biletów dla agentów i inne koszty związane ze sprzedażą agencyjną;
 - c) Koszty obsługi pasażera, w tym koszt informacji podróżnych (bezpośrednia w punktach informacyjnych, telefoniczna, wizualna, megafonowa, internetowa);
 - d) inne koszty handlowe,
- 11) Koszty ogólnego zarządu,
- 12) Koszty finansowe, dotyczące wykonywania Usług, w tym w szczególności:
 - a) Koszty odsetek oraz prowizji związanych z pozyskaniem i obsługą finansowania zewnętrznego na potrzeby zakupów inwestycyjnych do realizacji Przewozów;
 - b) Koszty odsetek oraz prowizji związanych z pozyskaniem i obsługą finansowania zewnętrznego na potrzeby zakupów inwestycyjnych powiązanych pośrednio z realizacją Przewozów;
 - c) Koszty odsetek oraz prowizji związanych z pozyskaniem i obsługą zewnętrznych środków na potrzeby finansowania obrotowego;

d)inne koszty finansowe związane z wykonywaniem Usług;

13)Koszty komunikacji zastępczej,

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

Jednocześnie Odwołujący Arriva podniósł, iż w świetle zasad Rozporządzenia 1370/2007, organ udzielający powierzenia usług publicznego transportu kolejowego powinien nadawać tej umowie taki kształt i sens, aby rekompensata rzeczywiście zapewniała, z zachowaniem szczegółowych postanowień umowy powierzenia oraz w ramach ustalonej w tej umowie równowagi kontraktowej i rozkładu ryzyka:

a.możliwość świadczenia przez przewoźnika usług regionalnego transportu kolejowego na zasadach akceptowalnych ekonomicznie, a także

b.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.

Rozporządzenie 1370/2007 formułuje bowiem określone reguły dotyczące:

c.stosowania rekompensaty jako środka do przywrócenia możliwości świadczenia usługi na zasadach akceptowalnych ekonomicznie,

d.wymogu zapewnienia efektywności tych usług, w tym ich odpowiedniej jakości, stabilności finansowej oraz ciągłego i trwałego charakteru oraz

e.konieczności zapewnienia minimalnej atrakcyjności wspomnianych usług dla utrzymania zainteresowania oferentów udziałem w postępowaniach przetargowych dotyczących powierzenia tych usług.

Reasumując, wskazany limit czyni klauzulę waloryzacyjną pozorną i niespełniającą swojego podstawowego celu ochrony wykonawcy przed wzrostem kosztów niezależnych opartych na makroekonomicznych ryzykach. Tymczasem, wprowadzenie do Pzp obowiązku uwzględniania klauzul waloryzacyjnych miało na celu przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy zachwianej przez określone zdarzenia, które mogą mieć miejsce w trakcie jej realizacji.

Biorąc pod uwagę powyższe, uzasadnione jest żądanie wykreślenia ograniczenia waloryzacji jako poziomu nieuzasadnionego obecną i historyczną sytuacją a powodującego ogromne ryzyka i w obecnej sytuacji w całości przerzucane na Operatora, ewentualnie zmianę zapisu w celu określenia maksymalnego wzrostu Kosztu dla Zamawiającego poprzez ustalenie limitu 20%, co lepiej odzwierciedla ryzyka dla Zamawiającego oraz ogranicza ryzyka Operatora, które znacząco zwiększałyby koszt wykonania usług przede wszystkim biorąc pod uwagę doświadczenia ostatnich lat ale także stosowaną praktykę rynkową.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 27 lutego 2024 r. wniósł o jego oddalenie w całości.

Zamawiający stwierdził, że Odwołujący Arriva zwrócił uwagę na szereg okoliczności, których spełnienie jest niezbędne do prawidłowego wykonania umowy, w tym konieczność zatrudnienia maszynistów oraz personelu niezbędnego do świadczenia usług – z treści wyjaśnienia nie sposób oprzeć się wrażeniu, iż to w czasie pomiędzy zawarciem umowy a rozpoczęciem jej realizacji wykonawca będzie organizował niezbędny personel. Nie jest możliwe aby przystępując do przetargu, prowadząc profesjonalną działalność w tej dziedzinie

nie dysponował minimalną ilością niezbędnego personelu do wykonania umowy i jego zapewnienie pozostawiał wyłącznie na okres po podpisaniu umowy. Odwołujący Arriva wskazał również, iż w przypadku konieczności wyszkolenia nowych maszynistów taki czas trwania to okres minimum 12-14 miesięcy, przywołując na tę okoliczność rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 24 listopada 2022 r. (Dz. U. z 2022 r. poz. 2574) oraz rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 20 października 2023 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie świadectwa maszynisty (Dz. U. z 2023 r. poz. 2402) określające ilość godzin szkolenia. Z przytoczonych aktów prawnych nie wynika wskazany czas trwania szkolenia. A w odwołaniu nie przedstawiono na tę okoliczność odpowiednich potwierdzających te fakty dowodów. Ponadto nie bez znaczenia będzie, w przypadku ewentualnego zakończenia współpracy z dotychczasowym wykonawcą przewozów utrata pracy przez doświadczony personel, który ze względu na specyfikę wykonywanej pracy i brak możliwości pełnego zagospodarowania na rynku personelu z takimi umiejętnościami i doświadczeniem w warunkach województwa podlaskiego, możliwość zatrudnienia tych pracowników przez nowego Operatora. Warunki społeczno-gospodarcze województwa podlaskiego spowodowały, iż Zamawiający nie skorzystał z możliwości wynikających z art. 4 ust. 5 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. U. UE. L. z 2007 r. Nr 315, str. 1 z późn. zm.), jak i art. 21 ust. 1 Pzp. Ponadto według Zamawiającego Odwołujący ograniczył się do wskazania koniecznego zakresu działań w celu przygotowania się do wykonania usługi objętej niniejszym postępowaniem i stwierdzenia, iż ich wykonanie wymaga znacznie dłuższego czasu niż ten, który pozostanie wykonawcy od momentu podpisania umowy do rozpoczęcia jej realizacji, niemniej nie

przedstawił dowodów potwierdzających przytoczone w tych punktach okoliczności.

Odnosząc się natomiast do obaw związanych z ustaleniem rozkładu jazdy przedstawionych w pkt g odwołania wyjaśnić należy, iż rozkład jazdy na okres 1 stycznia - 31

grudnia 2025 r. został ustalony przez Organizatora – Województwo Podlaskie i stanowi on część dokumentacji Postępowania i Operator zobowiązuje się go realizować (pkt 4.1.2 Umowy). Udostępnianie infrastruktury kolejowej zarządzanej przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. odbywa się na podstawie „Regulaminu sieci”, który określa zasady współpracy i wymagania w zakresie udostępniania tej infrastruktury odnoszące się do wszystkich aplikantów i przewoźników. Z uwagi na termin wynikający z „Regulaminu sieci” uniemożliwiający złożenie wniosków o zamówienie tras wybranemu Operatorowi w terminie, Zamawiający jako Organizator transportu wystąpił do Zarządcy infrastruktury z wnioskiem o przydzielenie dostępu do Internetowego Systemu Zamawiania Trasy Pociągu (ISZTP) – „Zamawiaj i Jedź”.

Już taki dostęp został przyznany Zamawiającemu jako Aplikantowi, co pozwoli na terminowe złożenie zamówień na trasy i opracowanie rozkładu jazdy. Nie ma więc zagrożenia, że nie będzie zachowany termin zamawiania tras. Takie rozwiązanie jest możliwe i z tego Zamawiający skorzystał. Zamawiający wyjaśnił ponadto, że w sprawie tego rodzaju usług już toczyło się postępowanie dotyczące wyboru nowego Operatora, w którym podmiotami biorącymi w nim udział były Polregio S.A. i Arriva Rp sp. z o.o. Na etapie ówczesnego postępowania Odwołujący nie podnosił okoliczności, które by wskazywały na brak możliwości rozpoczęcia świadczenia usługi w dacie 1 stycznia 2025 r., co w świetle okoliczności przywołanych w odwołaniu wskazujących w niektórych przypadkach na konieczność zabezpieczenia odpowiedniego czasu na przygotowanie się do świadczenia usługi w granicach minimum 24 miesięcy, którego zachowanie nie było możliwe także na etapie poprzednio prowadzonego postępowania. Pomimo to oferta przez Odwołującego została wówczas złożona.

Zamawiający odnosząc się do zarzutu dotyczącego taboru wskazał, że dopuścił rozwiązanie dotyczące możliwości wykorzystania przez wykonawcę własnego taboru, którym dysponuje określając jednocześnie wymogi, jakie ów tabor będzie musiał spełnić. Tak sformułowane postanowienie wskazuje na dopuszczenie takiej możliwości a nie na obowiązek zapewnienia. A zatem to od wykonawcy będzie zależało, czy w tym konkretnym celu wskazanym w tym postanowieniu skorzysta z danej mu przez Zamawiającego możliwości czy też nie. Zamawiający udostępnił odpowiednią ilość pojazdów umożliwiającą wykonanie umowy. Tylko w odniesieniu do pkt 14 ww. Załącznika operator zobowiązany jest do utrzymania odpowiedniej rezerwy taborowej umożliwiającej realizację zleconych przewozów w sposób nieprzerwany podczas koniecznych do przeprowadzenia przeglądów i napraw wykorzystywanych pojazdów kolejowych. Zamawiający w odniesieniu do wszystkich pojazdów udostępnianych podróżnym w ramach świadczenia usługi wskazał, iż część składu pociągu udostępniana podróżnym powinna być wyposażona min. w:

- a) wentylację, klimatyzację oraz ogrzewanie zapewniających komfort termiczny wewnątrz składu,
- b) toaletę w układzie zamkniętym dostosowaną do potrzeb osób z ograniczoną mobilnością,
- c) udogodnienia dla osób o ograniczonej możliwości poruszania w zakresie wsiadania/wysiadania z pojazdu,
- d) minimum 4 miejsc na przewóz rowerów,
- e) system zliczania pasażerów ze zdalnym dostępem do danych dla Organizatora,
- f) pokładowe wifi.

Zamawiający uznał, iż spełnienie wskazanych wymogów pozwoli aby kolejowe przewozy pasażerskie świadczone były na jak najwyższym poziomie tj. wykonywane były nowym lub zmodernizowanym taborem, posiadającym podstawowe, powszechne udogodnienia (nie sposób bowiem zgodzić się z Odwołującym, iż wymienione powyżej wymogi dot. wyposażenia mają charakter indywidualny) i aby jakość taboru rezerwowego nie odbiegała od parametrów jakościowych taboru udostępnianego do realizacji przewozów przez

Zamawiającego. W tym kontekście podkreślenia wymaga, iż Zamawiający ma prawo określić

warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do przedmiotu zamówienia w sposób, który uwzględni obiektywne potrzeby zamawiającego, pomimo, że wyklucza on możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Prawem Zamawiającego jest takie opisanie warunków udziału w postępowaniu, które zaspokoi

potrzeby i oczekiwania Zamawiającego w ramach realizacji danego przedmiotu zamówienia.

Ponadto Zamawiający zwrócił uwagę, iż Odwołujący wskazuje na potrzebę ograniczenia przedmiotu zamówienia w stosunku do taboru rezerwowego w zakresie wyłączenia zapewnienia m. in. toalety w układzie zamkniętym dostosowaną do potrzeb osób z ograniczoną mobilnością oraz udogodnień dla osób o ograniczonej możliwości poruszania w zakresie wsiadania/wysiadania z pojazdu, co jest sprzeczne z obowiązującymi przepisami prawa. Otóż Organizator dokonując wyboru operatora w trybie zamówieniowym, przy sporządzaniu dokumentów zamówienia winien

kierować się wymogami wynikającymi z art. 21 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. z 2023 r., poz. 2778). Wymogi wynikające z tego przepisu należy odczytywać przy uwzględnieniu tak przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i motywu 17 preambuły rozporządzenia (WE) Nr 1370/2007. Przywołane przepisy wprowadzają swobodę ustanawiania kryteriów społecznych i jakościowych w celu utrzymania i podnoszenia standardów w odniesieniu do zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych, np. określenia minimalnych warunków pracy, praw pasażerów, potrzeb osób o ograniczonej sprawności ruchowej, wymagań w zakresie ochrony środowiska naturalnego, bezpieczeństwa pasażerów i pracowników oraz zobowiązań wynikających z porozumień zbiorowych, a także innych przepisów oraz porozumień w sprawie miejsc pracy i ochrony socjalnej w miejscu, w którym usługa jest wykonywana, co znalazło wyraz w brzmieniu ust. 1 art. 21, który stanowi, iż w dokumentach zamówienia można uwzględnić w szczególności normy jakości i powszechną dostępność świadczonych usług. W odniesieniu jednak do zapewnienia w środkach transportu rozwiązań technicznych służących zapewnieniu ich dostępności dla osób niepełnosprawnych i osób o ograniczonej zdolności ruchowej ustawodawca takiej swobody już nie pozostawia, zobowiązując w ust. 1a do uwzględnienia w dokumentach zamówienia tego rodzaju wymogów. Zobowiązanie to koresponduje także z treścią art. 100 ust. 1 Pzp, który stanowi, iż w przypadku zamówień przeznaczonych do użytku osób fizycznych, w tym pracowników zamawiającego, opis przedmiotu zamówienia sporządza się z uwzględnieniem wymagań w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych oraz projektowania z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników, chyba że nie jest to uzasadnione charakterem przedmiotu zamówienia. Dlatego też nie jest możliwa rezygnacja przez Zamawiającego z dodatkowych wymogów wskazanych w pkt 12 Załącznika Nr 9 do umowy Parametry jakościowe przewozów, nawet jeżeli dotyczą one taboru rezerwowego.

Zamawiający stwierdził również, że Odwołujący Arriva wskazując na brak możliwości zapewnienia taboru rezerwowego o określonych w dokumentach zamówienia parametrach wyliczył terminy możliwe do zachowania w przypadku dostawy pojazdów spełniających postawione wymogi. Przedstawione jednak okoliczności pozostają w ocenie Zamawiającego subiektywnymi twierdzeniami Odwołującego, nie popartymi odwołaniami do żadnych dowodów cechujących się odpowiednim stopniem fachowości. Z uwagi na przedstawione wyjaśnienia brak jest podstaw do wskazania w Umowie uprawnienia wykonawcy – w okresie przejściowym 24 miesięcy od podpisania umowy – do dysponowania tymczasowo taborem rezerwowym bez dodatkowego wyposażenia oraz starszego niż 20 lat.

Również w ocenie Zamawiającego nie doszło do naruszenia art. 138 ust. 1 Pzp i brak jest podstaw do uwzględnienia odwołania w części kwestionującej zbyt krótki termin przewidziany na złożenie oferty wyznaczony na dzień 15 marca 2024 r. i jego wydłużenie do 29 marca 2024 r. Zamawiający podkreślił, że termin na składanie ofert wyznaczony na dzień 15 marca spełnia wymagania wynikające z art. 138 ust. 1 Pzp i nie jest krótszy niż 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Po drugie, przewidziany ogłoszeniem termin jest wystarczający do złożenia prawidłowej i rzetelnej oferty, gdyż i w kontekście tego zarzutu ponownego zwrócenia uwagi wymaga fakt, iż niniejsze postępowanie przetargowe dotyczące świadczenia usług publicznych w zakresie wojewódzkich kolejowych przewozów pasażerskich jest drugim postępowaniem prowadzonym przez Zamawiającego w tym przedmiocie. Termin wyznaczony na złożenie ofert wynosił wówczas 43 dni i uczestnikami postępowania podobnie jak obecnie były spółki: ARRIVA RP sp. z o.o. i Polregio S.A. W tamtym postępowaniu wyznaczony termin na składanie ofert, dłuższy tylko o 4 dni od aktualnego był wystarczający do złożenia oferty. Obecnie natomiast Odwołujący kwestionuje długość tego terminu, chociaż temat świadczenia usług, wymogów stawianych przez Zamawiającego, jak i niezbędnych dokumentów był Odwołującemu bardzo dobrze znany.

Treść dokumentów przetargowych w niniejszym postępowaniu nie zmieniła się w taki sposób aby wymagało to poświęcenia proponowanego tak długiego okresu na ewentualne dokonanie zmian w ofercie, bowiem Odwołujący ma już przygotowaną ofertę z poprzedniego postępowania. Z powyżej przedstawionych względów Zamawiający uważa, iż wyznaczony do

dnia 15 marca 2024 r. termin na składanie ofert jest wystarczający i brak jest uzasadnionych podstaw do jego zmiany.

Również w ocenie Zamawiającego nie doszło do naruszenia art. 433 pkt 1-3, 439 ust. 1-3 Pzp w związku z art. 3531 k.c., art. 8 ust. 1, art. 16 pkt 1-3, art. 17 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 431 Pzp. Zamawiający wyjaśnił, że wprowadzając do umowy odpowiednią klauzulę ma pozostawioną swobodę określenia jej elementów, mając na względzie w szczególności: specyfikę zamówienia (np. w zakresie jakie elementy materiałów i kosztów są kluczowe i w praktyce podlegają dużym wahaniom), dostępność wiarygodnych i aktualizowanych podstaw ustalenia zmiany ceny (np. odpowiednie wskaźniki Prezesa GUS), planowane możliwości finansowe zamawiającego co do przewidywanych zmian wynagrodzenia". Niewątpliwie klauzule waloryzacyjne powinny być adekwatne do sytuacji rynkowej, realizując także zasadę współdziałania zamawiającego z wykonawcą w celu należytego wykonania zamówienia, o czym stanowi art. 431 Pzp. Niemniej nie sposób nie zwrócić uwagi, iż całość uzasadnienia zarzutu naruszenia art. 439 ust. 1-3 została sformułowana z naruszeniem zasady wyrażonej we wspomnianym powyżej przepisie, zmierzając do objęcia całkowitą

ochroną wyłącznie Odwołującego. Takiego stanowiska nie sposób wyprowadzić z treści ww. przepisu. Podkreślił, że w zgodzie z ww. przepisem przewidział w projekcie umowy wymagane klauzule waloryzacyjne. Stosownie do wymogu wynikającego z ust. 2 pkt 4 wskazał także maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza w toku realizacji zamówienia na poziomie 4,9% każdego roku trwania umowy, co w ciągu 5 lat, na jakie przewiduje Zamawiający zawarcie umowy, daje w sumie wzrost wynagrodzenia w stosunku do przewidzianej kwoty na realizację umowy o 24,5%. Zamawiający określił klauzulę waloryzacyjną na poziomie, który w jego ocenie zabezpieczy interesy wykonawcy oraz mieści się w możliwościach finansowych Zamawiającego. Podkreślić bowiem należy, iż mechanizm waloryzacji jest rozwiązaniem szczególnym, mającym na celu ograniczenie, a nie wyłączenie ryzyka stron związanego ze zmianą cen materiałów bezpośrednio związanych z realizacją zamówienia. Z przepisów Pzp nie wynika, że wykonawca uzyska pełne czy też proporcjonalne pokrycie zmian cen materiałów, a zamawiający jest zobowiązany do 100% rekompensaty zmian kosztów realizacji inwestycji. Pokrycie to nastąpi w sposób limitowany, wynikający z postanowień umowy. Przyjęcie natomiast proporcji waloryzacji Odwołującego spowodowałoby zachwianie równowagi ekonomicznej stron. To bowiem Zamawiający przejąłby na siebie w pełni ryzyko związane ze wzrostem wynagrodzenia. Odwołujący zawniósł o rezygnację ze wskazania maksymalnego wskaźnika zmiany wynagrodzenia, co nie jest możliwe albowiem powodowałoby to niezgodność tak ukształtowanych postanowień umownych z art. 439 ust. 2 pkt 4 Pzp. Z przepisu tego bowiem wynika, iż umowa zawiera ustalenie tego wskaźnika, a zatem jego określenie ma charakter obligatoryjny, co oznacza, że jego zastosowanie nie może być w ogóle wyłączone. Odnosząc się natomiast do wniosku Odwołującego w zakresie podwyższenia limitu klauzuli Roczno Wskaźnika Waloryzacji do 20% należy uznać go za nieuzasadniony. W odwołaniu nie wykazano aby zmiana ta była uzasadniona. Odwołujący w tym zakresie poprzestał na głośnym twierdzeniu, że tak podwyższony limit lepiej odzwierciedla ryzyka dla Zamawiającego oraz ogranicza ryzyka Operatora, nie przedstawiając na tę okoliczność żadnych dowodów.

Sprawa o sygn. akt KIO 499/24

W dniu 15 lutego 2024 r. wykonawca POLREGIO S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący Polregio”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 99 ust. 1 i 4 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.L Nr 315, str. 1), zwany dalej „Rozporządzeniem 1370” w związku z art. 134 ust. 1 pkt 4 oraz art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 Pzp ze względu na opisanie przez Zamawiającego w SWZ przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a także utrudniający uczciwą konkurencję, powodując brak możliwości ustalenia jednoznacznego zakresu przedmiotu oferty i jej wyceny, a tym samym należyte przygotowanie oferty:

a)poprzez zastosowanie 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 jako: „Umowa”) wymogu, aby wiek każdego pojazdu wykonawcy, którym wykonywane będą objęte Umową przewozy, liczony od daty produkcji lub wykonania ostatniego najwyższego przeglądu poziomu utrzymania przewidzianego Dokumentacją Systemu Utrzymania, nie może przekraczać 20 lat w całym okresie obowiązywania Umowy, podczas gdy wykorzystywanie do przewozów pojazdów kolejowych wyprodukowanych po 2012 r. jak i zmodernizowanych po 2014 r. będzie spełniać wszystkie pozostałe parametry określone przez Zamawiającego w projektowanym Załączniku nr 9 do Umowy, a ponadto poprzez sformułowanie wymogu stosowania wyłącznie Dokumentacji Systemu Utrzymania (DSU) pojazdów, której jest właścicielem. W szczególności Zamawiający w Załączniku 1 i 1a wymaga stosowania dokumentów w nieaktualnej wersji jaką sam dysponuje, co uniemożliwia należyte wykonywanie umowy. Utrzymanie pojazdów kolejowych powinno być wykonywane w sposób optymalny i racjonalny ekonomicznie;

b)poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieprecyzyjny, co uniemożliwia wykonawcy ustalenie, jaki jest dokładnie przedmiot postępowania, tj. na jakim terenie (na terenie jakich województw, poza stacjami w Elku, o Małkini, Ostrołęce i Siedlcach) wykonawca ma świadczyć usługi publiczne i z jakim uzyska informacje o zawarciu przez zamawiającego określonych porozumień, które to informacje są niezbędne do przygotowania i realizacji przewozów na terenie innych województw niż województwo podlaskie, w skutek czego niemożliwe jest dokonanie prawidłowej kalkulacji ceny i w konsekwencji złożenie oferty w postępowaniu;

2)art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 oraz art. 17 ust. 1 Pzp, w ten sposób, że Zamawiający nie postawił żadnych warunków w zakresie zdolności, jakimi mają wykazać się wykonawcy, a przez to wprowadził do SWZ postanowienia w zakresie warunków udziału w postępowaniu nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności określając zbyt niskie i nieproporcjonalne warunki udziału w postępowaniu;

3)art. 439 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 353(1) ustawy Kodeks cywilny z dnia 23 kwietnia 1964 r. (tj. Dz.U. z 2023 r.

poz. 1610), dalej: „k.c.”, art. 8 ust. 1 Pzp, art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp, art. 17 ust. 1 Pzp, art. 431 Pzp, art. 433 pkt 3 Pzp oraz art. 436 pkt 4 Pzp poprzez zastosowanie w projektowanych postanowieniach Umowy (tj. w Załączniku nr 4 do Umowy pt. „Zasady obliczania Rekompensaty Finansowej i stosowania Waloryzacji”) ograniczenia poziomu możliwej waloryzacji rekompensaty i kosztów ponoszonych przez wykonawcę z tytułu świadczenia usług publicznych — w postaci wprowadzenia wskaźnika waloryzacji od 1% do 4,9%, 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;

4)art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 4 ust. 1 lit. b) Rozporządzenia 1370 poprzez wadliwe wprowadzenie w projektowanym art. 6.4.4. Umowy uprawnienia dla Zamawiającego do potrącenia naliczonych kar umownych z transzy rekompensaty, podczas gdy rekompensata stanowi przewidziane prawem świadczenie należne wykonawcy w związku realizacją przez niego usług publicznych i jako taka nie może podlegać umownemu potrąceniu;

5)art. 101 ust. 1 pkt 1) Pzp, w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z:

a)art. 96 ust. 2 pkt 1 PZP w zw. z art. 389 pkt 2 ustawy Prawo wodne z dnia 20 lipca 2017 r. (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1478), dalej „p.w.”, w zw. z art. 34 pkt 3) p.w. poprzez nieuwzględnienie w dokumentach stanowiących załączniki do postępowania, w tym w opisie przedmiotu zamówienia oraz SWZ, obowiązku posiadania przez wykonawcę zamówienia pozwolenia wodnoprawnego na szczególne korzystanie z wód obejmujące wprowadzanie do urządzeń kanalizacyjnych — będących własnością innych podmiotów — ścieków przemysłowych zawierających substancje szczególnie szkodliwe dla środowiska wodnego;

b)art. 180a ustawy Prawo ochrony środowiska z dnia 27 kwietnia 2001 r. (tj. Dz. U. z 2024 r. poz. 54), dalej: „p.o.ś.” poprzez nieuwzględnienie w dokumentach stanowiących załączniki do postępowania, w tym w opisie przedmiotu zamówienia oraz SWZ, obowiązku posiadania przez wykonawcę zamówienia pozwolenia na wytwarzanie odpadów.

W związku z wniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

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

ewentualnie o:

2)zmianę wadliwych prawnie, nieuzasadnionych, nieprecyzyjnych, nieproporcjonalnych i dyskryminujących postanowień SWZ w zakresie warunków zamówienia dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i warunków realizacji zamówienia (zawartych w SWZ i załącznikach do niej) poprzez wprowadzenie zmian wskazanych w treści uzasadnienia;

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

Uzasadniając zarzuty odwołania, Odwołujący Polregio wskazał, że Zamawiający przedstawił opis przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący. Do niejednoznacznych postanowień SWZ, które utrudniają uczciwą konkurencję, należy w ocenie Polregio wskazać, że zgodnie z projektowanym pkt 5 Umowy Zamawiający określił, że usługa przewozów pasażerskich będzie wykonywana z wykorzystaniem taboru Zamawiającego, jednakże dopuścił także możliwość wykorzystania taboru będącego w dyspozycji wykonawcy. W ust. 8 Załącznika nr 9 do Umowy, tj. „Parametry jakościowe Przewozów” zamawiający stwierdził, że: „Wiek każdego pojazdu Operatora, którym wykonywane będą objęte niniejszą Umową przewozy, liczony od daty produkcji lub wykonania ostatniego najwyższego przeglądu poziomu utrzymania przewidzianego Dokumentacją Systemu Utrzymania, nie może przekraczać 20 lat w całym okresie obowiązywania Umowy”. Powyższe postanowienie według Odwołującego Polregio narusza przede wszystkim zasady uczciwej konkurencji, jako, że nie znajduje ono żadnego uzasadnienia, zarówno w wymiarze jakościowym jak i kosztowym. Za podstawowy wymóg odnośnie do taboru, z wykorzystaniem którego należy realizować Umowę, Zamawiający wskazał, adekwatnie do stanu i parametrów eksploatacyjnych infrastruktury kolejowej, że tabor powinien osiągać minimalną prędkość eksploatacyjną wynoszącą 120 km/h. Jednakże Zamawiający określił dodatkowe wymogi dla taboru, tj.:

-rok produkcji (lub modernizacji) jako 2015 r. lub późniejszy;

-przyspieszenie wynoszące 1,1 oraz

-liczbę co najmniej 150 miejsc siedzących.

Powyższe dodatkowe wymogi nie znajdują jednak wystarczającego uzasadnienia w kontekście rodzaju przewozów, jakie będzie świadczył wykonawca w relacjach stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia.

Wykorzystywanie do przewozów pojazdów kolejowych wyprodukowanych np. w 2012 r. (lub po tej dacie) albo zmodernizowanych w 2014 r. będzie spełniać wszystkie pozostałe parametry określone przez Zamawiającego w Załączniku nr 9 do Umowy, co jednocześnie pozostanie bez wpływu na komfort podróżowania pasażerów. Niezrozumiałe jest postawienie kryterium dla taboru premiujące akurat pociągi wyprodukowane po 2015 r. W tej dacie nie wchodziły w życie żadne specyficzne wymagania techniczne dla taboru kolejowego, które uzasadniałyby określenie takiego a nie innego roku produkcji. Zdaniem Polregio, co do zasady, pociągi wyprodukowane w 2013 r. lub w 2014 r. nie reprezentują niższych parametrów jakości podróży dla pasażerów, a tym samym ustalone przez Zamawiającego wymaganie nie ma uzasadnienia. Podkreślił również, że stan techniczny poszczególnych egzemplarzy taboru zależy przede wszystkim od zrealizowanej pracy eksploatacyjnej (przebiegu), a nie od faktu czy pojazd został wyprodukowany w 2014 r. czy też w 2015 r. Wskazał, że ww. wymogi Zamawiającego odnośnie do taboru operatora mogą jednoznacznie wskazywać na nieuzasadnione faworyzowanie pojazdów określonego producenta, będących w posiadaniu przez określonego operatora, który zamierza wystartować w przetargu. Przy parametrach jakościowych pojazdów wyprodukowanych np. w 2012 r. zmodernizowanych w 2014 r. — nie ma żadnych uzasadnionych podstaw do wykluczenia takich pojazdów, jako taboru, który nie zabezpieczyłby oczekiwań Zamawiającego w kontekście należytej o realizacji przedmiotu zamówienia. W związku z tym utrzymanie projektowanej treści Załącznika nr 9 do Umowy ograniczy możliwość udziału w postępowaniu podmiotów eksploatujących tabor równorzędny, a nie spełniający np. wymogu przyspieszenia w przedziale od 0-50 km/h (który to parametr pozostaje bez wpływu na jakość świadczonej usługi przewozowej).

Również, zdaniem Polregio, Zamawiający w niezrozumiały sposób sformułował wymóg stosowania wyłącznie Dokumentacji Systemu Utrzymania (DSU) pojazdów, której jest właścicielem. W szczególności Zamawiający wymaga stosowania dokumentów w wersji, jaką sam dysponuje, podczas gdy zasadne jest aby utrzymanie pojazdów kolejowych realizować w sposób optymalny i racjonalny ekonomicznie. Odwołujący Polregio wyjaśnił, że dysponuje nowszymi i aktualniejszymi DSU aniżeli udostępnione przez Organizatora, tj.:

- DSU 218Mc 0130-2 POLREGIO dysponuje wersją 0130-3, 0130-4 i 0130-1,

- DSU EN57 w postępowaniu wersja podstawowa, POLREGIO dysponuje wersją późniejszą, posiadającą 30 zmian,

- DSU 213M 0130-1 w postępowaniu wersja ma 3 zmian, POLREGIO dysponuje aktualniejszą wersją DSU,

- DSU 215M 0130-1 w postępowaniu wersja ma 0 zmian, wersja DSU POLREGIO posiada 2 zmiany.

Wersje DSU przekazywane przez Organizatora to dokumenty opracowane w latach 2010-2012. Natomiast Polregio jako przewoźnik dysponuje dokumentacją DSU aktualniejszą, dostosowaną do realnych potrzeb związanych z realizacją cyklu przeglądowo-naprawczego, uwzględniającą ponad 10 lat doświadczeń w eksploatacji 4 wyżej wymienionych serii pojazdów. Wymóg Organizatora w zakresie stosowania DSU w wersjach „przestarzałych” wskazuje na działanie wykluczające optymalny technicznie i finansowo proces utrzymania pojazdów.

Również, według Odwołującego Polregio za niejednoznaczne i nieprecyzyjne należy także uznać postanowienia dokumentów zamówienia regulujące obszar, na którym zgodnie z wolą zamawiającego mają być świadczone usługi publiczne. Wskazać tu bowiem należy, że zgodnie z ust. 1. pkt 1 Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”) zamawiający uznał, że: „(P)przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług publicznych w publicznym transporcie zbiorowym w kolejowych przewozach pasażerskich na terenie województwa podlaskiego”. Jednocześnie zgodnie z projektowanym ust. 4.1.9. Umowy: „Operator jest zobowiązany do realizacji przewozów w relacjach i wymiarze określonym w Porozumieniach zawartych przez organizatora z innymi województwami”. Powyższe postanowienia dokumentów zamówienia należy uznać za niejednoznaczne i nieprecyzyjne. Zamawiający nie określił bowiem z jakim wyprzedzeniem wykonawca uzyska informacje o zawarciu przez Zamawiającego określonych porozumień co do przewozów regionalnych w innych województwach i konieczności uruchomienia połączeń przez wykonawcę. Powyższe niejasności zaś powodują, że nie jest możliwe prawidłowe skalkulowanie potencjalnej ceny realizacji zamówienia i w konsekwencji złożenie wiarygodnej i efektywnej oferty w ramach tego Postępowania — jego warunki na etapie ogłoszenia o zamówieniu nie są znane wykonawcom i nie ma możliwości ich weryfikacji. Powoduje to zatem brak możliwości prawidłowego skalkulowania należnego wynagrodzenia i skonstruowania rzetelnej oferty, która będzie uwzględniać również realizację przewozów w relacjach i w wymiarze określonym w Porozumieniach zawartych przez Województwo Podlaskie z innymi województwami, w tym ościennymi.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o zmianę redakcji projektowanego ust. 4.1.9 Umowy w ten sposób, że: „W trakcie trwania niniejszej Umowy Organizator umożliwi Operatorowi realizację przewozów w relacjach i w wymiarze określonym w Porozumieniach zawartych przez Organizatora z innymi województwami. Możliwość taką Organizator przedstawi Operatorowi nie później niż na dwie korekty rocznego rozkładu jazdy”.

Uzasadniając zarzut nieproporcjonalnych warunków udziału w postępowaniu Odwołujący Polregio wskazał, że Zamawiający nie postawił żadnych warunków w zakresie zdolności, jakimi mają wykazać się Wykonawcy, a przez to wprowadził do SWZ postanowienia w zakresie warunków udziału w postępowaniu nieproporcjonalne do przedmiotu

zamówienia oraz uniemożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności określając zbyt niskie poziomy zdolności. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu o wprowadzenia postanowienia określającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie „zdolności technicznej lub zawodowej” w Rozdziale VII w ust. 2 pkt 4 SWZ, w następującym brzmieniu: „Wykonawca zobowiązany jest dysponować jednym punktem utrzymania taboru umożliwiającym wykonywanie przeglądów pojazdów pasażerskich co najmniej na poziomie utrzymania PI-P2 oraz napraw bieżących i awaryjnych taboru zgodnie z dokumentacją systemu utrzymania (DSU) w odległości nie większej niż 10 km od stacji Białystok (jako głównej lokalizacji uruchamiania pociągów). Punkt utrzymania taboru wyposażony musi być w niezbędną infrastrukturę, urządzenia i maszyny dla realizacji procesu utrzymaniowego zgodnie z DSU, sieć trakcyjną oraz punkt tankowania pojazdów przystosowanych do obsługi linii niezelektryfikowanych”.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego kar umownych w stosowaniu waloryzacji Odwołujący Polregio wskazał, że postanowienia ust. 7 wzoru Umowy oraz Załącznika nr 11 do Umowy sprzeciwiają się właściwości (naturze) stosunku prawnego, wynikającego z umowy, jak również sprzeciwiają się właściwości (naturze) instytucji kar umownych. Jest tak dlatego, że są nadmierne. Poza tym obecne brzmienie pkt 7.1. nie uzależnia nałożenia kary umownej z winy wykonawcy (Operatora). Kwotowe określenie wysokości kar umownych przy braku jednoznacznego powiązania odpowiedzialności z winą Operatora stanowi w istocie obejście zakazu określonego przez art. 433 pkt 1 Pzp. Potwierdzeniem tego są postanowienia Załącznika nr 11 do Umowy, w którym to tylko część powiązana jest z winą Operatora.

Odwołujący Polregio wskazał ponadto, że pkt 7.2. Umowy stanowi, że: „7.3 Łączna wysokość kar umownych dotyczących zdarzeń, które wystąpiły w danym Okresie Rozliczeniowym, nie może przekroczyć 10% kwoty prognozowanej Rekompensaty Finansowej określonej w Rocznym Planie Finansowym dla tego Okresu Rozliczeniowego, za wyjątkiem kary umownej przewidzianej na wypadek rozwiązania Umowy w trybie określonym w Pkt. 10.2.2., której nie wlicza się do tego limitu”. Zgodnie z definicją „okresu rozliczeniowy” (pkt 1.11 wzoru Umowy) oznacza każdy kolejny roczny okres realizacji przewozów w sytuacji, gdy „Okres Realizacji Przewozów” to okres od 1 stycznia 2025 r. do 31 grudnia 2029 r., (pkt 1.10 wzoru Umowy). Oznacza to, że pomimo zastrzeżenia sobie prawa do dochodzenia od operatora odszkodowania na zasadach ogólnych w zakresie szkody przewyższającej wartość przewidzianych w Umowie kar umownych (pkt 7.4 wzoru Umowy), Zamawiający rości sobie prawo do naliczenia i pobrania kar umownych w wysokości 50% kwoty prognozowanej Rekompensaty Finansowej określonej w pięciu kolejnych Rocznych Planach Finansowych. Kolejno Polregio wskazało, że pkt 7.5 stanowi, że: „Kary umowne z różnych tytułów mają charakter niezależny i mogą ulegać kumulacji oraz sumowaniu, z zastrzeżeniem Pkt. 7.3. Rozwiązanie, wypowiedzenie, wygaśnięcie, odstąpienie lub ustanie obowiązywanie Umowy w jakikolwiek inny sposób nie wpływa na uprawnienie Organizatora do naliczenia kar umownych oraz dochodzenia już naliczonych kar umownych”. Powyższe skutkuje niczym nieuzasadnioną kumulacją kar umownych, a dodatkowo pozwala na obejście 10% limitu kar umownych określonego w pkt 7.3. W Załączniku nr 11 do Umowy określono kary umowne poprzez ustanowienie kwot kary za dane zdarzenie. Kary te są co do zasady zawyżone, a co więcej zgodnie postanowieniami ust. 13 tego załącznika podlegają waloryzacji i to w sytuacji, gdy waloryzacji nie podlega Przychód Gwarantowany nie podlega waloryzacji w kolejnych okresach rozliczeniowych (por. ust. 5 Załącznika nr 4 do Umowy). Co więcej, jest to waloryzacja automatyczna (tj. bez konieczności składania przez Strony odrębnych oświadczeń) w oparciu o średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem zawarty w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego wydanym na podstawie art. 94 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1251 ze zm.). Waloryzacja, o której mowa w zdaniu poprzednim, będzie obowiązywała począwszy od następnego miesiąca po ogłoszeniu najnowszego komunikatu w sprawie średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem.

Odwołujący Polregio wskazał ponadto, że w ust. 6, 8 lit. a, b i c, Zamawiający użył pojęć nieostrych, których dowolna oceny Zamawiającego może skutkować nałożeniem kar umownych. Są to odpowiednio:

– „lub utrudnienia Organizatorowi lub Audytorowi przez Operatora lub osoby, którymi posługuje się Operator, prowadzenia kontroli dokumentacji, o której mowa w pkt. 5.6.4. Umowy” — nie dookreślono jakie działania lub zaniechania po stronie Zamawiającego będą uznane za „utrudnienia”

– „niezapewnienie należytej czystości składu pociągu” — w tym przypadku nie wiadomo jaki będzie „należyty brak czystości składu pociągu” wobec braku definicji lub zespołu cech, wymagań oraz brak definicji,

– „brak sprawnego ogrzewania lub sprawniej klimatyzacji, działających zgodnie z ich parametrami technicznymi” — brak doprecyzowania, czy każde odchylenie od wskazanych parametrów dla nowych urządzeń będzie karalne, nie określono minimalnego poziomu odchyleń, nie wszystkie odchylenia muszą przesądzać o braku spełniania wymaganej funkcji przez ogrzewanie czy klimatyzację, a w szczególności nie muszą mieć wpływu na komfort podróżujących;

– „niesprawne lub nieczynne toalety z winy Operatora” — brak definicji niesprawności, ale także uznanie, że do zdarzenia doszło z winy Operatora, negatywnie ocena Zamawiającego skutkować może nałożeniem kary umownej.

W odniesieniu do ust. 8 karę nalicza się w sytuacji stwierdzenia przynajmniej jednego z przypadków wymienionych w tym ustępie.

Dodatkowo w ust. 9 określono zbyt krótki termin na „poinformuje Organizatora o odwołaniu pociągów lub wprowadzeniu okresowych zmian w kursowaniu pociągów z uwagi na przyczyny techniczne związane z infrastrukturą lub wymuszone Siłą Wyższą,”

52.Odwołujący stoi na stanowisku, że aktualne postanowienia stanowią naruszenie art. 353(1) k.c., zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Wskazane postanowienia wzoru Umowy sprzeciwiają się właściwości (naturze) stosunku prawnego, wynikającego z umowy, jak również by sprzeciwiały się właściwości (naturze) instytucji kar umownych.

W konsekwencji Odwołujący Polregio wniósł o zmianę pkt 7.1.wzoru Umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„Organizator może nałożyć na Operatora kary umowne w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązań wynikających z Umowy z winy Operatora, zgodnie z Załącznikiem nr 11 określającym katalog kar umownych, sposób ich obliczania i wysokość”. Odwołujący wniósł o:

-ograniczenie kar umownych określonych procentowo do 10% wartości Rekompensaty Finansowej w Okresie Realizacji Przewozów, a kar określonych kwotowo w tym samym stosunku, czyli pięciokrotnie.

-o wyłączenie kumulacji kar umownych i jednoznaczne dookreślenie pkt 7.5 poprzez wskazanie, że przepis ten nie narusza ograniczania określonego w pkt 7.3.

-aby rzeczywisty poziom punktualności i związane z tym kary naliczane były w Okresie Rozliczeniowym, a nie kwartalnie.

- doprecyzowanie w ust. 6, 8 lit. a, b i c nieostrych pojęć, których dowolna ocena Zamawiającego może skutkować nałożeniem kar umownych na wykonawcę.

-o wydłużanie terminy na poinformowanie Organizatora o odwołaniu pociągów lub wprowadzeniu okresowych zmian w kursowaniu pociągów z uwagi na przyczyny techniczne związane z infrastrukturą lub wymuszone Siłą Wyższą do dwóch dni roboczych.

Uzasadniając zarzut dotyczący ograniczeń w stosowaniu waloryzacji Odwołujący Polregio wskazał, że Zamawiający arbitralnie określił wysokość waloryzacji w przedziale pomiędzy wskaźnikiem 1% a 4,9% nie zważając na postanowienia Rozporządzenia 1370. Pominięcie przez Zamawiającego sytuacji, gdy wskaźnik wzrostu wyniesie poniżej 1% i określenie go jako „bagatelny” nie znajduje uzasadnienia. Wskazany powyżej wskaźnik 1% lub poniżej odpowiada bowiem wartości około 1.000.000,00 PLN rocznie, co dla każdego operatora jest z pewnością wartością niebagatelną i nie może być pomijane w toku waloryzowania przysługującej rekompensaty.

Ustalenie natomiast „górnej” granicy wskaźnika waloryzacji określonego na poziomie 4,9% jest na nieproporcjonalnie niskim poziomie. Postawienie takiej tezy uzasadnione jest następującymi okolicznościami: na rynku energii trakcyjnej wykorzystywanej przez przewoźników kolejowych w elektrycznych zespołach trakcyjnych, doszło do prawie 3-krotnego wzrostu cen energii trakcyjnej w latach 2021-2024 (w II półroczu 2024 r. dojdzie do wzrostu cen o 270,4% w porównaniu do 2021 r.). W tym samym czasie, tj. w latach 2021-2024, doszło do wzrostu cen paliwa trakcyjnego (wykorzystywanego w szynobusach) o 37,9%. Natomiast wskaźnik skumulowanej inflacji w Polsce w latach 2020-2024 wyniósł 47,6%. W świetle przywołanych powyżej liczb, określenie przez Zamawiającego maksymalnego wskaźnika waloryzacji rekompensaty rażąco narusza zasadę „obiektywizmu” rekompensaty wynikającą z art. 4 ust. 1 lit. b rozporządzenia 1370. Odwołujący Polregio wyjaśnił, że kosztami, które powinny podlegać obowiązkowej i pełnej waloryzacji przez organizatora publicznego transportu zbiorowego są:

- koszty dostępu do infrastruktury związane z przejazdem, postojem i zatrzymaniem pociągu,
- koszty energii trakcyjnej,
- koszty zużycia paliwa,
- koszty dostępu do stacji pasażerskich,
- koszty utrzymania infrastruktury technicznej,
- koszty utrzymania, napraw i eksploatacji Taboru,
- koszty dzierżawy Taboru,
- koszty komunikacji zastępczej,
- koszty finansowe, dotyczące wykonywania Usług, w tym w szczególności:
 - koszty odsetek oraz prowizji związanych z pozyskaniem i obsługą finansowania zewnętrznego na potrzeby zakupów inwestycyjnych do realizacji Przewozów;
 - koszty odsetek oraz prowizji związanych z pozyskaniem i obsługą finansowania zewnętrznego na potrzeby zakupów inwestycyjnych powiązanych pośrednio z realizacją Przewozów;

- koszty odsetek oraz prowizji związanych z pozyskaniem i obsługą zewnętrznych środków na potrzeby finansowania obrotowego;
- inne koszty finansowe związane z wykonywaniem Usług.

Koszty te są bowiem niezależne od działań operatora (przewoźnika kolejowego), a ich wzrost na przestrzeni czasu trwania umowy PSC, tj. w tym przypadku przez okres 5 lat, uniemożliwia wiarygodne oszacowanie wzrostu tych kosztów leżących po stronie przewoźnika kolejowego. Jak już bowiem wspomniano powyżej, wzrost tych kosztów przez ostatnie 3 lata osiągał wartości kilkudziesięcioprocentowe, a w przypadku energii trakcyjnej dojdzie nawet do 270% w II połowie 2024 r.

Również w ocenie Odwołującej do pełnej wysokości waloryzacji powinny podlegać:

- koszty będące niezależne od operatora, tj. koszty dostępu do infrastruktury związane z przejazdem, postojem i zatrzymaniem pociągu.

- koszty dostępu do linii kolejowych stanowią koszty opłaty podstawowej za dostęp i korzystanie z infrastruktury kolejowej zgodnie z obowiązującym cennikiem usług i są ponoszone wobec zarządcy infrastruktury kolejowej.

- Koszty energii trakcyjnej.

- Koszty dostępu do stacji pasażerskich

Według Odwołującego Polregio koszty częściowo zależne od operatora, powinny być waloryzowane do wysokości wskaźnika wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych.

Natomiast wprowadzone przez Zamawiającego arbitralne określenie wysokości waloryzacji w przedziale pomiędzy wskaźnikiem 1% a 4,9% (abstrahując od realnego wskaźnika wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych) nie daje szansy operatorowi na pokrycie ponoszonych kosztów i tym samym narusza także przepis art. 439 ust. 1 i 2 Pzp, ponieważ w istocie stoi w sprzeczności z ratio legis przepisu i faktycznie uniemożliwia osiągnięcie efektu waloryzacji. Zastrzeżenie maksymalnej zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przedziale 1%-4,9% wysokości wynagrodzenia brutto jest nieuzasadnione gospodarczo oraz świadczy o nadużyciu przez zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy.

Odwołujący Polregio wniósł o usunięcie kwestionowanego postanowienia, tj. ograniczenia waloryzacji zakresem 1%-4,9% i zastąpienie go innym przewidującym pełną waloryzację w okresach 6 miesięcznych, stosownie do postanowień art. 439 Pzp w zakresie wzrostu kosztów niezależnych od Operatora, natomiast w zakresie kosztów częściowo zależnych od Operatora wniósł o usunięcie kwestionowanego postanowienia, tj. ograniczenia waloryzacji zakresem 1%-4,9% i zastąpienie go innym przewidującym waloryzację do wysokości wskaźnika wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych.

Odwołujący Polregio wniósł również o możliwość wprowadzania zmian do umowy wraz z określeniem zasad wynagrodzenia stosownie do postanowień art. 436 pkt 4 Pzp.

Uzasadniając zarzut dotyczący potrącania rekompensaty Odwołujący Polregio wskazał, że za nieuprawnione należy uznać wprowadzenie przez Zamawiającego w projektowanym ust. 6.4.4. Umowy uprawnienia do potrącenia przez Zamawiającego naliczonych kar umownych z transzy rekompensaty, zgodnie z którym: „Organizator może również naliczyć kary umowne, które Operator będzie musiał zapłacić lub będą one potrącone z Transzy Rekompensaty Finansowej”. Rekompensata bowiem — jako świadczenie regulowane w przepisach prawa unijnego — nie może być jednocześnie zmieniana umownie, tj. w reżimie polskiego prawa cywilnego. W związku z powyższym należy uznać powyższe projektowane postanowienie za niezgodne z charakterem i celem przyznania wykonawcy rekompensaty, które nie może się ostać w dokumentach zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o usunięcie kwestionowanego postanowienia, tj. możliwości potrącenia naliczonych kar umownych z transzy rekompensaty finansowej.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego braku konieczności przedstawienia odpowiednich pozwoleń Odwołujący Polregio wskazał, że zgodnie z art. 101 ust. 1 pkt 1) Pzp opis przedmiotu zamówienia opisuje się z uwzględnieniem odrębnych przepisów, uwzględniając m.in. wymagania środowiskowe. Dodatkowo na podstawie art. 134 ust. 1 pkt 8) Pzp SWZ powinien zawierać co najmniej informację o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Co więcej, art. 99 ust. 2 Pzp stawia następujące wymagania dla opisu przedmiotu zamówienia: „Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem, że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów”. Z powyższych przepisów jasno zatem wynika, że zamawiający jest zobowiązany określić wymagania, jakie powinien spełnić wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym m.in. wymagania środowiskowe. Wśród wymagań środowiskowych istotne z punktu widzenia usługi, jaką ma realizować wykonawca omawianego postępowania jest posiadanie ważnego pozwolenia wodnoprawnego na szczególne korzystanie z wód, o którym mowa w

art. 389 pkt 2) p.w. Zgodnie z art. 34 pkt 3) p.w. szczególnym korzystaniem z wód jest korzystanie z wód wykraczające poza powszechne korzystanie z wód oraz zwykle korzystanie z wód, obejmujące m.in. „wprowadzanie do urządzeń kanalizacyjnych będących własnością innych podmiotów ścieków przemysłowych zawierających substancje szczególnie szkodliwe dla środowiska wodnego”. Należy podkreślić, że w toku realizacji usług publicznych w zakresie wojewódzkich kolejowych przewozów pasażerskich wykonawca będzie produkował ścieki przemysłowe, powstające m.in. w toku utrzymywania taboru, mycia go, a także w toku korzystania przez pasażerów z tych przewozów. Wyprodukowane przez siebie ścieki wykonawca zaś będzie musiał wprowadzić do urządzeń kanalizacyjnych, których nie jest właścicielem. Zgodnie zaś z przytoczonymi wyżej przepisami p.w. takie działanie wymaga posiadania przez wykonawcę odpowiedniego pozwolenia wodnoprawnego. Wymóg ten powinien zostać wprost wskazany przez zamawiającego w dokumentach omawianego postępowania. Brak bowiem posiadania stosownego pozwolenia wodnoprawnego może na podstawie art. 476 ust. 1 p.w. skutkować nawet orzeczeniem wobec wykonawcy kary aresztu, ograniczenia wolności albo grzywny w wysokości od 1.000,00 zł do 7.500zł. Ponadto Odwołujący Polregio wskazał, że istotne w ramach wykonywania omawianego zamówienia jest również posiadanie przez wykonawcę w momencie udzielenia mu zamówienia pozwolenia na wytwarzanie odpadów. Pozwolenie to jest udzielane na podstawie art. 180a p.o.ś. i jest wymagane w sytuacji, gdy dany podmiot jest prowadzącym instalację w rozumieniu p.o.ś. i w związku z tą instalacją wytwarza określoną ilość odpadów. Wykładnia funkcjonalna i celowościowa art. 180 p.o.ś. nakazuje uwzględnić wymogi wynikające z potrzeby ochrony środowiska. Wprowadzenie wymogu uzyskania zezwolenia, o którym mowa w art. 180 w zw. z art. 180a p.o.ś. jest jednym z elementów ochrony środowiska. Z woli ustawodawcy wytwarzanie większej ilości odpadów z wykorzystaniem odpowiednich instalacji wymaga uzyskania stosownego zezwolenia. W prawie ochrony środowiska przez „ochronę środowiska” należy rozumieć podejmowanie lub zaniechanie działań w celu umożliwienia zachowania lub przywrócenia równowagi przyrodniczej. Celem ochrony środowiska jest natomiast zachowanie lub przywracanie „równowagi przyrodniczej”, którą zdefiniowano jako stan, w którym na określonym obszarze istnieje równowaga we wzajemnym oddziaływaniu człowieka, składników przyrody żywej i układu warunków siedliskowych tworzonych przez składniki przyrody nieożywionej (zob. art. 3 pkt 32) p.o.ś.). Pozwolenie to ma charakter prewencyjny w sensie takim, że musi być uzyskane przed podjęciem eksploatacji instalacji skutkującej powstaniem emisji 15. Oznacza to jednocześnie, że wykonawca powinien posiadać omawiane pozwolenie jeszcze przed rozpoczęciem realizacji usług publicznych będących przedmiotem zamówienia. W toku realizacji omawianego zamówienia wykonawca będzie wytwarzał odpady, m.in. w postaci filtrów z pojazdów kolejowych, olejów, czy też zużytych olejów z silników. W związku z tym zamawiający powinien wymagać w dokumentach zamówienia posiadania przez wykonawcę pozwolenia na wytwarzanie odpadów zgodnie z art. 180 p.o.ś.

W związku z powyższym Odwołujący Polregio wniósł o wprowadzenie dodatkowego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego ochrony środowiska, tj. obowiązku posiadania pozwolenia obowiązkowego pozwolenia wodnoprawnego wydanego na podstawie art. 389 pkt 2) p.w. oraz pozwolenia na wytwarzanie odpadów wydanego na podstawie art. 180a p.o.ś.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości. Wskazał, że przygotowany opis przedmiotu zamówienia zawiera pojęcia jednoznaczne i zrozumiałe dla wykonawców.

Ponadto wyjaśnił, że wymaga aby dopiero na etapie realizacji 5 – letniego zamówienia wykonawca dysponował taborem rezerwowym opisanym w dokumentacji postępowania. To zamawiający pozostaje gospodarzem zamówienia, co oznacza, że on podejmuje decyzję co jest przedmiotem zamówienia i konsekwentnie ten przedmiot opisuje. Kwestia utrzymania pojazdów kolejowych uregulowana jest w przepisach ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym oraz aktach wykonawczych, w szczególności w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków eksploatacji pojazdów kolejowych. Podstawowymi aktami prawnymi regulującymi proces utrzymania pojazdów kolejowych w skali europejskiej obejmują dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/110/WE z dnia 16 grudnia 2008 r. zmieniającą dyrektywę 2004/49/WE w sprawie bezpieczeństwa kolei wspólnotowych oraz rozporządzenie Komisji Europejskiej nr 445/2011 z dnia 10 maja 2011 r. W sprawie systemu certyfikacji podmiotów odpowiedzialnych za utrzymanie w zakresie obejmującym wagony towarowe oraz zmieniające rozporządzenie (WE) nr 653/2007.

Zgodnie z obowiązującymi zasadami każdy pojazd kolejowy eksploatowany na ogólnodostępnej sieci kolejowej musi mieć przypisany tzw. podmiot odpowiedzialny za utrzymanie (ang. Entity in Charge of Maintenance / ECM). Obowiązek ten został wprowadzony przez dyrektywę 2008/110/WE. Rolę ECM może pełnić dowolny, kompetentny podmiot, który w sposób systemowy zdolny jest do zarządzania procesem utrzymania określonego pojazdu. Podmiot ten przypisany jest do określonego pojazdu lub grupy pojazdów w krajowym rejestrze pojazdów kolejowych prowadzonym przez Prezesa UTK. Intencją europejskiego ustawodawcy, stojącą za wprowadzeniem pojęcia podmiotu odpowiedzialnego za utrzymanie, była jasna alokacja odpowiedzialności za utrzymanie danego pojazdu, która dotychczas często była rozproszona pomiędzy różnymi kategoriami podmiotów funkcjonujących w segmencie transportu

kolejowego m.in. przewoźnikiem, dysponentem czy zakładem wykonującym naprawę. Zadaniem podmiotu odpowiedzialnego za utrzymanie jest zapewnienie, aby pojazdy, za których utrzymanie jest odpowiedzialny, były w stanie poruszać się po sieci kolejowej w bezpieczny sposób. Narzędziem, które ma umożliwić osiągnięcie tego celu, jest system zarządzania utrzymaniem (ang. Maintenance Management System, MMS), a więc zestaw procedur i instrukcji, które muszą być wdrożone w ramach podmiotu w celu zapewnienia minimalizacji ryzyk związanych z prowadzoną działalnością utrzymaniową. Podmioty odpowiedzialne za utrzymanie wagonów towarowych podlegają obowiązkowi certyfikacji, zgodnie z rozporządzeniem Komisji (UE) nr 445/2011. Certyfikacja w odniesieniu do pozostałych rodzajów podmiotów odpowiedzialnych za utrzymanie, tj. zajmujących się utrzymaniem wagonów pasażerskich, lokomotyw czy zespołów trakcyjnych, nie jest obecnie wymagana. Równolegle z wymogiem dotyczącym wskazania dla każdego pojazdu kolejowego

eksploatowanego na ogólnodostępnej sieci kolejowej podmiotu odpowiedzialnego za utrzymanie, wszystkie pojazdy (w tym również eksploatowane poza ogólnodostępną siecią kolejową np. wyłącznie na bocznicach) na mocy przepisów krajowych musi być tzw. dokumentację systemu utrzymania (DSU). Dokumentacja ta zawiera m.in. informacje o pojeździe, strukturze cyklu przeglądowo-naprawczego, opisy czynności wykonywanych na poszczególnych poziomach utrzymania, mierzone parametry itp. Ponadto określa również wymagania dotyczące wyposażenia warsztatów i kompetencji pracowników wykonujących utrzymanie. Podmioty zobowiązane są do przestrzegania uregulowań z niej wynikających w ramach prowadzonego procesu utrzymania. Obecnie tzw. DSU jest stosowane przez odwołującego, który ten dokument dopasowuje do swoich potrzeb i cykli utrzymaniowych. Posługiwanie się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokumentacją techniczną stosowaną przez obecnego przewoźnika, czyli odwołującego, nie hipotetyczne, ale wprost doprowadziłoby do naruszenia konkurencji. Rozwiązania proponowane przez Odwołującego na pewno nie prowadziłyby do odnalezienia tzw. złotego środka pomiędzy interesem zamawiającego rozumianym, jako potrzeba zamówienia określonej usługi a zapewnieniem do zamówienia możliwie szerokiego gronu wykonawców działających na obszarze danego rynku.

Zamawiający odnosząc się do zarzutów dotyczących obszaru świadczenia usługi, wskazał że w załączniku nr 3 stanowiącym element projektowanych postanowień umownych określił ilość i relacje w jakich mają być realizowane przewozy kolejowe przekraczające granice województwa i takie winny być skalkulowane w ofercie wykonawcy. Tym samym zamawiający w sposób czytelny i jednoznaczny wskazał obszar realizacji zamówienia. Ponadto, w ocenie Zamawiającego, wykonawca ma pełną wiedzę na temat czynników wpływających na kalkulację ceny. Nawet przy przeciwnym założeniu, że zapis umowy z ppkt 4.1.9 może powodować wątpliwości interpretacyjne, to wykonawca ma wiedzę, że zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego po pierwsze, wojewódzkie przewozy pasażerskie są świadczone co do zasady na terenie województwa, a w załączniku nr 3 do projektowanych postanowień umownych zamawiający określił stacje na liniach wykraczających poza granice województwa podlaskiego. Po drugie, przewozy te z definicji ustawowej obejmują „przewóz osób w ramach publicznego transportu zbiorowego wykonywanego w granicach administracyjnych co najmniej dwóch powiatów i niewykraczający poza granice jednego województwa, a w przypadku linii komunikacyjnych w transporcie kolejowym także przewóz do najbliższej stacji w województwie sąsiednim, umożliwiający przesiadki w celu odbycia dalszej podróży lub techniczne odwrócenie biegu pociągu, oraz przewóz powrotny lub przewóz do stacji w województwie sąsiednim, położonej nie dalej niż 30 km od granicy województwa (...)”. Przewóz ten ograniczony jest maksymalną odległością 30km od granic województwa i istniejącymi liniami kolejowymi. W konsekwencji zdaniem Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie narusza zarzucanych przepisów Pzp, a zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego braku postawienia w postępowaniu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności wykonawcy Zamawiający wyjaśnił, że postawił warunki udziału określone w rozdziale VII, VIII SWZ i te w jego ocenie pozostają proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Według Zamawiającego posiadanie zaplecza technicznego nie stanowi o minimalnym poziomie zdolności, a więc takich których osiągnięcie zapewni zamawiającemu, że kontrakt publiczny zdobędzie wykonawca wiarygodny. Taki warunek pozostawałby ograniczający i nie służyłby ocenie zdolności wykonawcy. Kwestia ta dotyczy etapu realizacji przedmiotu zamówienia, a zamówienie ma charakter regionalny. Obecnie usługi objęte przedmiotem zamówienia, a więc przewozy w całym regionie, świadczy odwołujący i ten podmiot wykorzystuje zorganizowane zaplecze utrzymania na obszarze objętym zamówieniem. Dlatego warunek udziału forsowany przez Odwołującego Polregio doprowadziłby do ograniczenia konkurencji, czy wprost spowodowałby, że wykonanie usługi jest możliwe tylko przez jednego wykonawcę.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego waloryzacji, Zamawiający wskazał, że sposób ustalania zmiany wynagrodzenia może być określony z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany. W świetle przepisów Pzp, niezależnie od przyjętej podstawy zmiany wynagrodzenia zamawiający zobowiązany jest również do wskazania maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia. Zamawiający określając wartość wskaźnika także musi mieć na uwadze swoje możliwości

finansowe. Maksymalna wartość zmiany, w ocenie zamawiającego, umożliwia realizację celu, dla którego stosowane są klauzule waloryzacyjne. Jak sam wskazuje Odwołujący już przy zastosowaniu wskaźnika o wartości 1% kwota waloryzacji nie jest bagatelna. Trudno zatem uznać projektowane postanowienia umowne za niezgodne z wymaganiami wynikającymi z przepisów Pzp. Zamawiający wprowadził klauzulę zgodnie z wymogami ustawodawcy, a zakres waloryzacji wpływa przede wszystkim na szacunek oferty Wykonawcy. Zamawiający jako jednostka samorządu terytorialnego ma różne zadania do wykonania i też wydatkuje środki publiczne w sposób racjonalny czy rzeczowy. Zamawiający bierze pod uwagę potencjalne wydatkowanie w okresie realizacji przedmiotowego zadania i określa wskaźnik według swoich możliwości finansowych.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących kar umownych, Zamawiający wskazał, że w świetle art. 436 Pzp obligatoryjnym postanowieniem umownym jest określenie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony. Ustawodawca użył tu dwóch słów „łącznej”, „maksymalnej”, które jednoznacznie przesądzą o braku możliwości dochodzenia kar umownych powyżej progu, który obligatoryjnie winien znaleźć się w umowie bez względu na wartość zamówienia. Norma ta wyznacza limit kar umownych przewidzianych w umowie.

Zamawiający wyjaśnił, że wprowadził w projektowanych postanowieniach umowy postanowienia zgodne z postanowieniami kodeksowymi. Nie jest rzeczą odwołania od czynności zamawiającego potencjalna zasadność naliczenia czy dochodzenia kary umownej na etapie realizacji umowy. Zdarzenia skutkujące nałożeniem kary umownej może być kwestionowane przez stronę umowy także na drodze postępowania sądowego, ale już w trakcie realizacji zamówienia. Obligatoryjnym postanowieniem umownym jest określenie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony, co też Zamawiający zawarł w projektowanych postanowieniach umownych. Strony mogą w umowie ustanowić kilka kar umownych, odnosząc je do różnych sytuacji. W szczególności dozwolone jest zastrzeżenie odrębnej kary za niewykonanie zobowiązania i odrębnej za nienależyte wykonanie zobowiązania. Możliwe jest także dochodzenie kilku kar umownych zastrzeżonych w stosunku do różnych uchybień, jeżeli wystąpiły one łącznie. W załączniku nr 11 do wzoru umowy Zamawiający określił katalog naruszeń, z którymi związane jest naliczenie kar umownych. Zamawiający określił wartości w ujęciu kwotowym. Jednocześnie określił, że te wartości kwotowe kar umownych podane w załączniku podlegają corocznej waloryzacji w oparciu o średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem zawarty w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego wydanym na podstawie art. 94 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1251 ze zm.). Ponadto Zamawiający we wzorcu umownym wprowadził regulację dotyczącą maksymalnej wartości kar umownych zgodnie z oczekiwaniami ustawodawcy. Zamawiający wskazał, że łączna wysokość kar umownych dotyczących zdarzeń, które wystąpiły w danym Okresie Rozliczeniowym, nie może przekroczyć 10% kwoty prognozowanej Rekompensaty Finansowej określonej w Rocznym Planie Finansowym dla tego Okresu Rozliczeniowego. Kara umowna na wypadek rozwiązania Umowy w trybie określonym w pkt. 10.2.2. dotycząca uprawnienia zamawiającego do rozwiązania ze skutkiem natychmiastowym, nie została przewidziana. Natomiast kara umowna sprowadza się do obowiązku zapłaty określonej sumy pieniężnej w umowie. Skoro nie została wyartykułowana w postanowieniach umownych, Wykonawca nie powinien mieć wątpliwości co do górnej granicy określonej dla limitu kar umownych. Limit ten wynosi 10%.

Ponadto Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 505 k. c. nie mogą być umorzone przez potrącenie: 1) wierzytelności nieulegające zajęciu; 2) wierzytelności o dostarczenie środków utrzymania; 3) wierzytelności wynikające z czynów niedozwolonych; 4) wierzytelności, co do których potrącenie jest wyłączone przez przepisy szczególne. Artykuł ten stanowi wyjątek od ogólnej reguły wynikającej z art. 498 k. c., dlatego też należy go interpretować zwężająco. Odwołujący błędnie przyjmuje, że rekompensata stanowiąca wynagrodzenie wykonawcy, któremu udzielane jest zamówienie, podlega przedmiotowemu wyłączeniu. Przepisy regulujące potrącenie ustawowe mają charakter względnie wiążący, a zatem umożliwiające odmienne ukształtowanie tej instytucji w drodze porozumienia – co istotne – obu podmiotów (wierzycieli, których wierzytelności mogą stać się przedmiotem potrącenia), mimo że do kompensaty dochodzi w drodze jednostronnej czynności prawnej. Strony takiego porozumienia mają zatem możliwość umownie modyfikować zasady dokonywania potrącenia na przyszłość lub też uzgodnić sposób kompensaty należności już powstałych (co zbliża instytucję potrącenia ustawowego do kompensaty umownej). Jedynie wówczas bowiem nie istnieje ryzyko naruszenia interesów żadnego z tych podmiotów wbrew jego woli. Strony mogą w sposób odmienny od regulacji ustawowej kształtować przesłanki, skutki i sposób kompensaty. Dopuszczalne jest także umowne wyłączenie prawa potrącenia danej wierzytelności, jeżeli nie sprzeciwia się to właściwości stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego (art. 353(1) k.c.). Tym samym, zdaniem Zamawiającego, zarzuty Odwołującego Polregio w tym zakresie nie zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający odnosząc się do naruszenia art. 101 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez niewyartykułowania w opisie przedmiotu zamówienia obowiązku posiadania przez wykonawcę realizującego zamówienie, tj. pozwolenia na wytwarzanie odpadów oraz pozwolenia wodnoprawnego wskazał, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług

publicznych w publicznym transporcie zbiorowym w kolejowych przewozach pasażerskich na terenie województwa podlaskiego w okresie od 1 stycznia 2025 r. do 31 grudnia 2029 r. W ocenie zamawiającego, podmiot organizujący postępowanie o udzielenie zamówienia wykonawcy - podmiotowi zobowiązanemu do posiadania licencji wydawanej i kontrolowanej przez centralny organ administracji rządowej będącym krajową władzą bezpieczeństwa i krajowym regulatorem transportu kolejowego w rozumieniu przepisów Unii Europejskiej z zakresu bezpieczeństwa, interoperacyjności i regulacji transportu kolejowego – Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego, sporządza opis przedmiotu zamówienia przy uwzględnieniu tej okoliczności. Co za tym idzie nie musi czynić tak dalece szczegółowych opisów, gdyż te wynikają z obowiązujących przepisów prawa krajowego.

Zamawiający ma narzędzia, aby egzekwować wykonanie obowiązków wobec wykonawcy, który tych nie dopełni, gdyż wynikają one wyraźnie z opisu przedmiotu zamówienia czy obowiązujących przepisów prawa krajowego.

Przystępujący Arriva w piśmie procesowym z dnia 28 lutego 2024 r. wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących warunków udziału w postępowaniu (zarzut nr 2 oraz 5).

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołania na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody zważyła, co następuje:

Odwołania zasługiwały na uwzględnienie w części.

Izba ustaliła, że Odwołujący posiadają interes we wniesieniu odwołań wynikający z art. 505 Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Sprawa o sygn. akt KIO 496/24

Izba dopuściła zawnioskowane i złożone wraz z pismem procesowym w dniu 28 lutego 2024 r. oraz na posiedzeniu niejawnym przez Odwołującego Arriva dowody:

1. Raport Prokolej, Przewodnik otwarcia rynku kolejowych przewozów pasażerskich – na okoliczność konieczności uwzględnienia przez zamawiającego odpowiedniego okresu na przygotowanie zasobów i mobilizację (w szczególności str. 37-41, 50-51),
2. Raport Railway Business Forum, Rynek kolejowego transportu pasażerskiego w województwach w kontekście wejścia w życie IV pakietu kolejowego (wyciąg, str. 1-5) – na okoliczność konieczności uwzględnienia przez zamawiającego odpowiedniego okresu na przygotowanie zasobów i mobilizację,
3. Wytyczne KE do Rozporządzenia 1370/2007 (wyciąg str. 1 i 11) – na okoliczność konieczności uwzględnienia przez zamawiającego odpowiedniego okresu składania ofert oraz okresu na przygotowanie zasobów i mobilizację,
4. Prezentacja okres mobilizacji – na okoliczność czasu niezbędnego do rozpoczęcia świadczenia usług transportu pasażerskiego kolejowego,
5. Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 24 listopada 2022 r. w sprawie licencji maszynisty stanowi (wyciąg - załącznik nr 4) oraz Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 20 października 2023 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie świadectwa maszynisty (wyciąg) oraz tabela z obliczeniem liczby godzin szkolenia – na okoliczność wymaganych godzin szkolenia maszynistów na potrzeby realizacji zamówienia,
6. Raport „Efektywny Innowacyjny i system szkolenia oraz rozwoju zawodowego maszynistów” Uniwersytet Szczeciński; Wydział Zarządzania i Ekonomiki Usług, 2019 (wyciąg), „Kolejowe Szkolnictwo zawodowe” Analiza Urzędu Transportu Kolejowego (wyciąg) – na okoliczność niedoboru maszynistów na rynku pracy jako problemu strukturalnego oraz przykładowe artykuły prasowe – na okoliczność powszechnego niedoboru maszynistów na rynku pracy,
7. Tabela z szacowanym czasem pozyskania pozostałego personelu (poza maszynistami) – na okoliczność okresu niezbędnego na pozyskanie pozostałego personelu na potrzeby realizacji zamówienia,
8. Tabela z oferowanymi czasami dostaw taboru w przetargach publicznych, z wyciągami z dokumentów źródłowych – na okoliczność minimum 24 miesięcy na dostawę taboru kolejowego,
9. Korespondencja z PESA oraz Newag - na okoliczność czasu dostępności taboru,
10. Zapytanie o dostępność pojazdów kolejowych wraz z odpowiedzią SKPL Cargo Sp. z o.o. – na okoliczność braku dostępności pojazdów w dzierżawę o parametrach wymaganych przez zamawiającego w oznaczonym przez niego czasie,
11. Analiza dostępności taboru przygotowana przez Zamawiającego oraz opracowanie Arriva w zakresie kalendarza dostępności taboru Zamawiającego – na okoliczność konieczności zapewnienia dodatkowych pojazdów z uwagi na konieczne przeglądy,
12. Oferta PHU Locomotiv - na okoliczność czasu niezbędnego na zorganizowanie niezbędnego zaplecza przez wynajmującego, minimum 10 miesięcy,
13. Oferty od dostawców kół monoblokowych i tarcz hamulcowych dedykowanych do pojazdów produkcji PESY a

będących własnością Zamawiającego które mają być wykorzystywane do świadczenia usług – na okoliczność terminu dostawy koniecznych komponentów do pojazdów Zamawiającego minimum odpowiednio 8-10 miesięcy i 6 miesięcy,

14. Informacja cenowa Railpack PDHV211-DF z tłumaczeniem - na okoliczność czasu dostawy 16 miesięcy części zamiennych (zespołu napędowego dedykowanego do pojazdów serii SA133 będącego własnością Zamawiającego)

15. Wyciąg z załącznika nr 8.1. do tego Regulaminu sieci 2024/2025 – Harmonogramu opracowania Rocznej Rozkładu Jazdy (str. 1 Regulaminu, str. 1,2 załącznika) – na okoliczność ostatecznego terminu zmiany lub wskazania przewoźnika,

16. Tabela z przykładami wymogów przetargów w Czechach – na okoliczność praktyki w zakresie okresu mobilizacji, z wyciągami z dokumentów źródłowych i tłumaczeniem,

17. decyzję Komisji UE 2021/1885 z dnia 20 kwietnia 2021 r. w sprawie pomocy państwa SA.43127-2018/C (ex 2015/NN) (ex 2015/N) wdrożonej przez Polskę na rzecz Przewozów Regionalnych sp. z o.o. – na okoliczność zobowiązania Zamawiającego do przeprowadzania od 2021 r. konkurencyjnych przetargów na świadczenie usług będących przedmiotem niniejszego postępowania.

18. Opracowanie pt. „Warunki rozwoju konkurencji na rynku przewozów o charakterze użyteczności publicznej – ocena na podstawie zawieranych umów” - na okoliczność możliwości powierzenia w trybie interwencyjnym świadczenia usług będących przedmiotem niniejszego zamówienia na krótszy okres czasu.

19. Pismo Arriva z dnia 8 stycznia 2024 r., na okoliczność informowania zamawiającego o konieczności wprowadzenia okresu mobilizacji.

20. Artykuł prasowy na temat wątpliwości co do konkurencyjności niniejszego postępowania przetargowego.

21. Korespondencja mailowa z wynajmującym tabor kolejowy, tj. spółką CargoUnit - na okoliczność oferty pozyskanej w 2023 r. wraz z pismem spółki AKIEM będącej największą spółką wynajmującą tabor kolejowy w Europie wraz z tłumaczeniem - na okoliczność apelu wydłużenia czasu na przygotowanie się do świadczenia usług.

22. Tabela z przykładami podobnych postępowań - na okoliczność wykazania, że w postępowaniach tych nie został ustalony przez zamawiającego limit waloryzacji wynagrodzenia.

23. Prezentacja dotycząca waloryzacji – na okoliczność wpływu limitu wysokości wskaźnika waloryzacji na wartość Rekompensaty i ryzyk w tym zakresie dla Operatora.

Izba dopuściła zawnioskowane i złożone złożone przez Zamawiającego dowody:

24. pismo wykonawcy Arriva Sp. z o.o. z 24 listopada 2023 r., na okoliczność możliwości rozpoczęcia świadczenia od 1 stycznia 2025 r., czyli terminu ustalonego w niniejszym postępowaniu.

25. dokumentacja postępowania z dnia 25 września 2023 r.

26. informacja z otwarcia ofert, a także wstępne ogłoszenia informacyjne o możliwości przeprowadzenia przetargu z 6 września 2021 r. - dowody złożone wraz z odpowiedzią na odwołanie, na okoliczności wykazania znajomości uwarunkowań z realizacji umowy, czasu trwania, w tym w szczególności rozpoczęcia świadczenia umowy oraz podmiotów które wzięły udział w tym postępowaniu.

Izba zważyła:

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego terminu rozpoczęcia i zakończenia świadczenia usług wskazać należy, że Izba w składzie orzekającym powyższy zarzut uznała za uzasadniony.

W ocenie składu orzekającego brak zapewnienia wykonawcom, którzy dotychczas nie świadczyli na rzecz i obszarze Zamawiającego usługi w zakresie kolejowych przewozów pasażerskich, odpowiedniego czasu na przygotowanie do realizacji zamówienia prowadzi zarówno do naruszenia podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych, jak zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ale jest także niezgodne z wytycznymi Komisji Europejskiej opublikowanymi w Komunikacie w sprawie wytycznych interpretacyjnych w odniesieniu do rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego (2014/C 92/01). W ww. dokumencie (dowód nr 3) KE wskazuje, że *„zgodnie z art. 5 ust. 3 w przypadku gdy właściwy organ – aby zapewnić świadczenie usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego – wykorzystuje osobę trzecią niebędącą podmiotem wewnętrznym, udziela on zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych w drodze sprawiedliwej, otwartej, przejrzystej i niedyskryminującej procedury przetargowej. Artykuł 5 ust. 3 nie zawiera wielu dodatkowych informacji na temat warunków organizacji procedury przetargowej. Jak wskazano w pkt 2.4.1. procedury udzielania zamówień publicznych muszą być opracowane w taki sposób, aby stwarzać warunki skutecznej konkurencji. Zastosowanie ogólnych postanowień Traktatu, takich jak obowiązek zachowania przejrzystości i niedyskryminacji, oznacza na przykład, że kryteria oceny stosowane przy wyborze ofert muszą być publikowane w dokumentacji przetargowej. (...) W celu zapewnienia potencjalnym oferentom sprawiedliwych i równych szans należy przewidzieć odpowiedni i racjonalny okres czasu między wszczęciem procedury przetargowej i terminem składania ofert, a także między wszczęciem procedury przetargowej i terminem, w którym rozpocząć się ma świadczenie usług*

transportowych.".

Izba stwierdziła, że wskazany przez Zamawiającego konkretny termin rozpoczęcia usług wyznaczony na dzień 1 stycznia 2025 r. nie zapewnia wykonawcom równych i sprawiedliwych szans w pozyskaniu zamówienia, bowiem jak wykazał Odwołujący Arriva, minimalny okres mobilizacji i przygotowania się do realizacji usługi to okres około 12 miesięcy. Izba uznała powyższe stanowisko za wiarygodne uznając, że powyższe jest uzasadnione charakterem zamówienia dotyczącego pięcioletniego świadczenia usługi przewozu kolejowego pasażerów. Zamówienie to wymaga więc poczynienia szeregu czynności zarówno prawnych jak i kontraktowych w tym m.in. homologacji taboru w przypadku konieczności sprowadzenia go z zagranicy, rekrutacji i szkolenia personelu, przygotowania punktów obsługi taboru, ich ewentualna modernizacja i wyposażenie, przygotowanie punktów dyspozytorskich, a także pozyskanie taboru rezerwowego, bowiem zostało wykazane, że wbrew stanowisku Zamawiającego udostępniany przez niego tabor nie jest wystarczający dla zapewnienia sprawnego i rzetelnego świadczenia przedmiotu zamówienia.

Izba uznała, że brak zapewnienia minimalnego czasu na mobilizację, prowadziłby w zasadzie do całkowitego wyłączenia konkurencji, bowiem podmiotem zdolnym do wykonania niniejszego zamówienia byłby tylko jeden wykonawca obecnie realizujący usługę, tj. spółka Polregio. Izba za nierealne uznała prognozy Zamawiającego co do planowanego podpisania umowy w czerwcu br., a tym samym zapewnienia wykonawcom ok. sześciomiesięcznego terminu na mobilizację. Zauważyć po pierwsze należy, że Izba nakazała również w wyroku wydłużenie terminu składania ofert o 30 dni od dnia wprowadzenia i publikacji zmian dokumentów zamówienia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, a więc termin składania ofert zostanie potencjalnie wyznaczony przez Zamawiającego na połowę kwietnia br., a uwzględniając czas niezbędny na ocenę i badanie ofert, jak również możliwość skorzystania przez potencjalnych wykonawców ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Pzp, umowa w sprawie zamówienia publicznego prawdopodobnie nie zostanie podpisana w tym czasie, co znacznie skróciłoby czas dla wykonawcy na przygotowanie do świadczenia usługi.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że aby zachować zarówno zasady Pzp, jak i wytyczne KE konieczne stało się określenie terminu na mobilizację do świadczenia usługi na poziomie minimum 12 miesięcy.

Odnosząc się do złożonego przez Zamawiającego dowodu będącego pismem wykonawcy Arriva z 24 listopada 2023 r. złożonego na okoliczność wykazania możliwości rozpoczęcia świadczenia od 1 stycznia 2025 r., wskazać należy, że dowód ten potwierdzał w że niezbędny okres mobilizacji to minimum 12 miesięcy. W piśmie tym Odwołujący Arriva w listopadzie 2023r., a więc 14 miesięcy przed planowanym rozpoczęciem świadczenia usługi oświadczył iż jest w stanie przygotować się do realizacji usługi. W ocenie Izby z pisma tego w żaden sposób nie wynikało, aby termin krótszy był wystarczający, a jak Izba wyżej wskazała, minimalnym okresem czasu na przygotowanie się do świadczenia usługi, tak aby zapewnić otwarcie rynku poprzez zwiększenie konkurencyjności jest okres minimum 12 miesięcy.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego ustalenia przez Zamawiającego sztywnej daty końcowej realizacji usług wskazać należy, że zgodnie z art. 436 pkt 1 Pzp, umowa zawiera postanowienia określające w planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną. Zamawiający ma zatem obowiązek co do zasady określić termin zakończenia realizacji umowy nie konkretną datą, ale poprzez ustalenie pewnego okresu, w którym wykonawca powinien wykonać przedmiot umowy. Podkreślić należy, że postanowienia umowy pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą uzależnione są od charakteru i rodzaju zamówienia, jego zakresu i wielkości, a także sposobu oraz terminu realizacji zamówienia. Postanowienia umowy powinny być w każdym przypadku dostosowane do specyfiki udzielanego zamówienia.

Z tego względu w ocenie Izby w warunkach przedmiotowego zamówienia winny mieć do tej części zastosowanie zapisy art. 436 pkt. 1 Pzp który określa jako zasadę ustalanie terminu realizacji zamówienia w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach. Ponadto Zamawiający nie wykazał, że w przedmiotowej sytuacji uzasadnione jest zastosowanie wyjątku od powyższej zasady tj. że określenie terminu za pomocą konkretnej daty jest uzasadnione obiektywną przyczyną. W ocenie Izby wyjaśnienie tej przyczyny i jej udokumentowanie ciążyło na Zamawiającym, przy czym winna to być przyczyna o charakterze obiektywnym a zatem istniejąca niezależnie od Zamawiającego. Powyższe prowadzi do wniosku, że po pierwsze nie można powoływać się na przyczyny zależne od Zamawiającego, czyli okoliczności subiektywne. Po drugie, jak wynika wyraźnie z przepisu obiektywne przyczyny zastosowania konkretnej daty muszą być uzasadnione. Powyższe standardy dla przesłanek z art. 436 pkt. 1 Pzp Izba oparła m. in. na orzecnictwie (m. in. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 listopada 2021 r., sygn. XXIII Zs 118/21) wydanym na tle oceny obiektywnych przyczyn określonych w § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126), zgodnie z którym składając zamawiającemu oświadczenie, o którym mowa powyżej, wykonawca powinien wskazać zamawiającemu, że nie był w stanie pozyskać stosownych dokumentów, a zatem, że podjął środki w celu ich pozyskania, ale środki te okazały się nieskuteczne, a także określić przyczynę nie uzyskania takich dokumentów, przy

czym przyczyna ta powinna mieć obiektywny charakter. W ocenie Izby w świetle brzmienia obu przepisów nie istnieją przesłanki, aby odmiennie określać standardy dla oceny zaistnienia obiektywnych przyczyn w obu przypadkach i w konsekwencji standardy te mają zastosowanie również w odniesieniu do czynności Zamawiającego podjętych w oparciu o art. 436 pkt 1 Pzp.

W ocenie Izby Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie sprostął określonym wyżej standardom. W pierwszej kolejności należy wskazać, że Zamawiający nie wskazał jakichkolwiek przyczyn obiektywnych, zewnętrznych i niezależnych od tego podmiotu, które miałyby stanowić przyczynę określenia terminu wykonania świadczenia datą dzienną. Przeciwnie – wszelkie okoliczności tj. warunki realizacji zamówienia, jego skala, określenie wymagań dot. zakresu, skali i rodzaju usług przewidzianych w ramach czynności przygotowawczych, jak również data zakończenia obowiązujących umów czy moment wszczęcia postępowania były w całości znane Zamawiającemu i w jego wyłącznej decyzji pozostawał tak moment rozpoczęcia przygotowań do postępowania, jak i moment jego uruchomienia. Ponadto podkreślić należy, że realizacja zadań w zakresie świadczenia usług publicznych w zakresie kolejowych przewozów pasażerskich nie zwalnia Zamawiającego z przestrzegania innych norm i regulacji prawnych.

Konkludując wskazać należy, że w warunkach przedmiotowego zamówienia Zamawiający zobowiązany był – w celu zapewnienia wszystkim wykonawcom zainteresowanym udziałem sprawiedliwych i równych szans oraz prawidłowej kalkulacji ceny ofertowej, a także z uwagi na niewykazanie obiektywnych przyczyn wskazania daty dziennej, oznaczenie terminu wykonania części usługi obejmującej prace przygotowawcze określonego w miesiącach, jak również ustalenie terminu zakończenia usługi jako 60 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług.

Izba uznała również, że na uwzględnienie zasługiwał zarzut dotyczący wyznaczenia przez Zamawiającego zbyt krótkiego terminu na przygotowanie i złożenie ofert. Wskazać należy, że zgodnie z art. 138 ust. 1 Pzp termin składania ofert nie może być krótszy niż 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Stosownie zaś to treści art. 131 ust. 1 Pzp Zamawiający wyznacza terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ofert wstępnych oraz ofert, z uwzględnieniem złożoności i specyfiki przedmiotu zamówienia oraz czasu niezbędnego do ich przygotowania i złożenia, z tym że terminy te nie mogą być krótsze niż ustawowe terminy minimalne, o ile są one określone.

Przypomnieć należy, że Zamawiający odpierając zarzut podkreślił, że termin na złożenie ofert realizuje wymagania ustawowe przepisu art. 138 ust. 1 Pzp i jest o 4 dni dłuższy niż termin wyznaczony w pierwszym postępowaniu, w którym wykonawcy zdołali złożyć oferty, a więc w jego ocenie, już choćby z tych powodów nie można uznać, że ustalony termin jest zbyt krótki.

Izba w składzie orzekającym uznała, mając na uwadze charakter zamówienia, że ustalony termin składania ofert, nie może być uznany za spełniający kryteria terminu "niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty", w rozumieniu art. 131 ust. 1 Pzp. Zamówienie dotyczy świadczenia przez okres 5 lat usługi publicznej w zakresie wojewódzkich kolejowych przewozów pasażerskich, wartego kilkaset milionów złotych, które swoim zakresem obejmuje przejęcie usług pasażerskich w całym Województwie Podlaskim, a sporządzenie oferty wiąże się z koniecznością ustalenia kosztu za pociągokilometr, zysku za pociągokilometr oraz rekompensaty za cały okres świadczenia usługi. Ponadto wykonawca podkreślał, że aby prawidłowo skalkulować ofertę sam musi najpierw pozyskać oferty od kontrahentów, w tym dostawców pojazdów, instytucji bankowych i finansowych, zaplanować lokalizację oraz zobowiązania z tytułu zaplecza technicznego.

Izba uznała mając powyższe na uwadze, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu winien był uwzględnić w szczególności opis przedmiotu zamówienia i jego złożoność oraz rozmiar, a także uwzględniać czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty przez każdego z wykonawców, zapewniając tym samym realną oraz uczciwą konkurencję w postępowaniu, wymaganą art. 16 Pzp. Powyższe potwierdza również dyrektywy, zgodnie z którym „podczas wyznaczania terminów składania ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału instytucje zamawiające uwzględniają złożoność zamówienia oraz czas potrzebny na sporządzenie ofert, bez uszczerbku dla terminów minimalnych określonych w art. 27-31.”. Zatem podkreślenia wymaga, że zasadą zarówno na gruncie unijnego jak i polskiego Prawa zamówień publicznych jest ustalanie terminów składania ofert z uwzględnieniem specyfiki zamówienia, a nie terminów minimalnych lub zbliżonych do minimalnych.

Izba przeprowadziła dowód z dokumentów złożonych przez Zamawiającego, na okoliczności wykazania znajomości uwarunkowań z realizacji umowy, czasu trwania, w tym w szczególności rozpoczęcia świadczenia umowy oraz podmiotów które wzięły udział w tym postępowaniu uznając, że fakt, że we wcześniejszym postępowaniu unieważnionym przez Zamawiającego zostały złożone oferty dwóch wykonawców nie udowadnia, że założenia poczynione przy kalkulacji wcześniejszych ofert mogą w 100% zostać przeniesione do niniejszego postępowania. Gdyby bowiem było tak jak wywodził Zamawiający to ceny ofert w niniejszym postępowaniu byłyby analogiczne, co przy braku zmiany kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia wiązałoby się z koniecznością ponownego unieważnienia postępowania. Nie jest natomiast wykluczone, że wykonawcy dążąc do optymalizacji kosztów oraz chęci sporządzenia

konkurencyjnej oferty zmuszeni zostaną do ponownego przeanalizowania poczynionych wcześniej założeń, co jak wskazywali obaj Odwołujący wiąże się z większą ilością czasu niezbędnego do przygotowania oferty.

Izba za zasadny uznała również zarzut dotyczący wprowadzenia do umowy limitu waloryzacji rekompensaty do poziomu 4,9%.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 439 ust. 1 Pzp umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Stosownie do ust. 2 ww. przepisu w umowie określa się: 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia; 2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia: a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia; 3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy; 4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Zauważyć należy, że główną funkcją i celem wprowadzenia do umowy trwającej dłużej niż 6 miesięcy waloryzacji jest przywrócenie równowagi ekonomicznej stron kontraktu oraz ekwiwalentności świadczeń (w stosunku do stanu na dzień ofertowania), urealnienie wynagrodzenia wskutek wzrastających kosztów realizacji i zmiany siły nabywczej pieniądza, podział ryzyk niezależnych od stron, przeciwdziałanie negatywnym konsekwencjom dla zamawiającego, jak również przeciwdziałanie nieadekwatności oferowanych cen (niedoszacowanie, przeszacowanie) spowodowanej niestabilnością okoliczności zewnętrznych. Ponadto wskazać należy, że sama okoliczność ustalenia waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w umowie nie świadczy automatycznie, że postanowienie to spełnia przesłanki z art. 439 Pzp. Zauważyć bowiem należy, że Zamawiający aby prawidłowo ustalić klauzulę waloryzacyjną w umowie zobowiązany jest, po pierwsze uczynić zadość wymogom wynikającym z art. 439 ust. 2 Pzp, a po drugie sformułować ją w taki sposób, aby była zgodna z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, przejrzystości, proporcjonalności oraz efektywności, co wiąże się z tym, że ustanowiona w konkretnym postępowaniu klauzula waloryzacyjna powinna być adekwatna do sytuacji rynkowej oraz przedmiotu zamówienia, odpowiednio rozkładająca ryzyka kontraktowe. Niewątpliwie więc klauzule waloryzacyjne mają za zadanie dążenie do równowagi stron stosunku umownego w zamówieniach publicznych w sposób uwzględniający zmiany okoliczności, mających wpływ na wynagrodzenie wykonawcy w toku realizacji świadczenia. Dostosowanie cen towarów i kosztów wykonania zamówienia do ich rzeczywistych wartości zmniejsza również ryzyko nienależytej realizacji świadczenia. Jednocześnie należy zwrócić uwagę na sformułowaną klauzulę waloryzacyjną sprzyja zwiększeniu konkurencyjności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Sąd Najwyższy wskazał, że w istocie klauzula waloryzacyjna nie prowadzi do zmiany, lecz jedynie realizacji woli stron z chwili zawarcia umowy, przywracając pierwotną równowagę ekonomiczną świadczeń stron i tym samym zapobiegając pokrzywdzeniu jednej ze stron stosunku umownego (II CSK 773/13).

Mając powyższe na względzie Izba w składzie orzekającym stwierdziła, że propozycja Odwołującego Arriva dotycząca zwiększenia limitu waloryzacji do 20% jest racjonalną i uzasadnioną złożonymi dowodami (nr 23), w tym także kalkulacją wpływu limitu waloryzacji na możliwość poniesienia straty na kontrakcie, a także w kontekście aktualnej sytuacji gospodarczej w kraju i na świecie. Mając na uwadze powyższe, zarzut należało uwzględnić w zakresie w jakim dotyczył maksymalnej łącznej wartości zmian wynagrodzenia z tytułu waloryzacji.

Izba za zasługujący na uwzględnienie w części uznała zarzut dotyczący możliwości korzystania z rezerwowego taboru kolejowego bez dodatkowego wyposażenia wymaganego w SWZ oraz starszego niż 20 lat.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał, że brak jest obiektywnych przyczyn ustalenia przez Zamawiającego, aby wiek taboru rezerwowego nie przekraczał lat 20 od daty produkcji lub najstarszego poziomu utrzymania (pkt 8, 9 Zał. Nr 9 do Umowy). Izba uznała bowiem, że z dowodów złożonych przez Odwołującego wynika, że nie jest możliwe w terminie określonym przez Zamawiającego pozyskanie wymaganego taboru spełniającego powyższe parametry. Jednocześnie Zamawiający nie wykazał, aby pojazdy starsze niż 20 latnie nie spełniały wymagań opisanych przez niego w ww. postanowieniu. Ponadto zauważyć należy, że Zamawiający na rozprawie nie był w stanie wykazać zasadności wprowadzenia zakazu dotyczącego korzystania z taboru starszego niż 20 lat, wskazując jedynie na chęć dysponowania taborem spełniającym określone wymagania jakościowe. Izba uznała więc, że skoro jest możliwe zaoferowanie taboru spełniającego wymogi jakościowe jak np. przystosowanie pojazdów dla osób niepełnosprawnych posiadających wifę, czy klimatyzację jednak starszych niż 20 lat, a jednocześnie Zamawiający nie wykazał zasadności żądania pojazdów w określonym wieku, to postanowienie to było nadmierowe i mogło wpłynąć na ograniczenie konkurencji w postępowaniu

oraz pozostaje ono bez wpływu na jakość świadczenia usług.

Sprawa o sygn. akt KIO 499/24

Izba dopuściła zawnioskowane i złożone na posiedzeniu niejawnym przez Odwołującego Polregio dowody:

1. „Procedura klasyfikacji informacji, tajemnicy przedsiębiorstwa oraz postępowania z informacjami oraz zarządzania nośnikami” (PBI-9) — tajemnica przedsiębiorstwa, dowód na okoliczność podjęcia działań podjętych w celu ochrony poufności informacji.

2. Mapa - dokument jawny, dowód na okoliczność zarzutu dotyczącego obszaru, na którym zamówienie ma być realizowane (w województwach ościennych) oraz zarzutu dotyczącego nieproporcjonalnych warunków udziału w postępowaniu (zaplecze utrzymaniowe).

3. Zestawienie kosztów Spółki związanych z realizacją przewozów — tajemnica przedsiębiorstwa. Dowód na okoliczność zarzutu dotyczącego waloryzacji rekompensaty.

4. Poziom inflacji w Polsce dokument jawny, dowód na okoliczność zarzutu dotyczącego waloryzacji rekompensaty.

5. Ceny energii trakcyjnej w latach 2021-2024 — tajemnica przedsiębiorstwa. Dowód na okoliczność zarzutu dotyczącego waloryzacji rekompensaty,

6. Analiza — energia trakcyjna — tajemnica przedsiębiorstwa. Dowód na okoliczność zarzutu dotyczącego waloryzacji rekompensaty.

7. Ceny paliwa trakcyjnego dokument jawny. Dowód na okoliczność zarzutu dotyczącego waloryzacji rekompensaty.

8. Ceny zakupu paliwa trakcyjnego — część ogólna — dokument jawny. Dowód na okoliczność zarzutu dotyczącego waloryzacji rekompensaty.

9. Ceny zakupu paliwa trakcyjnego — część szczegółowa dot. POLREGIO S.A. — tajemnica przedsiębiorstwa. Dowód na okoliczność zarzutu dotyczącego waloryzacji rekompensaty.

10. Koszty OIU (dostępu do dworców jako Obiektu Infrastruktury Usługowej) — tajemnica przedsiębiorstwa. Dowód na okoliczność zarzutu dotyczącego waloryzacji rekompensaty.

11. Wzrost wynagrodzeń w latach 2019-2024 część ogólna -- dokument jawny. Dowód na okoliczność zarzutu dotyczącego waloryzacji rekompensaty.

12. Wzrost wynagrodzeń w latach 2019-2024 — część ogólna i część szczegółowa dot. POLREGIO S.A. — tajemnica przedsiębiorstwa. Dowód na okoliczność zarzutu dotyczącego waloryzacji rekompensaty.

13. Koszty napraw taboru — POLREGIO S.A. — tajemnica przedsiębiorstwa. Dowód na okoliczność zarzutu dotyczącego waloryzacji rekompensaty.

14. Koszty napraw P1 POLREGIO S.A. — tajemnica przedsiębiorstwa. Dowód na okoliczność zarzutu dotyczącego waloryzacji rekompensaty.

15. Koszty napraw P2 POLREGIO S.A. — tajemnica przedsiębiorstwa. Dowód na okoliczność zarzutu dotyczącego waloryzacji rekompensaty.

16. Koszty napraw P3 POLREGIO S.A. — tajemnica przedsiębiorstwa. Dowód na okoliczność zarzutu dotyczącego waloryzacji rekompensaty.

17. Koszty utrzymania taboru na poziomie przeglądów okresowych w PI-P3 latach 2019-2023 w Zakładzie Podlaskim POLREGIO S.A. — tajemnica przedsiębiorstwa. Dowód na okoliczność zarzutu dotyczącego waloryzacji rekompensaty.

18. Wzrost kosztów napraw bieżących roku 2023 wobec roku 2019 — tajemnica przedsiębiorstwa. Dowód na okoliczność zarzutu dotyczącego waloryzacji rekompensaty.

19. Stosowanie DSU i dokumentów powiązanych, którymi dysponuje Operator a nie Organizator — tajemnica przedsiębiorstwa. Dowód na okoliczność zarzutu dotyczącego wieku taboru operatora i stosowania DSU organizatora.

20. Symulacja kosztów, wg której punkt utrzymania taboru (PUT) na terenie woj. podlaskiego nie znajduje się w Białymstoku, a w oddaleniu od niego (III warianty) — tajemnica przedsiębiorstwa. Dowód na okoliczność zarzutu dotyczącego nieproporcjonalnych warunków udziału w postępowaniu (zaplecze utrzymaniowe).

21. Kary umowne z SWZ - dokument jawny - dowód na okoliczność zarzutu dotyczącego nadmiernych kar umownych.

22. Zakład Podlaski POLREGIO S.A. — kary umowne — porównanie lata 2021-24 vs 2025-29 — tajemnica przedsiębiorstwa. Dowód na okoliczność zarzutu dotyczącego nadmiernych kar umownych oraz zarzutu dotyczącego potrącania kar umownych z rekompensatą.

Izba dopuściła zawnioskowane i złożone na posiedzeniu niejawnym przez Przystępującego Arriva dowody:

23. Wyciąg z Regulaminu dostępu do obiektu infrastruktury usługowej „OIU Białystok” na okoliczność posiadania zaplecza kolejowego przez Polregio w Białymstoku,

24. wykaz przykładowych lokalizacji warsztatów utrzymania Polregio z wyciągiem z dokumentów źródłowych oraz warsztat utrzymania Arriva – na okoliczność powszechnej praktyki nieograniczania lokalizacji zaplecza do stolicy województwa,

Izba zważyła:

Izba za zasadny uznała zarzut Odwołującego Polregio w zakresie ustalenia przez Zamawiającego limitu waloryzacji na poziomie 4,9%. Izba w tym zakresie w całości podtrzymuje stanowisko wyrażone w sprawie KIO 496/24 i wskazuje, że Odwołujący Polregio wykazał i udowodnił, że przyjęcie za akceptowalne ustalenie limitu waloryzacja wynagrodzenia na poziomie ustalonym przez Zamawiającego wiązałoby się z poniesieniem przez Operatora straty w związku z realizacją przedmiotu zamówienia i nie dawałaby ona szansy wykonawcom na pokrycie ponoszonych kosztów związanych z realizacją zamówienia. Odwołujący wskazywał bowiem na wzrost kosztów związanych z nabyciem energii trakcyjnej, paliwa trakcyjnego i wzrost innych niezbędnych kosztów dla świadczenia usługi, które są niemożliwe do pokrycia przy ustalonym przez Zamawiającego limicie.

Izba nie będąc jednak związana żądaniami odwołania, uznała, że zasadne będzie ustalenie limitu waloryzacji wynagrodzenia na poziomie 20%.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego taboru Operatora związanego z wprowadzeniem w ust. 8 załączenia nr 9 do Umowy „Parametry jakościowe Przewozów” wymagania dotyczącego wieku pojazdów, wskazać należy, że Izba zarzut powyższy uznała za zasadny. Izba w tym zakresie w całości podtrzymuje stanowisko i rozważania zaprezentowane w sprawie KIO 496/24.

Izba natomiast uznała, że nie zasługiwało na uwzględnienie żądanie dotyczące wprowadzenie Dokumentu Systemu Utrzymania (DSU) w wersji wykorzystywanej przez Odwołującego Polregio. Izba uznała bowiem, że skutkiem wprowadzenia ww. żądania do dokumentacji postępowania byłoby wyłączenie konkurencji, co wprost potwierdził Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający wyjaśnił bowiem, że nie mógłby udostępnić pozostałym wykonawcom zainteresowanym wzięciem udziału w postępowaniu ww. dokumentu, bowiem jest on chroniony przez Odwołującego Polregio jako tajemnica przedsiębiorstwa. Ponadto Izba stwierdziła, że posiadanie DSU jest wymogiem, który obciąża Operatorów zobowiązanych do przestrzegania ich uregulowań w trakcie prowadzonego procesu utrzymania. Zamawiający wyjaśnił, że udostępnia w postępowaniu DSU w wersji uzyskanej od producenta pojazdów kolejowych i w jego ocenie powyższe jest wystarczające.

W konsekwencji Izba powyższy zarzut oddaliła.

Izba za zasadny uznała również zarzut dotyczący braku jednoznacznego i precyzyjnego wskazania z jakim wyprzedzeniem Operator otrzyma informację o zawarciu przez Organizatora określonych porozumień co do przewozów regionalnych w innych województwach i konieczności uruchomienia połączeń przez wykonawcę. Izba uznała, że Odwołujący Polregio wykazał, że brak powyższych informacji ma wpływ na możliwość prawidłowej kalkulacji ceny oferty, z uwagi na fakt, że obowiązkiem wykonawców jest w wycenie uwzględnić również realizację przewozów w określonych relacjach i w wymiarze przewidzianych w Porozumieniach zawartych przez Organizatora. W konsekwencji Izba nakazała Zamawiającemu zmianę redakcji projektowanego ust. 4.1.9. Umowy poprzez uwzględnienie w nim postanowienia, z którego jednoznacznie wynikać będzie, że w trakcie trwania Umowy Organizator umożliwi Operatorowi realizację przewozów w relacjach i w wymiarze określonym w Porozumieniach zawartych przez Organizatora z innymi województwami, a możliwość taką Organizator przedstawi Operatorowi nie później niż na dwie korekty rocznego rozkładu jazdy.

Izba za niezasadny uznała zarzut dotyczący ustalenia przez Zamawiającego nieproporcjonalnych warunków udziału w postępowaniu.

W tym miejscu przypomnieć należy, że Odwołujący Polregio zarzucał, że brak postawienia przez Zamawiającego warunków w zakresie zdolności jakimi mają wykazać się wykonawcy uniemożliwia ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności poprzez określenie zbyt niskich poziomów zdolności mając na uwadze wagę i charakter niniejszego postępowania przetargowego. Ponadto wnosił on o nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia warunków w zakresie konieczności dysponowania przez Operatora pozwoleniem wodnoprawnym oraz środowiskowym.

Odnosząc się do powyższego wskazać należy, że skutkiem uwzględnienia odwołania w powyższym zakresie byłoby całkowite wyeliminowanie konkurencji w Postępowaniu, bowiem na co zwracał uwagę zarówno Zamawiający i Przystępujący obecnie to Odwołujący Polregio świadczy dla Województwa Podlaskiego usługi publicznego transportu kolejowego, a zatem tylko ten wykonawca dysponuje lokalnym, dedykowanym konkretnie tym przewozom zapleczem. Już z tego względu zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Jednakże podniesiony w odwołaniu zarzut nie zasługiwał również na uwzględnienie z powodu, tego że Zamawiający na gruncie obowiązujących przepisów Pzp nie jest zobligowany do określenia w dokumentach zamówienia konkretnych warunków udziału w postępowaniu. Podkreślić należy, że zgodnie z art. 57 pkt 2 Pzp, o udzielenie

zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego. Z powyższego wynika więc prawo Zamawiającego do sformułowania warunków udziału w postępowaniu, a nie zaś obowiązek ich sformułowania. Zamawiający zatem może, ale nie musi, określać warunki udziału w postępowaniu. Stosownie do art. 112 ust. 2 Pzp warunki mogą dotyczyć wyłącznie zdolności do występowania w obrocie gospodarczym, uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej, sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej. Zgodnie z art. 112 ust. 1 Pzp, Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Warunki udziału w postępowaniu muszą być także zgodne z naczelnymi zasadami Pzp, takimi jak zasada uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności, przejrzystości oraz efektywności (art. 16 i 17 Pzp).

Izba uznała również, że Odwołujący żądając wprowadzenia konkretnych warunków udziału w postępowaniu nie żądał – jak podkreślił Zamawiający i Przystępujący - wprowadzenia warunków podmiotowych dotyczących np. doświadczenia w świadczeniu usług będących przedmiotem zamówienia, zdolności ekonomicznej czy też uprawnień do prowadzenia działalności, lecz jedynie takich, które są nie tylko irrelevantne z perspektywy oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, ale są także charakterystyczne jedynie dla Odwołującego Polregio. Uwzględnienie żądania Odwołującego Polregio w ocenie składu orzekającego Izby byłoby całkowicie nieuzasadnione z punktu widzenia przepisów czy norm dedykowanych dla pojazdów kolejowych, między innymi poprzez wprowadzenie bezprawnego:

(1) obowiązku dysponowania odpowiednio wyposażonym zapleczem lokalnym już na etapie składania ofert; jak i co do (2) zawężenia lokalizacji takiego zaplecza.

Zauważyć natomiast należy, że zgodnie z pkt 13 Załącznika nr 9 do Umowy – Parametry jakościowe przewozów, Operator jest zobowiązany do zapewnienia dostępu do zaplecza technicznego, w którym będą realizowane naprawy, przeglądy techniczne pojazdów kolejowych wykorzystywanych do realizacji usługi. Z powyższego wynika więc, że Zamawiający wprowadził obowiązek kontraktowy dotyczący konieczności zapewnienia zaplecza technicznego, a więc również z tego względu zarzut Odwołującego Polregio nie zasługiwał na uwzględnienie.

Ponadto podkreślić należy, że na gruncie prawa unijnego nie są dopuszczalne jakiekolwiek preferencje lokalne, tym bardziej limitujące możliwość wzięcia udziału w Postępowaniu do pomiotu świadczącego obecnie usługi dla Zamawiającego, a co za tym idzie posiadającego w tym zakresie zorganizowane na terenie Województwa Podlaskiego zaplecze. W sprawie C-234/03, Contse SA i in. p. Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), dawniej Instituto Nacional de la Salud (Insalud), TSUE wskazał, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, zasada równego traktowania zabrania nie tylko jawnej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, ale również wszelkich ukrytych form

dyskryminacji, które poprzez stosowanie innych kryteriów rozróżniających powodują de facto ten sam skutek (zob. w szczególności wyroki z dnia 29 października 1980 r. w sprawie 22/80 Boussac Saint-Frères, Rec. str. 3427, pkt 9; z dnia 5 grudnia 1989 r. w sprawie C-3/88 Komisja przeciwko Włochom, Rec. str. I-4035, pkt 8). Trybunał wyraźnie wskazał, iż przepisy prawa unijnego sprzeciwiają się temu, aby instytucja zamawiająca zawarła w dokumentacji zamówienia (w tamtej sprawie na świadczenie usług zdrowotnych), po pierwsze, przesłankę dopuszczenia, która zobowiązuje przedsiębiorstwo oferenta do posiadania w chwili składania oferty biura dostępnego dla klientów w stolicy prowincji, w której mają być świadczone te usługi, i, po drugie, kryteria oceny ofert, które uwzględniają, poprzez przyznanie dodatkowych punktów, istnienie w chwili złożenia oferty zakładów produkcyjnych, usytuowanych w odległości mniejszej niż 1000 km od tej prowincji lub biur dostępnych dla klientów w innych miejscowościach tam określonych oraz które w przypadku otrzymania równej ilości punktów przez kilka ofert faworyzują przedsiębiorstwo, które wcześniej świadczyło daną usługę - czyli kryteria, które są stosowane w sposób dyskryminujący, nie są uzasadnione względami interesu publicznego, nie są odpowiednie dla zagwarantowania realizacji celu, któremu służą, lub wykraczają poza to, co jest konieczne dla jego osiągnięcia. Uznano, iż warunek posiadania lokalnego biura już w chwili składania oferty jest oczywiście nieproporcjonalny. W orzeczeniu w sprawie C-436/20 z 14.7.2022 r. TSUE wskazał, iż zasada równego traktowania wykonawców sprzeciwia się uregulowaniu krajowemu, zgodnie z którym w ramach udzielania zamówienia publicznego na usługi społeczne, lokalizacja wykonawcy w miejscowości, w której usługi mają być świadczone, stanowi kryterium wyboru wykonawców poprzedzające zbadanie ich ofert. Wskazano, iż nawet przy usługach społecznych, kryterium wymagające aby oferenci od chwili składania ofert mieli siedzibę na terytorium miejscowości, której dotyczą świadczone usługi społeczne, jest w oczywisty sposób nieproporcjonalne do realizacji takiego celu (zob. podobnie wyrok z dnia 27 października 2005 r., Contse i in., C-234/03, EU:C:2005:644, pkt 43).

Nawet bowiem przy założeniu, że posiadanie siedziby przez wykonawcę na terytorium miejscowości, w której ma on świadczyć dane usługi społeczne, jest niezbędne dla zapewnienia bliskości i dostępności tych usług, to cel taki mógłby w każdym wypadku zostać osiągnięty w równie skuteczny sposób poprzez zobowiązanie tego wykonawcy do spełnienia tego warunku dopiero na etapie realizacji danego zamówienia publicznego.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że Zamawiający nie formułując warunku udziału w postępowaniu w zakresie żądanym przez Odwołującego Polregio nie naruszył przepisów Pzp, a ponadto rozszerzył konkurencję na inne podmioty poza Odwołującego Polregio, a tym samym zarzut okazał się niezasadny.

Odnosząc się braku do zarzutu dotyczącego braku sformułowania w dokumentach SWZ warunków dotyczących konieczności przedstawienia odpowiednich pozwoleń wodnoprawnych oraz na wytwarzanie odpadów, po pierwsze wskazać należy, że niniejsze postępowanie jest postępowaniem na usługę publicznego kolejowego przewozu pasażerskiego. W konsekwencji Izba uznała, że postanowienie ww. warunków udziału w postępowaniu byłoby nieadekwatne do przedmiotu zamówienia oraz nieproporcjonalne. Ponadto Izba stwierdziła, że żądanie wprowadzenia wymogu posiadania odpowiednich pozwoleń nie ma żadnego uzasadnienia w powołanym przepisie dotyczącym tzw. funkcjonalnego opisu przedmiotu zamówienia, który ma odnosić się do funkcji lub wydajności przedmiotu zamówienia. W ocenie składu orzekającego, Odwołujący Polregio nie wykazał, a tym bardziej nie udowodnił, że wnioskowane przez niego pozwolenia powinny znaleźć się w warunkach zamówienia, w tym m.in. dla jakich instalacji i dla jakich podmiotów i w jakim momencie, należałoby te uprawnienia zgodnie z prawem pozyskać. Zgodzić należy się z Zamawiającym i Przystępującym, że realizacja wojewódzkich przewozów pasażerskich kolejowych stanowi kompleksowe przedsięwzięcie, wymagające uzyskania wielu dokumentów, zgód, czy decyzji. Jest to obowiązek Operatora, który kompleksowo usługi te będzie świadczył. Wyodrębnienie literalnie dwóch pozwoleń przez Odwołującego Polregio, nie tylko zaburza funkcjonalny charakter opisu przedmiotu, to w szczególności prowadzi znów do preferencji przewoźnika obecnie świadczącego usługi w Województwie Podlaskim, a tym samym do wyeliminowania konkurencji.

Mając powyższe na względzie zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie.

Na uwzględnienie nie zasługiwał również zarzut dotyczący ustalonych przez Zamawiającego kar umownych i ich waloryzacji. Na wstępie wskazać należy, że kary umowne, prócz kompensacyjnego charakteru, mogą pełnić inne funkcje. Stanowią narzędzie mobilizujące i dyscyplinujące stronę umowy do należytego jej wykonywania. Kara umowna, będąc dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzanym do umowy w ramach swobody kontraktowania, ma na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązań (vide: wyrok SN z dnia 8 sierpnia 2008 r., V CSK 85/08).

W ocenie Izby, Zamawiający ma prawo korzystać z ww. funkcji kar umownych, aby zagwarantować sobie, że wykonawca będzie wykonywał zamówienie publiczne w sposób oczekiwany, terminowy i zgodny z wymaganymi standardami. Tym samym Izba nie znalazła podstaw, aby uznać naruszenie art. 353¹ k.c., zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. W ocenie składu orzekającego Odwołujący Polregio nie wykazał, by postanowienia wzoru umowy sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku prawnego, wynikającego z umowy, jak również by sprzeciwiały się właściwości (naturze) instytucji kar umownych. Nie wykazał również, aby ww. postanowienia sprzeciwiały się ustawie czy zasadom współżycia społecznego. Również w ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, by przyjęte zasady naliczania kar umownych utrudniały bądź uniemożliwiały ubieganie się o zamówienie, bądź by powodowały utrudnienie uczciwej konkurencji, czy też prowadziły do naruszenia zasady proporcjonalności, a zarzuty w tym stanowią jedynie dążenie do korzystniejszego dla Odwołującego ukształtowania postanowień przyszłej umowy, nie zaś za wskazywanie działań Zamawiającego naruszających przepisy prawa. Podkreślić należy, że ukształtowane w niniejszym postępowaniu kary umowne dotyczą istotnych elementów świadczenia i zakładanego poziomu jakości, a w części dotyczącej informowania o zdarzeniach takich jak siła wyższa czy umożliwiania kontroli dokumentacji także doniosłych elementów pozwalających Zamawiającemu na bieżący nadzór nad realizacją umowy, która jak sam wskazywał wielokrotnie na rozprawie Odwołujący Polregio na skomplikowany charakter i istotne znaczenie społeczne. Skoro więc dotyczą jakości usług i bieżącej, sprawnej komunikacji z Zamawiającym to nie mogą mieć ze swojej istoty charakteru nadmiarowego. Ponadto Izba w składzie orzekającym uznała, że Odwołujący Polregio w żaden sposób nie wykazał, że kary umowne przewidziane przez Zamawiającego są rażąco wygórowane i nieuzasadnione, odnosząc się jedynie do ogólnych stwierdzeń. Odwołujący Polregio nie podjął nawet próby przeprowadzenia dowodu, że kary są na tyle wysokie, że prowadzą do naruszenia zasady proporcjonalności. Nie przedstawił jakiegokolwiek symulacji, potwierdzającej że podjęcie się realizacji zamówienia wiązałoby się dla wykonawcy z tak wysokim ryzykiem, że wyłącza ono ekonomiczną celowość ubiegania się o zamówienie, co w konsekwencji wyłącza lub niezasadnie ogranicza konkurencję w postępowaniu. Odnosząc się kolejno do zarzutu dotyczącego określenia górnego limitu kar, Izba uznała, że również powyższa kwestia nie została wykazana. Odwołujący Polregio wskazywał na możliwość kumulacji kar umownych, które mogą prowadzić do obejścia limitu kar umownych określonego na poziomie 10%, jednakże również ta okoliczność nie została wykazana. Co istotne Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wprost wskazał na stronie 10, że limit kar wynosi 10%.

Izba za niezasadny uznała również zarzut dotyczący waloryzacji. Odwołujący Polregio ograniczył się w tym zakresie jedynie do wskazania, że pomimo, iż kary umowne są zawyżone (pkt 46 odwołania), to podlegają jeszcze

waloryzacji oraz, że jest to waloryzacja automatyczna. Izba stwierdziła, że brak jest jakichkolwiek przepisów Pzp, które uniemożliwiałyby Zamawiającemu wprowadzenia takiego postanowienia do umowy, a więc nie sposób uznać, że postanowienie to jest niezgodne w Pzp.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego użycia w ust. 6, 8 lit. a, b, c wzoru umowy pojęć nieostrych, które mogą umożliwić Zamawiającemu dowolną interpretację skutkującą nałożeniem kar pieniężnych, to Izba uznała również ten zarzut za niezasadny. W ocenie składu pojęcia takie jak: „utrudnienia”, „należyty brak czystości”, „niesprawne lub nieczynne toalety” oraz „brak sprawnego ogrzewania lub sprawnej klimatyzacji” to pojęcia powszechnie używane w języku polskim, niewymagające wiedzy specjalnej jak należy je interpretować. Odwołujący Polregio nie wskazał, jak należałoby np. doprecyzować pojęcie „niesprawne lub nie działające toalety”. Dlatego też w ocenie Izby żądanie doprecyzowania ww. pojęć jest absurdalne i nie zasługujące na uwzględnienie.

Izba w składzie orzekającym za niezasadny uznała również zarzut dotyczący potrącenia rekompensaty.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 2 lit. g) rozporządzenia 1370/2007 "rekompensata z tytułu świadczenia usług publicznych" oznacza każdą korzyść, zwłaszcza finansową, przyznaną bezpośrednio lub pośrednio przez właściwy organ z funduszy publicznych w okresie realizacji zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych lub powiązaną z tym okresem. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ww. rozporządzenia w przypadku gdy właściwy organ podejmuje decyzję o przyznaniu wybranemu podmiotowi wyłącznego prawa lub rekompensaty, niezależnie od ich charakteru, w zamian za realizację zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych, następuje to w ramach umowy o świadczenie usług publicznych. Natomiast zgodnie z ust. 2 w drodze odstępstwa od ust. 1 zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych, które mają na celu określenie taryf maksymalnych dla wszystkich lub niektórych kategorii pasażerów, mogą także stanowić przedmiot zasad ogólnych. Zgodnie z zasadami określonymi w art. 4 i 6 oraz w załączniku właściwy organ rekompensuje podmiotom świadczącym usługi publiczne wynik finansowy netto, dodatni lub ujemny, uzyskany jako rezultat kosztów i przychodów, które powstały przy wypełnianiu zobowiązań taryfowych określonych na podstawie zasad ogólnych tak, by zapobiec nadmiernym rekompensatom. Następuje to niezależnie od prawa właściwych organów do włączenia zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych polegającego na określeniu maksymalnych taryf do umów o świadczenie usług publicznych. Kolejno wskazać należy, że zgodnie z art. 498 § 1 k.c. gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym. Zgodnie z § 2 ww. przepisu wskutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej. W myśl natomiast art. 505 k.c. przez potrącenie umorzone nie mogą być:

- wierzytelności nie ulegające zajęciu
- wskazane w przepisach dotyczących postępowania egzekucyjnego,
- wierzytelności o dostarczenie środków utrzymania – chodzi tu głównie o roszczenia o charakterze alimentacyjnym,
- wierzytelności wynikające z czynów niedozwolonych, czyli z tzw. deliktów (art. 415 i n. k.c.),
- wierzytelności, co do których potrącenie wyłączają przepisy szczególne – ograniczenia takie przewidziane zostały m.in. w Kodeksie pracy.

Wskazać należy, że Odwołujący Polregio wywodził niemożność potrącenia kar umownych z rekompensaty motywując to okolicznością, że rekompensata jako świadczenie regulowane w przepisach prawa unijnego nie może być jednocześnie zmienna umownie, tj. w reżimie prawa cywilnego, w związku z czym postanowienie ust. 6.4.4. Umowy jest niezgodne z charakterem i celem przyznania rekompensaty.

Izba nie zgodziła się z powyższym stanowiskiem Odwołującego Polregio. Podkreślić należy, na co zwracał kilkakrotnie na rozprawie Odwołujący Polregio, i co wynika z definicji rekompensaty zawartej w art. 2 lit. g) rozporządzenia 1370/2007 stanowi świadczenie o charakterze pieniężnym przyznanym w związku ze świadczeniem usługi publicznej, jest to więc rodzaj wynagrodzenia wykonawcy. W konsekwencji Izba uznała, że Odwołujący błędnie przyjmuje, że rekompensata stanowiąca wynagrodzenie wykonawcy, któremu udzielane jest zamówienie, podlega wyłączeniu z możliwości potrącenia. Taka okoliczność nie wynika bowiem z ww. przepisów prawa. Jeszcze raz wskazać należy, że potrącenie jest jednym ze sposobów dokonywania rozliczeń i jest ono dopuszczalne na gruncie Pzp, a tym samym brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisów Pzp przez Zamawiającego.

O kosztach w sprawie KIO 496/24 orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) oraz § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Natomiast w sprawie KIO 499/24w związku z tym, że Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie, a stosunek zarzutów zasadnych do niezasadnych wyniósł odpowiednio ½ do ½ to Izba kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego i Odwołującego w częściach równych.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3 600 zł oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł (łącznie 22 200 zł). Izba zniósła pomiędzy stronami koszty poniesione przez strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocników, a w konsekwencji powyższego zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7500 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:

.....

.....