

Sygn. akt KIO/UZP 1330/09

WYROK
z dnia 29 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Izabela Niedziałek-Bujak
Andrzej Niwicki

Protokolant: Wioleta Wasilewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tworzących konsorcjum firm: **PCC Rail Rybnik S.A., 44-251 Rybnik, ul. Kłokocińska 51 (lider konsorcjum)** i **PCC Rail INFRASTRUKTURA S.A., 44-251 Rybnik, ul. Kłokocińska 51 (członek konsorcjum)**, zmiana nazwy wspólników: **DB SCHENKER RAIL RYBNIK S.A. (lider konsorcjum)** i **DB INFRASTRUKTURA S.A. (członek konsorcjum)**, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy S.A., 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-18**, protestu z dnia 17 sierpnia 2009 r.,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tworzących konsorcjum firm: **PCC Rail Rybnik S.A., 44-251 Rybnik, ul. Kłokocińska 51 (lider konsorcjum)** i **PCC Rail INFRASTRUKTURA S.A., 44-251 Rybnik, ul. Kłokocińska 51 (członek konsorcjum)**, zmiana nazwy wspólników: **DB SCHENKER RAIL**

RYBNIK S.A. (lider konsorcjum) i DB INFRASTRUKTURA S.A. (członek konsorcjum) i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tworzących konsorcjum firm: PCC Rail Rybnik S.A., 44-251 Rybnik, ul. Kłokocińska 51 (lider konsorcjum) i PCC Rail INFRASTRUKTURA S.A., 44-251 Rybnik, ul. Kłokocińska 51 (członek konsorcjum), zmiana nazwy spółników: DB SCHENKER RAIL RYBNIK S.A. (lider konsorcjum) i DB INFRASTRUKTURA S.A. (członek konsorcjum),
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tworzących konsorcjum firm: PCC Rail Rybnik S.A., 44-251 Rybnik, ul. Kłokocińska 51 (lider konsorcjum) i PCC Rail INFRASTRUKTURA S.A., 44-251 Rybnik, ul. Kłokocińska 51 (członek konsorcjum), zmiana nazwy spółników: DB SCHENKER RAIL RYBNIK S.A. (lider konsorcjum) i DB INFRASTRUKTURA S.A. (członek konsorcjum) na rzecz Katowicki Holding Węglowy S.A., 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-18, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tworzących konsorcjum firm: PCC Rail Rybnik S.A., 44-251 Rybnik, ul. Kłokocińska 51 (lider konsorcjum) i PCC Rail INFRASTRUKTURA S.A., 44-251 Rybnik, ul. Kłokocińska 51 (członek konsorcjum), zmiana nazwy spółników: DB SCHENKER RAIL RYBNIK S.A. (lider konsorcjum) i DB INFRASTRUKTURA S.A. (członek konsorcjum).

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, sektorowego na usługę, o wartości zamówienia większej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.), wynoszącej 30 100 000 zł, co stanowi równowartość 7 763 534 60 euro, ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17.03.2009 r. nr 2009/S 52-075498. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego. Przedmiot zamówienia określono jako „Świadczenie usług w zakresie przewozu masy towarowej oraz pełnej obsługi infrastruktury bocznic kolejowych dla KHW S.A. KWK „Murcki” z wykorzystaniem składników majątkowych Zamawiającego” - nr sprawy ZP/457/2008. Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tworzący konsorcjum firm: PCC Rail Rybnik S.A. z siedzibą w Rybniku (lider konsorcjum) i PCC Rail INFRASTRUKTURA S.A. z siedzibą w Rybniku (członek konsorcjum), po otrzymaniu zawiadomienia w dniu 7 sierpnia 2009 r. (pismo z dnia 6 sierpnia 2009 r.) o wyborze najkorzystniejszej oferty i punktacji ofert pozostałych wykonawców, wniósł protest pismem z dnia 17 sierpnia 2009 r. i wobec oddalenia protestu przez zamawiającego - Katowicki Holding Węglowy S.A. z siedzibą w Katowicach pismem z dnia 26 sierpnia 2009 r., wniósł odwołanie pismem z dnia 3 września 2009 r., złożonym w placówce pocztowej operatora publicznego – Warszawa 10, w dniu 4 września 2009 r.

W proteście i odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie wskazanych poniżej przepisów ustawy Pzp przez zaniechanie i dokonanie następujących czynności:

- 1) zaniechanie zwrócenia się do konsorcjum PKP Cargo S.A., PKP Linia Hutnicza Szerokotorowa Sp. z o.o., PNIUK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, celem ustalenia czy oferta konsorcjum zawiera rażąco niską cenę, w związku z tym, że wartość zamówienia oraz ceny ofert złożonych przez innych wykonawców, znacznie odbiegają od ceny wskazanej w ofercie konsorcjum, co wskazuje, w ocenie odwołującego, na rażąco niską cenę, a więc naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,
- 2) zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ponieważ oferta konsorcjum zawiera cenę, która w ocenie odwołującego, kształtuje się poniżej kosztów świadczenia usług, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w postaci ograniczania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, a zatem oferta

konsorcjum, zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, powinna zostać odrzucona,

- 3) wybór oferty konsorcjum, jako najkorzystniejszej niezgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na okoliczność, że ofertą najkorzystniejszą, nie podlegającą odrzuceniu i zgodną z przepisami ustawy Pzp i siwz, jest oferta odwołującego,
- 4) naruszenie, wynikającej z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący żądał i wniósł w odwołaniu o:

- 1) unieważnienie przez zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) dokonanie czynności wezwania konsorcjum do wyjaśnień, czy oferta zawiera rażąco niską cenę,
- 3) odrzucenie oferty konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp,
- 4) dokonanie ponownej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Ponadto odwołujący wniósł o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Wskazał, że jego interes prawny jest bezsporny. W wyniku niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, odwołujący może zostać pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, mimo iż jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą, biorąc pod uwagę kryteria określone w siwz.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał.

1. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Jak podniósł zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, orzecznictwo nie ukształtowało jednolitego progu dotyczącego różnicy w cenach ofert, który to próg przemawiałaby za koniecznością wszczęcia procedury wyjaśniającej opisanej w art. 90 ustawy Pzp. Jednak już w orzeczeniu z dnia 23 grudnia 2008 r. KIO uznała za trafne poglądy wskazywane w doktrynie (vide: G. Wicik, P. Wiśniewski w - Prawo zamówień publicznych. Komentarz. C.H. Beck, Warszawa 2007), wskazując „Na aprobatę zasługuje stanowisko, że odwołując się do doświadczeń państw Unii Europejskiej istnieje obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej elementów cenowych oferty, gdy cena oferty odbiega o 10 % od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20 % od wartości szacunkowej zamówienia”.

Jak wykazał odwołujący już w proteście, cena zaproponowana przez konsorcjum: PKP Cargo S.A., PKP Linia Hutnicza Szerokotorowa Sp. z o.o., PNIUK Sp. z o.o., jest niższa od ceny odwołującego o 25%, a od ceny oferty konsorcjum CTL Maczki-Bór Sp. z o.o. i CTL Train Sp. z o.o., o 28,63%.

Zamawiający podał, jako kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, kwotę 30 100 000,00 zł netto, a zatem wartość zamówienia brutto wynosi 36 722 000,00 zł. Cena wskazana przez konsorcjum jest mniejsza o 17,25% od wartości wskazanej przez zamawiającego.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu wskazywał, że stawki za przedmiotowe usługi przewozu masy towarowej w 2008 r. ukształtowały się na poziomie 1,23 - 2,25 zł/tonę i w związku z tym stawka zaproponowana przez konsorcjum tj. 2,48 zł/tonę, jest stawką realną, nie odbiegającą od cen rynkowych.

Odwołujący podniósł, że wykonawcy kalkulując cenę oferty są zobowiązani wziąć pod uwagę wszelkie okoliczności związane z wykonywaniem usługi. Na ukształtowanie oferowanej ceny ma niewątpliwie wpływ czas realizacji zamówienia oraz masa określona do przewozów. Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu wskazał jedynie stawki za analogiczne, jak w postępowaniu, usługi. Zamawiający nie wskazał jednak, czy zakres usług oraz termin realizacji usług, o których wspomina w rozstrzygnięciu protestu, a które to okoliczności bierze się pod uwagę w przypadku kalkulowania ceny oferty za usługi danego typu, są zbliżone do zakresu i terminu realizacji usług przewidzianych w tym postępowaniu.

Zatem, w ocenie odwołującego podane wartości, w kontekście konieczności podjęcia procedury określonej w art. 90 ustawy Pzp, nie powinny być brane pod uwagę.

Ponadto wskazał, że również od wielu lat działa na rynku przewozowym, posiada znaczne doświadczenie i wiedzę na temat tej dziedziny działalności gospodarczej i w jego ocenie, oferta konsorcjum jest ofertą sporządzoną w oderwaniu od sytuacji panującej na rynku, na co zresztą wskazuje dokonana przez odwołującego analiza ofert wykonawców składających oferty w postępowaniu, a co za tym idzie rażąca dysproporcja pomiędzy ceną zaoferowaną przez konsorcjum, a cenami zaoferowanymi przez pozostałych wykonawców.

Podniósł, że w poprzednich latach zamawiający zlecał do przewozu masę towarową, stanowiącą średnio 72 % masy maksymalnej towaru do przewozu wskazanej w umowach.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie określił gwarantowanej masy towarów do przewozu, wskazując jedynie maksymalną masę towaru, którą może zlecić do przewozu. Dotychczasowe doświadczenie w relacjach z zamawiającym wskazuje jednak, że jedynie średnio 72 % masy towarowej wskazanej przez zamawiającego, jest zlecana do przewozu. Mając na względzie zaproponowane przez konsorcjum stawki za realizację zamówienia, informacje zawarte w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku

wniesienia protestu, z dnia 25 sierpnia 2009 r. oraz wskazane okoliczności, odwołujący przeprowadził symulację stawki w oparciu o dane PKP CARGO S.A. (konsorcjum) i masę rzeczywiście zleconą odwołującemu do przewozu w latach 2007-2009.

Symulacja przedstawiała poziom pokrycia kosztów PKP Cargo S.A. (konsorcjum) przy założeniu podanych przez wykonawcę kosztów bezpośrednich w wysokości 2,17 zł/tonę oraz zysku 0,31 zł/tonę, przy założeniu masy wynikającej z doświadczeń odwołującego, a nie deklarowanej w siwz.

Z przedstawionej symulacji wynika, że podana przez PKP Cargo S.A. cena, wskutek podania przez zamawiającego zawyżonych danych odnośnie wielkości masy w siwz, została skalkulowana na poziomie nie pokrywającym kosztów. Tak więc zachodzi uzasadnione podejrzenie, że cena ta, narażając PKP Cargo S.A. na stratę, jest ceną rażąco niską w stosunku do ceny, jaka kalkulowana jest w oparciu o rzeczywiste wielkości masy.

Odnosząc się z kolei do deklaracji zamawiającego, że posiada oświadczenia oraz informacje, które świadczą o tym, że cena zaproponowana przez konsorcjum jest ceną realną, w ocenie odwołującego, niejasne jest z jakich źródeł zamawiający uzyskał takie informacje i oświadczenia, skoro nie przeprowadził postępowania, o którym mowa w art. 90 ustawy Pzp.

Uzyskanie przez zamawiającego przedmiotowych oświadczeń i informacji stwarza domniemanie, że zamawiający mógł powziąć wątpliwości co do tego, czy cena zawarta w ofercie konsorcjum nie jest ceną rażąco niską.

Jeżeli zatem, biorąc pod uwagę zaistniałe okoliczności, a mianowicie znaczną dysproporcję w cenach wskazanych w ofercie konsorcjum oraz w ofertach innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu oraz możliwe wątpliwości, w ocenie odwołującego, cena zaproponowana przez konsorcjum jest ceną nierealną. Zamawiający biorąc pod uwagę znaczną rozbieżność pomiędzy ceną zaproponowaną w ofercie konsorcjum oraz cenami z ofert pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu, powinien był wszcząć procedurę, wskazaną w art. 90 ustawy Pzp i wyjaśnić, czy cena zaproponowana przez konsorcjum jest ceną rażąco niską, czy nie.

Zaniechanie tej czynności powoduje naruszenie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

2. W myśl art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Cena wskazana w ofercie konsorcjum znacząco odbiega od cen przyjętych na rynku, na co w szczególności wskazują znaczne różnice w cenach zaoferowanych przez wykonawców.

W ocenie odwołującego, skalkulowanie przez konsorcjum ceny wskazuje na okoliczność, że konsorcjum będzie realizowało zamówienie poniżej kosztów świadczenia usług.

Takie skalkulowanie ceny stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Na potwierdzenie powyższego odwołujący podał, że liczne artykuły prasowe informowały o zarzutach kierowanych przeciwko PKP Cargo S.A., w przedmiocie dumpingu i ubiegania się o znaczące wsparcie i dotacje budżetowe, co powoduje, iż w rzeczywistości konsorcjum utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku. Poprzez złożenie przez konsorcjum oferty zawierającej tak niską cenę, cenę nierealną, biorąc pod uwagę sytuację panującą na rynku przewozów kolejowych, również w bieżącym postępowaniu, doszło do naruszenia przez konsorcjum przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Niewątpliwie konsorcjum przez złożenie oferty z ceną rażąco niską, a zatem zaproponowanie świadczenia usług poniżej kosztów, zmierza do utrudnienia, a właściwie do wyeliminowania w sposób niezgodny z przepisami prawa innych wykonawców w uzyskaniu zamówienia.

Zamawiający zupełnie pominął fakt wystąpienia pomiędzy ofertą konsorcjum i ofertami pozostałych wykonawców, rażącej dysproporcji w cenie, a także znaczną różnicę pomiędzy ceną zaproponowaną w ofercie konsorcjum, a wartością przedmiotu zamówienia.

Z analizy sytuacji rynku przewozów kolejowych oraz dysproporcji w cenach ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu, świadczących usługi przewozowe od wielu lat, posiadających odpowiednie przygotowanie i potencjał techniczny, jednoznacznie wynika, że konsorcjum zamierza świadczyć usługi będące przedmiotem zamówienia poniżej kosztów.

Konsorcjum w ten sposób utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, a tym samym eliminuje z rynku innych przedsiębiorców (art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

Zamawiający powinien odrzucić ofertę konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie prowadzi do naruszenia wskazanego przepisu ustawy Pzp.

3. Przepis art. 91 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w siwz.

W postępowaniu zaistniały przesłanki do odrzucenia oferty konsorcjum, a zatem wśród ofert nie podlegających odrzuceniu, za ofertę najkorzystniejszą należy uznać ofertę odwołującego. Przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum, zamawiający naruszył przepis art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

4. Postanowienia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązują zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (ust. 3).

Zamawiający zaniechał czynności, do której obliguje go przepis art. 90 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, uznając za najkorzystniejszą ofertę, która powinna zostać odrzucona.

Z uwagi na wskazane zarzuty i naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego, nie ulega wątpliwości, że wniesienie odwołania jest konieczne i zasadne.

Zamawiający oddalając protest podał.

Po przeanalizowaniu dokumentacji postępowania, w szczególności złożonych w tym postępowaniu ofert, nie znalazł podstaw do uwzględnienia zarzutów podniesionych w proteście, sprowadzających się do zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę - Konsorcjum firm: PKP Cargo SA., PKP Linia Hutnicza Szerokotorowa Sp. z o.o., PNIUK Sp. z o.o. - z powodu zaoferowania realizacji przedmiotu zamówienia po cenie rażąco niskiej, jak również z uwagi na fakt; iż tak skalkulowana oferta stanowi czyn uczciwej konkurencji.

W pierwszej kolejności wskazał, iż obowiązek uruchomienia procedury opisanej w art. 90 Pzp materializuje się w sytuacji, kiedy zamawiający poweźmie podejrzenia, iż złożona oferta zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający nie ma obowiązku wszczynania procedury wyjaśniającej w każdym przypadku, gdy złożone w postępowaniu oferty różnią się między sobą ceną, jeśli najniższa zaproponowana cena - mając na uwadze rozeznanie i doświadczenie zamawiającego, nie wskazuje na realizację zamówienia poniżej kosztów świadczenia usługi.

Po drugie, jak słusznie wskazał protestujący, w żadnym przepisie prawa, czy to krajowego, czy wspólnotowego, nie została zdefiniowana cena rażąco niska. Tym samym, każdy przypadek należy rozpatrywać indywidualnie. Nie zawsze różnica w cenach ofert na poziomie 10% czy 20% będzie wskazywała na konieczność wszczęcia procedury wyjaśniającej, wszystko bowiem zależy od przedmiotu zamówienia i elementów cenotwórczych oferty.

Odnosząc powyższe uwagi do stanu faktycznego podał, iż cena świadczenia usługi zaproponowana przez konsorcjum firm: PKP Cargo SA, PKP Linia Hutnicza Szerokotorowa Sp. z o.o., PNIUK Sp. z o.o. (konsorcjum PKP Cargo), nie pozostaje w rażącej dysproporcji w stosunku do ceny usługi stanowiącej przedmiot zamówienia, według której tożsama usługa świadczona jest obecnie na rzecz zamawiającego. Zamawiający dokonując ustalenia wartości zamówienia, odniósł się do stawek obowiązujących z tytułu świadczenia

przedmiotowej usługi w poprzednich latach, z których wynika, iż stawka w latach 2002-2004 kształtowała się na poziomie 1,07-1,76 zł, w 2005 r. 1,20 -1,77 zł, w latach 2006 - 2007 na poziomie 1,23 -1,78 zł, by w ubiegłym roku ostatecznie ukształtowała się na poziomie 1,23 – 2,55 zł/tonę. Porównując stawki obowiązujące w ubiegłych latach do stawki zaoferowanej przez zwycięskie konsorcjum, podał że, nie sposób uznać, iż stawka na poziomie 2,48 zł/tonę jest stawką nierealną z punktu widzenia realizacji zamówienia. Przeciwno takiemu twierdzeniu przemawiają również informacje i oświadczenia, w posiadaniu których jest zamawiający.

Zamawiający wskazał, iż wśród elementów wpływających na wysokość stawki z tytułu świadczonej usługi znajdują się takie, które są wspólne dla wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie im zamówienia (np. czynsz z tytułu dzierżawy składników majątkowych), oraz takie, które każdy z tych wykonawców kalkuluje samodzielnie, na poziomie gwarantującym im zwrot ponoszonych kosztów oraz planowy zysk.

Jednocześnie zamawiający wskazał, iż czym innym jest kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a czym innym szacunkowa wartość zamówienia. Wartość szacunkowa zamówienia, to ustalone z należytą starannością szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku VAT, natomiast kwota, jaką zamawiający ma zamiar przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jest informacją na temat środków finansowych, jakimi zamawiający dysponuje i które skłonny jest przeznaczyć na wynagrodzenie wykonawcy usług.

Ustalona wartość szacunkowa zamówienia determinuje sposób prowadzenia postępowania, nie zaś wysokość posiadanych środków finansowych. Tym samym brak jest podstaw, by do kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, odnosić cenę oferty wybranego wykonawcy i na tej podstawie wyprowadzać tezę o rażąco niskiej cenie, bowiem kwoty te nie pozostają ze sobą w żadnym powiązaniu.

Ponadto, zamawiający wskazał, że orzecznictwo ZA nie ukształtowało jednolitego progu dotyczącego różnicy w cenach ofert, który bezsprzecznie przemawiałby za koniecznością wszczęcia procedury wyjaśniającej opisanej w art. 90 Pzp, a tym samym pozwalał domniemywać cenę rażąco niską. W wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 25 stycznia 2005r., orzeczono, że gdy różnica między ofertami wynosi 40%, to dopiero zamawiający zobowiązany jest zwrócić się o wyjaśnienia. W innym z kolei wyroku, różnica ta została obniżona do poziomu 30% (wyrok z 21 stycznia 2008 r.), a w jeszcze innym do poziomu 25 - 30% (wyrok z dnia 13 kwietnia 2008 r.). Powyższe świadczy o tym, że każdorazowo zamawiający badając okoliczności faktyczne danej sprawy, podejmuje decyzję czy zauważone różnice w cenach ofert, jak również wobec jego rozeznania rynkowego, uzasadniają podjęcie działań opisanych w art. 90 Pzp.

W przedmiotowej sprawie okoliczności nie przemawiają za koniecznością zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienia.

Zamawiający podał, że nie dotarły do niego żadne wiarygodne informacje w przedmiocie stosowania niedozwolonych praktyk rynkowych przez jeden z podmiotów tworzących zwycięskie konsorcjum i daleki jest od przywiązywania nadmiernej wagi do niepotwierdzonych doniesień prasowych, w szczególności do traktowania ich jako uzasadnienia dla podejmowanych przez siebie działań. Z posiadanych informacji wynika, iż cena zaoferowana przez konsorcjum firm PKP Cargo SA, PKP Linia Hutnicza Szerokotorowa Sp. z o.o., PNIUK Sp. z o.o., jest ceną gwarantującą, nie tylko należyte wykonanie zamówienia, ale również zysk. Ponadto, zamawiający wskazał, iż protestujący nie udowodnił, iż wykonawca - konsorcjum PKP Cargo złożyło ofertę z rażąco niską ceną. Jako uzasadnienie swoich twierdzeń wskazał jedynie na ceny pozostałych ofert. Powyższe, w ocenie zamawiającego, nie wypełnia ciężącego na wykonawcy wnoszącym protest - zgodnie z art. 6 Kc - obowiązku wykazania złożenia oferty z rażąco niską ceną.

Zamawiający nie przychylił się do stanowiska protestującego, iż złożenie oferty przez konsorcjum PKP Cargo, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Podtrzymał argumentację przedstawioną w zakresie rażąco niskiej ceny, jak również mając na uwadze, iż protestujący świadczył tożsame usługi w 2008 r., dla kopalni „Staszic” na poziomie 1,79 zł/tonę, dla kopalni „Wujek” na poziomie 2,55 zł/tonę, stwierdził, że trudno podzielić zdanie, iż oferta złożona na poziomie 2,48 zł/tonę, stanowi utrudnienie protestującemu w dostępie do rynku. Ponadto, wskazał, iż istotą postępowania o zamówienie publiczne jest konkurowanie wykonawców i składanie przez nich ofert z zamiarem uzyskania zamówienia.

Dlatego też, złożenie oferty z niższą stawką za przewóz masy towarowej w porównaniu do pozostałych ofert, a nie jest wystarczającym dowodem na to, że jej złożenie stanowi utrudnianie dostępu do rynku innym wykonawcom i że ceny zostały podane poniżej kosztów świadczenia usługi.

Protestujący nie wskazał żadnych dowodów na poparcie stawianych tez.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść wybranej oferty oraz wyjaśnienia stron postępowania złożone na rozprawie, zważyła, co następuje.

Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wnosząc protest i odwołanie, gdyż oferta odwołującego zawiera drugą w kolejności cenę i w

razie wyeliminowania z postępowania oferty, która została wybrana jako najkorzystniejsza, odwołujący miałby potencjalną możliwość uzyskania zamówienia z uwagi na jedyne kryterium oceny ofert, cena o znaczeniu 100%.

Jednakże odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający nie udowodnił na rozprawie podnoszonych w odwołaniu zarzutów. Nie wykazał w szczególności, że zamawiający bezprawnie nie podjął czynności wyjaśniających, określonych u art. 90 ust. 1 Pzp, uznając, że cena wybranej oferty nie jest rażąco niską ceną oraz, że naruszył przepis art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz.1503, z późn. zm.), nie odrzucając oferty, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, jako oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów podanej ustawy.

Zawarte o odwołaniu i poparte na rozprawie twierdzenia, odwołujący uzasadniał dokonany przez siebie obliczeniem, zawartym na str. 5 i 6 odwołania, jako symulacja kosztów, którą szczegółowo przedstawił na rozprawie. Według odwołującego, stawka podana przez wybrane konsorcjum (w wysokości kosztów bezpośrednich 2,17 zł/tonę) i masa towarowa faktycznie zlecona odwołującemu do przewozu w latach ubiegłych, który świadczył tę usługę na rzecz zamawiającego, wskazuje, że cena została skalkulowana na poziomie nie pokrywającym kosztów, co stwarza uzasadnione podejrzenie, że cena, narażając konsorcjum PKP Cargo S.A. na stratę, jest ceną rażąco niską w stosunku do ceny, jaka kalkulowana jest w oparciu o rzeczywiste wielkości masy, tj. wynikające z postanowień siwz.

W ocenie KIO, nie można przyjąć przedstawionego stanowiska za uzasadnione, ponieważ cena oferty powinna być obliczana zgodnie z wymogami siwz, przy założeniu wskazanych wielkości przewozów masy towarowej, tj. 279 000 ton miesięcznie i przy uwzględnieniu 36 miesięcy realizacji umowy. Tymczasem odwołujący zakłada z góry, na przykładzie ostatnich lat, kiedy świadczył taką usługę na rzecz zamawiającego, że faktyczny przewóz masy towarowej może wynosić na poziomie ok. 72% zakładanej w siwz wielkości. Obliczenie ceny oferty w podany sposób byłoby niezgodne z postanowieniami siwz i bezpodstawnie zawyżyłoby tę cenę.

Zamawiający opisał w siwz w rozdziale I, w pkt 10, sposób obliczenia ceny oferty. Według opisu, w ofercie należało podać:

- cenę jednostkową netto za przewóz jednej tony masy towarowej,
- wartość oferty (cena za przedmiot zamówienia).

Cena oferty netto za przedmiot zamówienia powinna zostać obliczona jako wynik mnożenia ceny jednostkowej netto, ilości przewożonej masy towarowej w miesiącu (przy zakładanej ilości 279 000 ton miesięcznie), okresu wykonywania zamówienia (36 miesięcy).

W części oznaczonej jako ppkt 5 punktu 10, zamawiający zamieścił opis zmiany umowy w zakresie ceny jednostkowej, ceny łącznej netto i brutto oraz określił warunki takiej zmiany, podając zasady indeksacji cen.

W wybranej ofercie wykonawca podał wartość netto za przewóz 1 tony masy towarowej 2,48 zł/t, 24 909 120 zł wartość netto oferty i 30 389 126, 40 zł wartość brutto oferty.

Pozostali dwaj wykonawcy podali – odwołujący – wartość netto za przewóz 1 tony masy towarowej 3,10 zł/t, wartość netto oferty 31 136 400 zł, wartość brutto oferty 37 986 408 zł. Następny wykonawca - konsorcjum firm: CTL Maczki – Bór Sp. z o.o., CTN Train Sp. z o.o. – wartość netto za przewóz 1 tony masy towarowej 3,19 zł/t, wartość netto oferty 32 040 360 zł, wartość brutto oferty 39 089 239,20 zł.

Wskazanie cen jednostkowych za przewóz 1 tony masy towarowej wynosiło:

2,48 zł/t oferta wybrana,

3,10 zł/t oferta odwołującego,

3,19 zł/t oferta trzeciego wykonawcy.

Przepis art. 90 ust. 1 i 2 Pzp określa procedurę, jaką zamawiający ma obowiązek przeprowadzić w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W rozpoznanej sprawie zamawiający nie zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, gdyż uznał, że nie ma podstaw do przyjęcia, że cena jest rażąco niska. Ocena zamawiającego wynika z rozeznania rynku w zakresie cen za przewozy, w okresie od 2002 r. do połowy 2009 r. Ceny te kształtowały się na poziomie od najniższej 1,07 zł do najwyższej 2, 55 zł. za tonę. Wybrany wykonawca świadczy aktualnie przedmiotową usługę na rzecz zamawiającego za cenę 2,48 zł/t. Odwołujący za tożsame usługi ustalał stawki w wysokości 1,79 zł i 2,55 zł. Obecnie przedstawił w ofercie cenę 3,10 zł/t i wyjaśnił na rozprawie, że cena ta została ustalona z uwzględnieniem ryzyka wynikającego z faktu, że w ubiegłych latach odwołujący świadczył usługę na rzecz zamawiającego, który zlecał faktycznie do przewozu ok. 72% ilości masy towarowej określonej w umowie.

Na podstawie wskazanej symulacji kosztów odwołujący stwierdził, że wybrany wykonawca nie osiągnie zysku, a także uznał, że ta sama symulacja wskazuje, że poniesie straty, podał jednak, że przy założeniu, że zamawiający nie zleci przewozu przewidzianej w siwz masy towarowej w miesiącu, w ilości 279 000 ton. Odwołujący nie przedstawił żadnego innego

dowodu na potwierdzenie wniosków wynikających z symulacji. W sposób jednoznaczny potwierdził, że wskazana sytuacja wystąpi tylko wówczas, gdy przewóz masy będzie utrzymał się na poziomie ok. 72% maksymalnej wielkości, wynikającej z siwz.

Zamawiający przyznał, że zaniżony przewóz w ubiegłych latach wynikał z tzw. siły wyższej, spowodowany był m.in. wypadkami. Stwierdził, że w celu utrzymania ceny na realnym poziomie określił w siwz możliwość zmiany ceny, podając zasady jej indeksacji. Do kwestii tej odwołujący nie odniósł się.

W ocenie KIO, przedstawiona relacja cenowa wynikająca ze złożonych ofert, jest wyrazem konkurencji wykonawców na rynku przewozowym. Nie wynika z powyższego, że cena wybranej oferty jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, czy ceną nierealną stosowaną poniżej kosztów świadczenia usługi, ustaloną w celu eliminacji innych przedsiębiorców, a w szczególności odwołującego.

KIO oddalając odwołanie wobec nie potwierdzenia zarzutów, zgodnie z art. 6 k.c., uwzględniła przepisy art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz orzecznictwo arbitrażowe i sądowe, w szczególności wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 4 czerwca 2008 r. sygn. akt X Ga 127/08, w którym Sąd podał, że „(...) kwestia rażąco niskiej ceny podlegająca rozstrzygnięciu w oparciu o kryteria wskazane w art. 90 ust. 1 Pzp znalazła uregulowanie ustawowe w powołanym przepisie. Właściwie to zamawiający na etapie wstępnego badania ofert ocenia, czy w jego przekonaniu cena przedstawiona w ofercie nie nosi takiego charakteru. W czasie takiego wstępnego badania, w którym pod uwagę należy brać całkowitą cenę za przedmiot zamówienia, a nie poszczególne pozycje, czy składniki ceny zamawiający, który nabierze podejrzeń, czy przypuszczeń co do zbyt niskiej ceny proponowanej przez wykonawcę ceny wszczyna procedurę wyjaśnienia. Tak więc już od samego początku oceny proponowanych w ofertach cen widocznym jest, że pojęcie rażąco niskiej ceny jest pojęciem subiektywnym, zależnym od indywidualnej oceny zamawiającego. Zgodzić należy się również ze stanowiskiem zamawiającego, że przypisać charakter ceny rażąco niskiej można cenie, która jest niewiarygodna i nierealna w stosunku do obowiązujących cen rynkowych”.

Z wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 kwietnia 2003 r. sygn. akt V Ca 522/03, wynika "Dla oceny, czy oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, należy mieć na uwadze wszystkie jej elementy łącznie, a nie rozpoznawać te kryteria w sposób od siebie niezależny”.

Z interpretacji przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1, poz. 240) wynika, że „Jeżeli działania podejmowane przez przedsiębiorcę nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i

przy pomocy środków nie znajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji”.

Mając na uwadze, że zarzut rażąco niskiej ceny i świadczenia usługi poniżej jej kosztów, odwołujący oparł wyłącznie na założeniu, że zamawiający nie zleci w okresie realizacji umowy (36 m-cy) pełnego (maksymalnego) zakładanego w siwz przewozu masy towarowej w ilości 279 000 ton miesięcznie, a nie na wykazaniu elementów dotyczących wybranej oferty, o których stanowi art. 90 ust. 2 Pzp, w przedmiocie ewentualnej nierealności ceny wybranej oferty, KIO oddaliła odwołanie, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp, uznając, że zamawiający nie naruszył przepisów prawnych wskazanych w odwołaniu - art. 90 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 15 ust.1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 stosownie do wyniku w sprawie, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego wysokości 3600 zł., na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886, z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....