

Sygn. akt: KIO/UZP 193/10

KIO/UZP 214/10

WYROK
z dnia 25 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Katarzyna Brzeska

Agnieszka Bartczak - Żuraw

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 marca 2010 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **8 marca 2010 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

- A. Sygn. akt KIO/UZP 193/10 - konsorcjum firm: CTL Maczki-Bór Sp. z o.o. (lider konsorcjum), CTL Train Sp. z o.o., CTL MB Service Sp. z o.o. z siedzibą lidera ul. Długa 90, 41-208 Sosnowiec,**
- B. Sygn. akt KIO/UZP 214/10 - konsorcjum firm: Nadwiślański Zakład Transportu Kolejowego Sp. z o.o. ul. Przemysłowa nr 6, 43 - 225 Wola, M'Soft Sp. z o.o., ul. Gliwicka 7/7 40 - 079 Katowice, reprezentowany przez pełnomocnika p. Andrzeja Romanowskiego ul. Przemysłowa nr 6, 43 - 225 Wola,**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompanię Węglową S.A. ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** protestów:

- A. konsorcjum firm: CTL Maczki-Bór Sp. z o.o., CTL Train Sp. z o.o., CTL MB Service Sp. z o.o. z siedzibą lidera ul. Długa 90, 41-208 Sosnowiec, z dnia 14 stycznia 2010 r.**

B. konsorcjum firm: Nadwiślański Zakład Transportu Kolejowego Sp. z o.o. ul. Przemysłowa nr 6, 43 - 225 Wola, M'Soft Sp. z o.o. ul. Gliwicka 7/7 40 - 079 Katowice, z dnia 14 stycznia 2010 r.

przy udziale wykonawcy konsorcjum o nazwie „SERVICE -CARGO -LHS -PNUIK dla Piast” w składzie: PKP CARGO SERVICE Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 125/127, 02-017 Warszawa, PKP CARGO S.A. ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa, PKP Linia Hutnicza Szerokotorowa Sp. z o.o. ul. Szczepieszka 11, 22-400 Zamość, Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Sp. z o.o. ul. Prokocimska 4, 30-556 Kraków, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygnaturach akt: KIO/UZP 193/10 oraz KIO/UZP 214/10 - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie wniesione w sprawie Sygn. akt KIO/UZP 193/10 – przez konsorcjum firm: CTL Maczki-Bór Sp. z o.o., CTL Train Sp. z o.o., CTL MB Service Sp. z o.o. z siedzibą lidera ul. Długa 90 41-208 Sosnowiec,

2. Oddala odwołanie wniesione w sprawie Sygn. akt KIO/UZP 214/10) przez konsorcjum firm: Nadwiślański Zakład Transportu Kolejowego Sp. z o.o. ul. Przemysłowa nr 6, 43 - 225 Wola, M'Soft Sp. z o.o. ul. Gliwicka 7/7 40 - 079 Katowice,

3. Kosztami postępowania obciąża:

A. konsorcjum firm: CTL Maczki-Bór Sp. z o.o., CTL Train Sp. z o.o., CTL MB Service Sp. z o.o. z siedzibą lidera ul. Długa 90, 1-208 Sosnowiec,

B. konsorcjum firm: Nadwiślański Zakład Transportu Kolejowego Sp. z o.o. ul. Przemysłowa nr 6, 43 - 225 Wola, M'Soft Sp. z o.o. ul. Gliwicka 7/7 40 - 079 Katowice, i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:

- A. koszty w wysokości **2 222 zł 00 gr** (słownie: **dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy**) z kwoty wpisu uiszczonego przez: **konsorcjum firm: CTL Maczki-Bór Sp. z o.o., CTL Train Sp. z o.o., CTL MB Service Sp. z o.o. z siedzibą lidera ul. Długa 90, 1-208 Sosnowiec,**
- B. koszty w wysokości **2 222 zł 00 gr** (słownie: **dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy**) z kwoty wpisu uiszczonego przez: **konsorcjum firm: Nadwiślański Zakład Transportu Kolejowego Sp. z o.o. ul. Przemysłowa nr 6, 43 - 225 Wola, M'Soft Sp. z o.o. ul. Gliwicka 7/7 40 - 079 Katowice,**

2) dokonać wpłaty kwoty **XXX zł 00 gr** (słownie: **XXX**) przez **XXX**, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu **XXX**,

3) dokonać zwrotu kwoty **25 556 zł 00 gr**. (słownie: **dwadzieścia pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy**) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:

- A. kwoty **12 778 zł 00 gr** (słownie: **dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy**) na rzecz konsorcjum firm: **CTL Maczki-Bór Sp. z o.o., CTL Train Sp. z o.o., CTL MB Service Sp. z o.o. z siedzibą lidera ul. Długa 90, 1-208 Sosnowiec,**
- B. kwoty **12 778 zł 00 gr** (słownie: **dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy**) na rzecz konsorcjum firm: **Nadwiślański Zakład Transportu Kolejowego Sp. z o.o. ul. Przemysłowa nr 6, 43 - 225 Wola, M'Soft Sp. z o.o. ul. Gliwicka 7/7, 40 - 079 Katowice.**

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na obsługę bocznic kolejowych KW S.A. oddział KWK "Piast Ruch I w Bieruniu i Ruch II w Woli w okresie 36 miesięcy, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (Dz. Urz. UE Nr 2009/S 104– 151285 z 3.06.2009), zostały złożone protesty, a następnie odwołania:

I. w dniu 14 stycznia 2009 r. przez konsorcjum firm: **CTL Maczki-Bór Sp. z o.o.** (lider konsorcjum), **CTL Train Sp. z o.o., CTL MB Service Sp. z o.o.,** zwany dalej odwołującym A lub konsorcjum CTL.

II. w dniu 14 stycznia 2010 r. przez konsorcjum firm: **Nadwiślański Zakład Transportu Kolejowego Sp. z o.o., M'Soft Sp. z o.o.,** zwany dalej odwołującym B lub konsorcjum NZTK.

Wniesienie protestów nastąpiło skutkiem powiadomienia w dniu 4 stycznia 2010 r. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum o nazwie "SERVICE -CARGO -LHS - PNUIK dla Piast" w składzie: PKP CARGO SERVICE Sp. z o. o. w Warszawie, PKP CARGO S.A. w Warszawie, PKP Linia Hutnicza Szerokotorowa Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Sp. z o.o. oraz zawiadomienia o przyznanej punktacji ofert w przyjętym kryterium oceny.

Odwołujący zarzucili zamawiającemu - Kompanii Węglowej S.A. w Katowicach naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655; z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420, Nr 227, poz. 1505; z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241, Nr 206, poz. 1591, Nr 219, poz. 1706, Nr 223 poz. 1778, dalej ustawy Pzp, tj.:

(KIO/UZP 193/10)

I. Odwołujący A - CTL Maczki-Bór Sp. z o.o. zarzucił naruszenie przepisów ustawy Pzp przez:

a) zaniechanie zwrócenia się do wybranego konsorcjum celem ustalenia czy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, biorąc pod uwagę okoliczność, że wartość zamówienia oraz ceny ofert złożonych przez innych wykonawców znacznie odbiegają od ceny wskazanej w ofercie konsorcjum, która to oferta w ocenie odwołującego A, zawiera cenę rażąco niską, co jest sprzeczne z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,

b) zaniechanie odrzucenia oferty wybranego konsorcjum, co jest sprzeczne z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ponieważ oferta złożona przez wybrane konsorcjum zawiera cenę, która w ocenie odwołującego A, kształtuje się poniżej kosztów świadczenia usług, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w postaci ograniczania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, a zdaniem odwołującego A, oferta wybranego konsorcjum zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp powinna zostać odrzucona,

c) wybór oferty konsorcjum "SERVICE -CARGO -LHS -PNUIK dla Piast" jako najkorzystniejszej niezgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na okoliczność, że ofertą najkorzystniejszą, niepodlegającą odrzuceniu i zgodną z przepisami ustawy Pzp i SIWZ jest oferta odwołującego A,

d) dokonanie wbrew przepisom ustawy Pzp powyżej wskazanych czynności prowadzi w ocenie odwołującego A, równocześnie do naruszenia przez zamawiającego wynikającej z art. 7 ust. 1i 3 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący A w proteście wnosił o:

1) unieważnienie przez zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu;

- 2) dokonanie czynności wezwania konsorcjum "SERVICE -CARGO -LHS -PNUIK dla Piast" do wyjaśnień czy oferta zawiera cenę rażąco niską oraz dokonanie czynności zgodnie z art. 90 ustawy Pzp;
- 3) odrzucenie oferty wybranego konsorcjum z uwagi na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.
- 4) dokonanie czynności ponownej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący A powołał się na naruszenie swego interesu prawnego, gdyż w wyniku niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, może zostać pozbawiony możliwości uzyskania niniejszego zamówienia, mimo iż jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą, biorąc pod uwagę kryteria ustalone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

W uzasadnieniu zarzutów protestu odwołujący A podał: 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. Jeśli w trakcie oceny ofert zamawiający ma do czynienia z ofertą zawierającą cenę odbiegającą w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia lub cen innych ofert, w celu ustalenia, czy oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny, co wynika z poglądów doktryny i orzecznictwa (przykładowo wskazał na: wyrok z dnia 14 sierpnia 2008 r. sygn. akt. KIO/UZP 794/08; wyrok z dnia 24 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 297/09). Podkreślił, że przepisy art. 90 ustawy Pzp mają charakter obligatoryjny, i ich zastosowanie nie zależy od swobodnego uznania zamawiającego. Przyznał, iż brak jest ustalenia, jaka różnica wskazuje na możliwość zaoferowania ceny rażąco niskiej. Jednakże w tym zakresie za zasadne uznał, iż 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, powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: „Obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej elementów cenowych oferty powstaje, gdy cena oferty odbiega o 10% od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20% od wartości szacunkowej zamówienia” (wyrok KIO z 23 grudnia 2008 roku, sygn. KIO/UZP 1443/08). Podnosił, że zamawiający wskazał jako kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia - 80 945 780 zł. brutto. Z protokołu niniejszego postępowania wynika, że wartość zamówienia ustalona została na kwotę 66 349 000 zł

netto, tj. 80 945 780 brutto. Odwołujący argumentował, iż zamawiający jest zobligowany do należytego określenia wartości zamówienia. Na tej podstawie zamawiający określa również kwotę jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Zamawiający w protokole postępowania wskazał, że oszacowania wartości zamówienia dokonano na podstawie rozeznania cen rynkowych w kopalniach i zakładach KW S.A. Wybrane konsorcjum "SERVICE -CARGO -LHS -PNUIK dla Piast" złożyło ofertę o cenie dla całego zadania ogółem 52 949 999, 92 zł netto, brutto 64 598 999, 90 zł. Odwołujący A podał, iż złożył ofertę o cenie 60 755 528 zł netto, brutto 74 121 744,77 zł. Trzeci w kolejności wykonawca: Nadwiślański Zakład Transportu Kolejowego Sp. z o.o. (NZTK) – odwołujący B złożył ofertę o wartości 62 986 778, 87 zł netto, brutto 76 843 870, 22 zł. Analizując zaproponowane przez wykonawców ceny za wykonanie przedmiotu niniejszego postępowania, odwołujący A zauważył, że cena wybranego konsorcjum: jest mniejsza o 20,19% od szacunkowej wartości zamówienia brutto, a zarazem od kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jednocześnie cena wskazana w ofercie wybranego konsorcjum jest mniejsza od ceny odwołującego o 12,85%, a od ceny z oferty NZTK o 15,93 %.

W ocenie odwołującego, przy tak dużej wartości zamówienia, jaka występuje w niniejszym postępowaniu, rozbieżność cenowa przekraczająca 10 % pomiędzy ofertami wykonawców biorących udział w przetargu a ofertą uznaną za najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu oraz różnica 20, 19 % pomiędzy wartością przedmiotu zamówienia oraz pomiędzy kwotą jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia powoduje, że ofertę wybranego konsorcjum należy uznać za ofertę niewiarygodną, nierealistyczną. Odwołujący A powołał się na swoją znajomość rynku przewozowego, w tym że wybrane konsorcjum nie posiada ani rozwiązań technicznych, ani wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia, nie występują inne obiektywne czynniki czy uwarunkowania niedostępne pozostałym wykonawcom, które zmniejszałyby koszty i mogłyby uzasadnić tak niską cenę oferty. Przywiodło to odwołującego do wniosków, że cena oferty wybranego konsorcjum została oszacowana nierzetelnie lub wykonawca popełnił błąd przy obliczaniu ceny, gdyż w ocenie odwołującego A, wykonanie zamówienia po zaproponowanej cenie nie będzie opłacalne dla wykonawcy i może spowodować, że zamówienie w rzeczywistości nie zostanie wykonane należycie.

Odwołujący A przyznał, iż ma świadomość tego, że przy ustalaniu ceny rażąco niskiej należy brać pod uwagę ostateczną cenę całkowitą oferty, jednakże wywodził, iż na cenę ostateczną składają się poszczególne ceny jednostkowe wskazane w ofercie. W związku z tym zwrócił uwagę na cenę jednostkową zaproponowaną przez wybrane konsorcjum w odniesieniu do przewozów. Z § 4 ust. 9 pkt. 2 umowy konsorcjum, wynika że przewozy będzie wykonywała PKP Cargo S.A. Za przewozy kolejowe węgla pomiędzy bocznkami Ruch I i Ruch II cena ta jest dwukrotnie niższa niż cena zaproponowana przez

pozostałych wykonawców, co wpływa na nierealność ceny całej oferty wybranego konsorcjum. Powołał się na postanowienia § 7 ust. 3 "Taryfy towarowej PKP Cargo S.A." (Zasady obliczania przewoźnego i opłat dodatkowych), iż podstawą do obliczania przewoźnego jest "Taryfa towarowa PKP Cargo S.A.," zgodnie z którą jeżeli szczególne postanowienia taryfowe nie stanowią inaczej, przy ustalaniu przewoźnego stosuje się opłaty podstawowe zawarte w tabeli A-I oraz współczynniki korygujące zawarte w tabeli A-3. Obliczona zgodnie z powyższym stawka za przewóz na odległość odpowiadającą odległości przewozu z KWK Piast Ruch I do KWK Piast Ruch II wynosi 30,04 zł./t. Koszt ten powiększa się o podatek VAT. W innym ujęciu obliczania stawki za przewóz w przedmiotowej relacji, odwołujący A oparł się na założeniach wynikających z Rozdziału 4 taryfy towarowej PKP Cargo S.A. - Opłaty dodatkowe, gdzie w § 6 i 7 przedstawione są ceny jednostkowe za prace manewrowe lokomotywy i dyspozycje wagonu należącego do PKP Cargo. Biorąc pod uwagę wytyczne i dane zawarte w przywołanych paragrafach TT PKP Cargo SA, odwołujący A dokonał kalkulacji usług wybranego konsorcjum w zakresie przewozów między bocznkami Ruch I i Ruch II, według której same koszty wagonów i lokomotyw kształtują się na poziomie 6,09 złotych za tonę (bez kosztów dostępu do infrastruktury) według przyjętych przez niego składników kalkulacji. Natomiast w ofercie wybranego konsorcjum zaproponowano cenę za realizację przewozu 1 tony węgla pomiędzy bocznkami Ruch I i Ruch II w wysokości 2,68 zł.

Odwołujący A załączył jako dowód - umowę na wykonanie usługi przewozów towarowych Nr 1-1-31-108-08 z dnia 3 listopada 2008 pomiędzy Katowickim Holdingiem Węglowym S.A. w Katowicach a PKP Cargo S.A. w Warszawie. Z przedmiotowej umowy wynika, że w 2008 roku PKP Cargo S.A, będąca członkiem wybranego konsorcjum, określiła ceny dla relacji przewozów węgla na odległość do 20 km w następujący sposób: 8,94 zł./t. dla ładunku powyżej 1000 ton netto i 7,63 dla ładunku powyżej 2300 ton. Odwołujący A wskazywał, że ze względu na warunki miejscowe i fakt, że transport wykonywany jest przy zastosowaniu lokomotyw spalinowych, optymalnym jest transport 17 wagonów, gdzie netto ładunku wynosi 884 tony, co odpowiada stawce - 9,45 zł./t.

Odwołujący A zarzucał również, że kondycja finansowa PKP Cargo S.A. nie jest zadowalająca, na dowód czego przywoływał ostatnie sprawozdania finansowe PKP Cargo, świadczące, że ponosi ona straty na działalności, które w związku ze spadkiem przewozów będą znacznie wyższe. Dysponując określoną ilością potencjału wiadomym jest, że jednostkowy koszt stały ulega w takim przypadku podwyższeniu minimum w takiej proporcji w jakiej spadają przewozy. Powyższe w ocenie odwołującego A dowodzi, że przychody PKP Cargo są niższe od kosztów ich uzyskania. To zaś w dalszej kolejności wskazuje, że stawki stosowane przez PKP Cargo są stawkami zbyt niskimi (dumpingowymi), służącymi pozyskaniu za wszelką cenę jak największej ilości przewozów, co może mieć wpływ na

jakość czy możliwości wykonywania usług, w tym niniejszego zamówienia. Cena oferty wybranego konsorcjum, w opinii odwołującego A, odbiega od cen rynkowych, a zatem zamawiający jest zobowiązany wezwać konsorcjum do wyjaśnień zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz ewentualnie odrzucić ofertę konsorcjum jako zawierającą cenę rażąco niską, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp.

W ocenie odwołującego A oferta wybranego konsorcjum "SERVICE -CARGO -LHS - PNUIK dla Piast" winna również zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Powołał się na podnoszone powyżej okoliczności, że cena wskazana w ofercie wybranego konsorcjum znacząco odbiega od cen przyjętych na rynku oraz, że konsorcjum to może realizować zamówienie poniżej kosztów świadczenia usług, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 tej 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. W ocenie Odwołującego A, wybrane 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 niniejszego zamówienia. Dalej odwołujący A wskazywał na fakt wystąpienia różnic pomiędzy ceną oferty wybranego konsorcjum i cenami ofert pozostałych wykonawców, a także na znaczną różnicę pomiędzy ceną zaproponowaną w ofercie wybranego konsorcjum, a wartością szacunkową przedmiotu zamówienia. Zarzucał, iż przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego A jako najkorzystniejszej, zamawiający naruszył przepis art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, a także zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Do postępowania wywołanego protestem odwołującego A na wezwanie zamawiającego doręczone 18 stycznia 2010 r. pismem z dnia 19 stycznia 2010 r. przystąpiło wybrane konsorcjum "SERVICE -CARGO -LHS -PNUIK dla Piast" w składzie: PKP CARGO SERVICE sp. z o. o., w Warszawie, PKP CARGO S.A. w Warszawie, PKP Linia Hutnicza Szerokotorowa sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie sp. z o.o. wnosząc o oddalenie protestu i utrzymanie czynności wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 25 stycznia 2010 r. zamawiający oddalił protest odwołującego A w całości. W uzasadnieniu swego stanowiska podał, że zarzut dotyczący naruszenia art. 90

ust. 1 Pzp tj. nie dokonania ustaleń, czy oferta wybranego konsorcjum zawiera rażąco niską cenę jest bezpodstawny. Powoływał się na jednolitą linię orzecznictwa, zgodnie z którą w ramach wstępnego badania ofert pod kątem rażąco niskiej ceny przyjął, że różnica cen całkowitych za przedmiot zamówienia wynika z konkurencji na rynku usług kolejowych, a nie ze złożenia oferty z rażąco niską ceną i nie zachodzą podstawy do przeprowadzenia szczegółowego postępowania wyjaśniającego. Wyjaśnił, iż ustalił wartość zamówienia z należytą starannością - w związku ze specyfiką przedmiotu zamówienia szacowanie wartości oparł na cenach obowiązujących w kopalniach i zakładach Kompanii Węglowej S.A. Natomiast analizując ceny ofertowe złożone w przedmiotowym przetargu doszedł do wniosków, że wprowadziła cena całkowita najkorzystniejszej oferty wybranego konsorcjum "SERVICE -CARGO -LHS -PNUIK dla Piast" wynosi 64 598 999,90 zł brutto i jest niższa o 20,19 % od wartości szacunkowej zamówienia (80 945 780,00 zł brutto), lecz cena oferty odwołującego A jest również niższa o 8,43 % od wartości zamówienia i wynosi 74 121 744,77 zł brutto. Zamawiający argumentował, iż odwołujący A wskazał - jako rażąco niską cenę jednostkową za przewozy węgla z bocznic Ruch I w Bieruniu na bocznicę Ruch II w Woli, a więc ten przypadek, gdzie cena wybranego konsorcjum jest najniższa. Jednak jak wynika z analizy cen jednostkowych w ofercie odwołującego A - spośród dwudziestu pięciu cen jednostkowych, wartość trzynastu z nich jest niższa od cen jednostkowych przedstawionych w ofercie wybranego konsorcjum. Zamawiający zaznaczał, iż analogicznie więc powinien je również traktować jako rażąco niskie. Jako przykład wskazał ceny za: wymianę mostownic drewnianych (poz. 17), wymianą szyn typ S-49 (poz. 18), czy cenę za diagnostykę, konserwację i bieżące utrzymanie infrastruktury kolejowej (poz. 19 - Bocznic Ruch II), która jest również prawie dwukrotnie niższa od ceny wybranego konsorcjum, a wartość tych usług w znacznym stopniu decyduje o wartości całego zamówienia. Ogólna cena za obsługę bocznic „Razem (bocznic Ruch II) za 36 m-cy” zaoferowana przez odwołującego A jest niższa od ceny wybranego konsorcjum o 7 443 684,72 zł brutto. W ocenie zamawiającego, nie zachodziły podstawy aby uznać, że wskazana w proteście cena jednostkowa za przewóz węgla pomiędzy bocznicą Ruch I w Bieruniu a bocznicą Ruch II w Woli w ofercie wybranego wykonawcy jest rażąco niska. Zamawiający zaznaczał, że każdy z wykonawców ceny jednostkowe mógł oszacować na podstawie własnych analiz i kosztów, a istotna jest cena ogółem zamówienia. Podnosił również, iż w obecnym okresie, gdzie nastąpiła korekta rynku i ceny usług przewozowych uległy obniżeniu, a ceny oferowane przez wykonawców są rozbieżne pomiędzy sobą, a także w stosunku do oszacowanej wartości zamówienia, zatem nie świadczą o rażąco niskiej cenie wybranej oferty.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wybranego konsorcjum "SERVICE -CARGO -LHS -PNUIK dla Piast" na podst. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zamawiający stwierdził, iż

zaoferowana cena nie jest rażąco niska, wobec czego nie zachodzą przesłanki odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W złożonych przez wykonawców ofertach, zamawiający nie dopatrył się czynów nieuczciwej konkurencji określonych w art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zarzut wyboru oferty niezgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp z uwagi to, że ofertą najkorzystniejszą ma być oferta odwołującego A uznał za chybiony, gdyż brak znamion rażąco niskiej ceny oferty wybranego wykonawcy skutkuje tym, że dokonany wybór najkorzystniejszej oferty jest zgodny z dyspozycją art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, uznał zamawiający za nietrafny, gdyż jak zaznaczył Kompania Węglowa S.A. zachowując należytą staranność, przygotowała i prowadzi niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W odwołaniu wniesionym w dniu 3 lutego 2010 r., z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, zarzuty protestu zostały przez odwołującego A podtrzymane w całości wraz z wnioskami o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia przez zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu;
- 2) dokonania czynności wezwania wybranego konsorcjum "SERVICE -CARGO -LHS - PNUIK dla Piast" do wyjaśnień czy oferta zawiera cenę rażąco niską oraz dokonania czynności zgodnie z art. 90 ustawy Pzp;
- 3) odrzucenia oferty wybranego konsorcjum z uwagi na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp;
- 4) dokonania czynności ponownej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu w niniejszym postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołujący A ponowił całą argumentację podnoszoną w proteście. Odnosząc się do rozstrzygnięcia, podważał stanowisko zamawiającego, iż nastąpił spadek cen kolejowych - towarowych usług przewozowych. Stwierdził, iż okoliczność ta nie została przez zamawiającego wykazana, mimo wszczęcia procedury weryfikacji przedstawionych cen ofert w aspekcie rażąco niskiej ceny. Ponownie powoływał się na rozbieżności między cenami złożonych ofert i wartością szacunkową zamówienia, co w opinii odwołującego A, winno obligatoryjnie skutkować wszczęciem procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Podtrzymał również zarzuty, iż zaoferowana cena w ofercie wybranego konsorcjum stanowi przejaw nieuczciwej konkurencji, gdyż jednostkowe ceny za poszczególne składowe elementy zamówienia nie pokrywają kosztów świadczenia tych usług.

Pismem z dnia 18 marca 2010 r. doręczonym stronom przed otwarciem posiedzenia Izby, do postępowania odwoławczego (sprawa (KIO/UZP 193/10) po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca wybrany "SERVICE -CARGO -LHS -PNUIK dla Piast," który podtrzymał stanowisko zaprezentowane w przystąpieniu do postępowania wywołanego protestem.

(KIO/UZP 214/10)

II. Odwołujący - konsorcjum firm: Nadwiślański Zakład Transportu Kolejowego Sp. z o.o., M'Soft Sp. z o.o., zwany dalej odwołującym B lub konsorcjum NZTK, w proteście zarzucił zamawiającemu:

1. zaniechanie zwrócenia się do konsorcjum: "SERVICE -CARGO -LHS -PNUIK dla Piast " i konsorcjum CTL w składzie: CTL Maczki Bór Sp. z o.o. w Sosnowcu, CTL Train Sp. z o.o. w Sosnowcu i CTL MB Service Sp. z o.o. w Sosnowcu - celem ustalenia czy oferty tych konsorcjów zawierają rażąco niską cenę, biorąc pod uwagę okoliczność, że wartość zamówienia oraz cena oferty złożonej przez odwołującego B znacznie odbiega od ceny wskazanej w ofertach skarżonych wykonawców, które to w ocenie odwołującego B, zawierają cenę rażąco niską, co uznał za naruszające art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,
2. zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum: "SERVICE -CARGO -LHS -PNUIK dla Piast " i Konsorcjum CTL, co uznał za sprzeczne z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ponieważ oferty złożone przez te konsorcja zawierają ceny, które w ocenie odwołującego B, kształtują się poniżej kosztów świadczenia usług, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w postaci ograniczania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, a zatem oferty konsorcjów, poprzedzających odwołującego B w ocenie, w jego opinii, zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 4 powinny zostać odrzucone,
3. bezprawny wybór oferty konsorcjum: "SERVICE - CARGO -LHS -PNUIK dla Piast " jako najkorzystniejszej, niezgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na okoliczność, że ofertą najkorzystniejszą, niepodlegającą odrzuceniu i zgodną z przepisami ustawy Pzp i SIWZ, w przekonaniu odwołującego B, jest wyłącznie jego oferta,
4. dokonanie wbrew przepisom ustawy Pzp, kwestionowanych powyżej wskazanych czynności, w opinii odwołującego B, prowadzi równocześnie do naruszenia przez zamawiającego wynikającej z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący B wnosił o:

1. unieważnienie przez zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu;

2. dokonanie czynności wezwania konsorcjum: "SERVICE -CARGO -LHS -PNUIK dla Piast " i Konsorcjum CTL - do wyjaśnień czy ich oferty zawierają cenę rażąco niską;
3. odrzucenie oferty konsorcjum: "SERVICE -CARGO -LHS -PNUIK dla Piast" i oferty konsorcjum CTL, z uwagi na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.
4. dokonanie czynności ponownej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu w niniejszym postępowaniu i wybranie oferty odwołującego B jako prawidłowej i najkorzystniejszej ze złożonych w tym postępowaniu.
5. na wypadek nie uwzględnienia sprecyzowanych wyżej w punktach od 1-4 wniosków, odwołujący z ostrożności procesowej wniósł: o unieważnienie postępowania wobec zaistnienia - przesłanek z art. 93 ust. 1 pkt. 7, z uwagi na to, że postępowanie dotknięte jest wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podnosił, iż w wyniku niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań ze strony zamawiającego, odwołujący B może zostać pozbawiony możliwości uzyskania niniejszego zamówienia, mimo iż jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą w ustalonym kryterium, co dowodzi naruszenia interesu prawnego wykonawcy.

W uzasadnieniu zarzutów protestu, odwołujący B powołał się na zakres zamówienia określony w załączniku nr 1 do SIWZ. Podał, że jeśli w trakcie oceny ofert zamawiający ma do czynienia z ofertą zawierającą cenę odbiegającą w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia lub cen w innych ofertach, w celu ustalenia, czy oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny. Podkreślił, iż przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny i jego zastosowanie nie pozostaje do swobodnego uznania zamawiającego.

Przyznał natomiast że brak jest normatywnych wskazań, jaka różnica wskazuje na możliwość zaoferowania ceny rażąco niskiej. Zdaniem odwołującego B, 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. Odwołujący B wywodził, iż stwierdzenie przez zamawiającego występowania przypadku rażąco niskiej ceny charakteryzuje się tym, że cenę oferty należy odnieść do wartości przedmiotu zamówienia. Innym dopuszczalnym elementem odniesienia są ceny rynkowe podobnych zamówień. W świetle powyższego: za ofertę z rażąco niską ceną można uznać cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do szacunkowej wartości zamówienia lub cen rynkowych. Wskazywał, iż w praktyce często stawiany jest również zarzut rażąco niskiej ceny, gdy cena zaproponowana przez jednego z uczestników postępowania znacząco odbiega od cen podanych przez innych wykonawców (co jak zaznaczył, ma miejsce również w przedmiotowej sprawie). Przywołał poglądy, iż przez

pojęcie rażąco niskiej ceny należy rozumieć: cenę nierealistyczną w porównaniu do przyjętych w obrocie gospodarczym cen rynkowych podobnych zamówień. Zaznaczał, iż zamawiający wskazał jako kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. kwotę brutto 80 945 780 zł. Odwołujący B powołał się na przeprowadzoną analizę cen jednostkowych zaproponowanych przez poszczególnych uczestników niniejszego postępowania w zakresie ww. zadania, podając że:

1) konsorcjum "SERVICE -CARGO" SERVICE -CARGO -LHS -PNUIK dla Piast Ruch" - zaoferowało odpowiednio cenę oferty dla zadania w okresie 36 miesięcy na bocznicę Ruch I określając jej cenę netto: 9 520 749,00 zł, a dla zadania na bocznicę Ruch II określiło cenę netto na 30 565 250,92 zł, dla zadania polegającego na przewozach kolejowych w obrębie bocznic kolejowej pomiędzy Ruch I i Ruch II określiło cenę na kwotę 12 864 000 zł. Reasumując ogółem wartość oferty konsorcjum na ww. zadania wyniosła 52 950 000 zł. (64 598 999,90 zł brutto).

2) konsorcjum CTL zaoferowało odpowiednio cenę oferty dla zadania w okresie 36 miesięcy na bocznicę Ruch I określając jej cenę netto: 12 339 658,50 zł, a dla zadania na bocznicę Ruch II określiło cenę netto na kwotę 24 463 870,00 zł, dla zadania polegającego na przewozach kolejowych w obrębie bocznic kolejowej pomiędzy Ruch I i Ruch II określiło cenę na kwotę 23 952 000 zł. Reasumując ogółem wartość oferty Konsorcjum CTL na ww. zadania wyniosła 60 755 529 zł (74 121 744,77 zł brutto).

3) odwołujący zaoferował odpowiednio cenę oferty dla zadania w okresie 36 miesięcy na bocznicę Ruch I określając jej cenę netto : 11 173 456,00 zł, a dla zadania na bocznicę Ruch II określił cenę netto na kwotę 25 413 322,90 zł, dla zadania polegającego na przewozach kolejowych w obrębie bocznic kolejowej pomiędzy Ruch I i Ruch II określił cenę na kwotę 26 400 000 zł. Reasumując ogółem wartość oferty odwołującego B na ww. zadania wyniosła 62 986 779,00 zł (76 843 870,22 brutto).

Powyższa analiza przywiodła odwołującego B do wniosków, iż cena konsorcjum: „SERVICE -CARGO -LHS -PNUIK dla Piast” jest mniejsza o 20%, a konsorcjum CTL jest o 9 % mniejsza od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT. Jednocześnie cena wskazana w ofercie przez konsorcjum: "SERVICE - CARGO - LHS - PNUIK dla Piast" jest mniejsza od ceny odwołującego o 16%, a od ceny konsorcjum CTL jest mniejsza o 13%.

W opinii odwołującego B, słuszność czynionych zarzutów potwierdza również matematyczne porównanie cen rynkowych usług analogicznych, w porównaniu do tych objętych zakresem i przedmiotem zamówienia, które to porównanie również wypada na niekorzyść wygrywającego przetarg konsorcjum: "SERVICE -CARGO - LHS -PNUIK dla Piast." Za wystarczające uznał odwołujący B porównanie cen jednostkowych dzierżawy wagonów typu 418 V (zaoferowane przez odwołującego B i innych wykonawców), w celu

potwierdzenia, że ceny zaproponowane przez konsorcjum: "SERVICE -CARGO -LHS - PNUIK dla Piast" (za dzierżawę wagonu typu 418 V lub równoważnego z utrzymaniem na dobę na kwotę: 23,50 zł) - są nierealne i zaniżone, co powoduje, że usługa byłaby świadczona przez to konsorcjum poniżej kosztów, co mogłoby prowadzić z kolei do nienależytego wykonania lub niewykonania zamówienia.

Dla udowodnienia zamawiającemu ww. okoliczności, że zaoferowana cena przez konsorcjum: "SERVICE -CARGO -LHS -PNUIK dla Piast" jest rażąco niska i odbiega od cen rynkowych usług porównywalnych, odwołujący B wskazywał, że na rynku komercyjnym zarówno on sam jak i inni kontrahenci świadczyli usługi w zakresie dzierżawy wagonów typu 418 V, jak te objęte niniejszym postępowaniem na obsługę bocznicy kolejowej KW S.A. oddział KWK Piast " Ruch I w Bieruniu i Ruch II w Woli w okresie 36 miesięcy - są świadczone na warunkach określonych załączonymi do protestu umowami za określoną cenę wyższą, niż oferowana w przedmiotowym przetargu przez kwestionowanego wykonawcę.

Dodatkowo słuszność czynionego zarzutu rażąco niskiej ceny wybranej oferty zdaniem odwołującego B, potwierdza również fakt zniżenia ceny obsługi punktu rozładunkowego przez konsorcjum: "SERVICE -CARGO -LHS -PNUIK dla Piast" i konsorcjum CTL (poz. 3 i 4 cennika usług bocznica Ruch II).

Również rozbieżność ceny zaproponowanej przez konsorcjum CTL – odwołującego A, w porównaniu do ceny odwołującego B i przedstawionych wyliczeń winna w opinii odwołującego B, skłonić zamawiającego do zweryfikowania tych okoliczności w trybie art. 90 ustawy Pzp. Zniżenie ceny obsługi punktu rozładunkowego przez konsorcjum CTL, według odwołującego B, stanowi wyższą kwotę niż różnica pomiędzy ofertą wnoszącego protest i ofertą konsorcjum CTL, przez co oferta odwołującego B byłaby druga w kolejności.

Jednocześnie odwołujący B zarzucił w odniesieniu do ceny w wysokości 2,68 zł./t. oferty złożonej przez konsorcjum: „SERVICE -CARGO -LHS -PNUIK dla Piast” (na zadanie polegające na przewozie kolejowym w ilości 4 800 000 ton węgla z bocznicy Ruch I w Bieruniu na bocznice Ruch II w Woli), określoną w złożonej ofercie, jako rażąco niską i niewspółmierną do ponoszonych kosztów. Zdaniem odwołującego B do stawki przedłożonej w ofercie (2,68 zł/tonę) zastosowano upust w wysokości 1428% (tysiąc czterysta dwadzieścia osiem %) w stosunku do stawki obowiązującej w taryfie przewozowej PKP CARGO S.A. Odwołujący B przyznał, iż przy dużych kontraktach każdy potencjalny oferent stosuje upusty, lecz w racjonalnych granicach, wynikających z rachunku ekonomicznego. Minimalna stawka przedłożona w ofercie musi dać możliwość pokrycia wszystkich kosztów rodzajowych oraz uzyskanie minimalnego zysku jako gwarancji dalszego rozwoju firmy. W tych okolicznościach upust zastosowany przez PKP CARGO S.A. w wysokości 1428% w stosunku do własnej taryfy przewozowej świadczy o ewidentnym zastosowaniu „stawki

dumpingowej," co uzasadnia pogląd o spełnieniu przez ofertę przesłanek rażąco niskiej ceny. Odwołujący B podnosił, że zastosowana w ofercie stawka przewozowa w wysokości 2,68 zł/tonę daje możliwość pokrycia kosztów rodzajowych na poziomie około 60%, nie mówiąc już o możliwości wygenerowania jakiegokolwiek zysku. Koszty związane z realizacją w/w usługi przewozowej są bardzo wysokie, gdyż wiążą się nie tylko z samym przejazdem pociągu pomiędzy bocznicami, lecz przede wszystkim utrzymaniem oraz remontem taboru przeznaczanego do przewozu, który musi być realizowany zgodnie z wymaganiami stawianymi przez Dokumentację Techniczną Systemu Utrzymania DTSU, zatwierdzoną przez UTK. Takie skalkulowanie wartości ofert jakie dokonały: konsorcjum: "SERVICE -CARGO -LHS -PNUIK dla Piast" i konsorcjum CTL, w ocenie odwołującego B oznacza, że w przypadku zawarcia przez zamawiającego umowy z którymś z wymienionych konsorcjów, będzie ono realizowało zamówienie poniżej kosztów świadczenia usług, co może prowadzić w konsekwencji do nienależytego wykonania lub niewykonania zamówienia w okresie 36 miesięcy. Wywodził, iż zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą, potwierdzoną wyrokami: sygn. KIO/UZP 1524/08 z dnia 15.01.2009 r, KIO/UZP 58/09 z 23.01.2009 r, to na wykonawcy spoczywa obowiązek przeprowadzenia dowodu, że zaoferowana cena jest rzetelna i wyklucza zaistnienie ryzyka po stronie zamawiającego poniesienia strat przez niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia. Wskazywał, iż obowiązkiem zamawiającego jest zastosowanie procedury określonej w przepisie art. 90 ustawy Pzp. Niezależnie od powyższego, w ocenie odwołującego B, skalkulowanie przez konsorcja cen w złożonych w niniejszym postępowaniu ofertach, prowadzi do wniosku, że zamówienie będzie realizowane poniżej kosztów świadczenia usług, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Konsorcjum: "SERVICE -CARGO -LHS -PNUIK dla Piast" i konsorcjum CTL przez złożenie ofert zawierających tak niską cenę - nierealistyczną, biorąc pod uwagę sytuację panującą na rynku gospodarczym, również w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez złożenie ofert z ceną rażąco niską, a zatem zdaniem odwołującego B, stanowi to zaproponowanie świadczenia usług poniżej kosztów, zmierzające do utrudnienia, a właściwie do wyeliminowania w sposób niezgodny z przepisami prawa innych wykonawców w uzyskaniu niniejszego zamówienia.

W ocenie odwołującego B, poprzedzające go konsorcja w ten sposób utrudniają innym przedsiębiorcom dostęp do rynku i eliminują z rynku innych przedsiębiorców w rozumieniu przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podtrzymał zarzut, iż zamawiający zaniechał czynności, do której obliguje go przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, uznając za najkorzystniejszą ofertę, która w ocenie odwołującego B powinna zostać odrzucona. Zamawiający powinien był zwrócić się o stosowne wyjaśnienia do konsorcjum: "SERVICE -CARGO -LHS -PNUIK dla Piast" i

konsorcjum CTL, czego zaniechał, czym naruszył przepisy ustawy Pzp, w tym podstawową zasadę prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, a mianowicie zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Kierując się względami ostrożności, odwołujący B na wypadek ewentualnego nieuwzględnienia jego wniosków, wnosił o unieważnienie postępowania, wskutek występowania w tym postępowaniu wady uniemożliwiającej zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Poza zarzutem rażąco niskiej ceny oferty konsorcjum: "SERVICE -CARGO -LHS -PNUIK dla Piast" odwołujący B podnosił, że jednym z warunków określonych przez SIWZ pkt. 11 (XI Dokumenty i oświadczenia bezwzględnie wymagane) i pkt. X pkt.lb, było posiadanie przez wykonawcę aktualnej (ważnej) na dzień składania ofert licencji, (o której mowa w rozdziale nr 8, ustawy o transporcie kolejowym z dnia 28.03.2003 roku), wydanej przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego. Zgodnie z treścią art. 43 (rozdziału 8 ustawy z dnia 28.03.2003 roku o transporcie kolejowym (Dz. U. z 2007 roku, nr 16 poz. 94 ze zmianami): „Działalność gospodarcza polegająca na wykonywaniu przewozów kolejowych osób lub rzeczy albo na świadczeniu usług trakcyjnych podlega licencjonowaniu." Zatem w świetle tego uregulowania ustawodawca wprowadził ustawowy warunek posiadania dwóch różnych rodzajowo licencji: na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie wykonywania przewozów kolejowych osób lub rzeczy oraz w zakresie świadczenia usług trakcyjnych. Tymczasem oferent Konsorcjum: "SERVICE -CARGO -LHS -PNUTK dla Piast" nie dołączył do oferty licencji na świadczenie usług trakcyjnych, przez co w ocenie odwołującego B, nie spełnił ww. warunków określonych w SIWZ. Ponadto w SIWZ zamawiający określił warunek w pkt XII ppkt. 3 i w tabeli nr 6, że: "do wykazu maszyn i urządzeń niezbędnych do wykonania zamówienia (zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ) należy dołączyć potwierdzone za zgodność z oryginałem kopie świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego. Po dokonaniu sprawdzenia oferty konsorcjum: "SERVICE - CARGO -LHS -PNUTK dla Piast" odwołujący B stwierdził, że na jej stronie 103 w tabeli znajduje się adnotacja, że oferent dysponuje wózkiem motorowym, przy czym załączył świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego, które zostało wystawione dla przedsiębiorstwa PKP PLK S.A., który to podmiot nie wchodził w skład konsorcjum: " SERVICE -CARGO -LHS -PNUIK dla Piast". W związku tym, odwołujący B uważał, że świadectwo to, jako wystawione dla PKP PLK S.A, nie powinno być honorowane przez zamawiającego, a prawidłowo świadectwo to winno być wystawione dla któregoś z członków tworzących ww. konsorcjum tj. na: PKP CARGO SERVICE Sp. z o. o., w Warszawie, PKP CARGO S.A. w Warszawie, PKP Linia Hutnicza Szerokotorowa Sp. z o.o. względnie na Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Sp. z o. o.

Ponadto w punkt X pkt. 2 ppkt. 2 SIWZ, zamawiający określił, że jednym z warunków, który musi spełnić wykonawca jest to, że dysponuje lub będzie dysponować osobami odpowiadającymi warunkom określonym w przepisach wydanych na podstawie art. 22 ust. 2 ustawy o Transporcie kolejowym z dnia 28.03.2003 roku (Dz. U. Z 2007 roku, nr 16 poz. 94 ze zmianami), który to warunek w ocenie odwołującego nie został spełniony. Konsorcjum: "SERVICE-CARGO-LHS-PNUIK dla Piast" prawdzie przedstawiło świadectwa kwalifikacyjne, jednak są one niezgodne ze wzorem ustawowym.

Na wezwanie zamawiającego doręczone 18 stycznia 2009 r. do postępowania wywołanego protestem odwołującego B, w dniu 21 stycznia 2010 r. przystąpił wykonawca wybrany konsorcjum „SERVICE-CARGO-LHS-PNUIK dla Piast,” który wnosił o utrzymanie czynności wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej oraz o oddalenie protestu.

Pismem z dnia 25 stycznia 2010 r., doręczonym 26 stycznia 2010 r. zamawiający rozstrzygnął protest przez jego częściowe oddalenie.

1. Zarzut dotyczący naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie zwrócenia się do konsorcjum: „SERVICE-CARGO-LHS-PNUIK dla Piast” oraz konsorcjum w składzie: CTL Maczki-Bór Sp. z o.o., CTL Train Sp. z o.o. i CTL MB Service Sp. z o.o. - odwołującego A, w celu ustalenia czy oferty w/w wykonawców zawierają rażąco niską cenę – zamawiający oddalił.
2. Zarzut zaniechania odrzucenia ofert w/w konsorcjów na podst. art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp w związku z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – zamawiający oddalił.
3. Zarzut wyboru oferty konsorcjum: „SERVICE-CARGO-LHS-PNUIK dla Piast” niezgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp z uwagi to, że ofertą najkorzystniejszą i niepodlegającą odrzuceniu jest oferta odwołującego B - zamawiający oddalił.
4. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – zamawiający oddalił.

W uzasadnieniu swego stanowiska zamawiający podał, iż zgodnie z jednolitą linią orzecznictwa, w ramach wstępnego badania ofert pod kątem rażąco niskiej ceny uznał, że różnica cen całkowitych za przedmiot zamówienia wynika z konkurencji na rynku usług kolejowych, a nie ze złożenia oferty z rażąco niską ceną i nie zachodzą podstawy do przeprowadzenia szczegółowego postępowania wyjaśniającego. Zamawiający podkreślał, iż ustalił wartość zamówienia z należytą starannością - w związku ze specyfiką przedmiotu zamówienia szacowanie wartości oparł na cenach obowiązujących w kopalniach i zakładach Kompanii Węglowej S.A. Zamawiający analizując ceny ofertowe złożone w przedmiotowym przetargu uznał, że wprawdzie cena całkowita najkorzystniejszej oferty konsorcjum:

„SERVICE-CARGO-LHS-PNUIK dla Piast" wynosi 64 598 999,90 zł brutto i jest niższa o 20,19% od wartości szacunkowej zamówienia (80 945 780,00 zł brutto). Lecz cena oferty odwołującego B jest również niższa o 5,07% od wartości szacunkowej zamówienia i wynosi 76 843 870,22 zł brutto. Zamawiający nie uznał, przytaczanych jako rażąco niskie tych pozycji cen jednostkowych, w których w wybranej ofercie ceny jednostkowe są niższe od cen z pozostałych ofert. Powołał się na analizę, którą przeprowadził, iż w ofercie odwołującego B, spośród dwudziestu pięciu cen jednostkowych, wartość trzynastu z nich jest najniższa wśród cen jednostkowych przedstawionych w pozostałych ofertach, a więc analogicznie zamawiający powinien również je traktować jako rażąco niskie i również do odwołującego B powinien zwrócić się o ich wyjaśnienie. Jako przykład wskazał ceny za: wymianą mostownic drewnianych (poz. 17), wymianą szyn typ S-49 (poz. 18), czy cenę za diagnostykę, konserwację i bieżące utrzymanie infrastruktury kolejowej (poz. 19 - Bocznica Ruch II), która jest również ponad czterokrotnie niższa od ceny wybranego konsorcjum i ponad dwukrotnie niższa od ceny z oferty konsorcjum CTL, a wartość tych usług w znacznym stopniu decyduje o wartości całego zamówienia. Wartość za wykonanie usług diagnostyki, konserwacji i bieżącego utrzymanie infrastruktury kolejowej (poz. 19 - Bocznica Ruch 11) zaoferowana przez odwołującego B jest niższa o 9 247 138,60 zł. brutto od wartości wybranego konsorcjum oraz o 3 686 166,51 zł. brutto od wartości konsorcjum CTL.

Z tych ustaleń zamawiający wyprowadził wnioski, iż nie miał podstaw uznać, że wskazane w proteście ceny jednostkowe konsorcjum „SERVICE-CARGO-LHS-PNUIK dla Piast" oraz konsorcjum CTL są rażąco niskie, gdyż uznał, że każdy z wykonawców ceny jednostkowe mógł oszacować na podstawie własnych analiz i kosztów - a dla zamawiającego istotna jest cena ogółem zamówienia. Za bezpodstawną poczytał argumentację odwołującego B, że zaoferowane ceny są rażąco niskie w obecnym okresie, gdzie nastąpiła korekta rynku i ceny usług uległy obniżeniu, a ceny oferowane przez wykonawców są rozbieżne pomiędzy sobą a także w stosunku do oszacowanej wartości zamówienia. Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu zawarł porównanie cen jednostkowych poszczególnych ofert, tj. elementów składowych przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutu zaniechania odrzucenia ofert w/w konsorcjów na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż jak wywodził, przedmiotowy zarzut jest pochodną zarzutu naruszenia art. 90 ust.1 tej ustawy, a oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny, wobec czego nie doszło do spełnienia przesłanek odrzucenia ofert wykonawców w oparciu o art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp. W złożonych przez wykonawców ofertach zamawiający nie dopatrywał się czynów nieuczciwej konkurencji określonych w art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższą argumentacją, oddalił zarzut nieprawidłowego wyboru oferty konsorcjum „SERVICE-CARGO-LHS-PNUIK dla Piast" – niezgodnego z art. 91 ust. 1 Pzp,

gdyż ocena ofert wykonawców, jako nie zawierających rażąco niskiej ceny, skutkowało tym, że zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z dyspozycją art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający oddalił zarzut dotyczący wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem art. 7 ust. 1 Pzp i oświadczył, że Kompania Węglowa S.A. zachowując należytą staranność, przygotowała i prowadzi niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Analizując żądania odwołującego B unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, podnosił ich niespójność polegającą na tym, że jeżeli zamawiający wykona żądania wnoszącego protest i w konsekwencji dalszych działań wybierze ofertę odwołującego B, to postępowanie nie będzie posiadać wad jako podstawy do unieważnienia postępowania. Istnienie wady postępowania winno wykluczać również zawarcie umowy z odwołującym B, gdyż z przedstawionego uzasadnienia przez odwołującego B można wywnioskować, że wyłącznie wybór oferty wspólnej NZTK Sp. z o.o. i M'Soft Sp. z o.o. będzie przez niego akceptowalny, a zawarcie umowy na podstawie postępowania z odwołującym B nie będzie nosić znamion - umowy nieważnej. W opinii zamawiającego, żądania oraz argumenty uzasadnienia przedstawione przez odwołującego B oparte są na błędnej konstrukcji prawnej, polegającej na niewłaściwej ocenie czynności zamawiającego w toku badania złożonych w ramach postępowania ofert. Kompania Węglowa S.A. – zamawiający oświadczył, że w toku postępowania nie dopuścił się rażącego naruszenia postanowień Pzp, co mogłoby skutkować koniecznością unieważnienia postępowania w oparciu o art. 146 Pzp. Odwołujący B nie wskazał, poza literalnym przytoczeniem przepisu, jakie przesłanki uzasadniają takie żądanie.

Pozostałe zarzuty odwołującego B dotyczące warunków wynikających z SIWZ - zamawiający rozstrzygnął w następujący sposób:

1. Zarzut niespełnienia przez wykonawcę konsorcjum: „SERVICE-CARGO -LHS-PNUIK dla Piast” warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. X ust. 1 lit.b), polegającego na posiadaniu przez wykonawcę aktualnej (ważnej) na dzień składania ofert „licencji,” o której mowa w rozdziale 8 ustawy z dnia 28.03.2003 r. o transporcie kolejowym (Dz. U. z 2007r. Nr 16 poz. 94 z późn. zm.), wydanej przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego, gdyż wykonawca ten nie dołączył do oferty licencji na świadczenie usług trakcyjnych - uwzględnił. W oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zapowiedział, iż wezwie wykonawcę do złożenia licencji na prowadzenie działalności gospodarczej polegającej na świadczeniu usług trakcyjnych. Przewidziane są dwa rodzaje licencji, tj. na prowadzenie działalności gospodarczej polegającej na wykonywaniu przewozów kolejowych osób lub rzeczy a także na prowadzenie działalności gospodarczej polegającej na

świadczeniu usług trakcyjnych. Zamawiający w SIWZ nie wyłączył żadnej z powyższych licencji, wobec czego wykonawcy do oferty powinni byli dołączyć obie ww. licencje.

2. Zarzut niespełnienia przez wykonawcę konsorcjum: „SERVICE-CARGO-LHS-PNUIK dla Piast” warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. X ust. 2 pkt 3 poz. 6 tabeli, tj. dysponowania wózkiem osobowo-towarowym o ładowności powyżej 5t, przez nie dołączenie do oferty kopii poświadczoną przez wykonawcę za zgodność z oryginałem świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego, wystawionego dla któregośkolwiek z członków konsorcjum – zamawiający oddalił. W uzasadnieniu podał, iż w postanowieniach SIWZ, nie określono warunku dołączenia do ofert świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego zastrzegając, że musi być wystawione wyłącznie na wniosek wykonawcy składającego ofertę - z uwagi na trwające procesy restrukturyzacyjne w przedsiębiorstwach działających w obszarze transportu kolejowego oraz w budowie i utrzymaniu infrastruktury kolejowej, które mogłyby utrudnić przeprowadzenie postępowania. Tym samym świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego nie musi być wystawione dla któregośkolwiek z członków konsorcjum.

3. Zarzut niespełnienia przez konsorcjum: „SERVICE-CARGO-LHS-PNUIK dla Piast” warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt X ust. 2 ppkt 2, poz. 3, 4, 6 i 10 tabeli, tj. dysponowania osobami spełniającymi warunki określone w przepisach wydanych na podstawie art. 22 ust. 2 ustawy o Transporcie Kolejowym z dnia 28.03.2003 r. (Dz. U. z 2007r. nr 16 poz. 94 z późn. zm.), które mogą być zatrudnione na wskazanych stanowiskach uwzględnił, gdyż dołączone do oferty świadectwa są niezgodne z wzorem określonym w Załączniku nr 5 do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie wykazu stanowisk (...). W oparciu o art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający zobowiązał się wezwać wykonawcę do wyjaśnienia treści złożonych świadectw oraz do ich uzupełnienia.

W odwołaniu wniesionym w dniu 4 lutego 2010 r., z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, zarzuty protestu, zostały podtrzymane wraz z wnioskami o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu;
2. dokonania czynności wezwania konsorcjum: "SERVICE -CARGO -LHS -PNUIK dla Piast " i konsorcjum CTL - do wyjaśnień czy ich oferty zawierają cenę rażąco niską;
3. odrzucenia oferty konsorcjum: "SERVICE -CARGO -LHS -PNUIK dla Piast" i oferty konsorcjum CTL, z uwagi na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.
4. dokonania czynności ponownej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu w niniejszym postępowaniu i wybranie oferty odwołującego B jako prawidłowej i najkorzystniejszej ze złożonych w tym postępowaniu.

5. na wypadek nie uwzględnienia sprecyzowanych wyżej w punktach od 1-4 wniosków, odwołujący B z ostrożności procesowej wnosił: o nakazanie unieważnienia postępowania wobec zaistnienia - przesłanek z art. 93 ust. 1 pkt. 7, z uwagi na to, że postępowanie dotknięte jest wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego .

Ponadto odwołujący B wnosił o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania oraz powołał się na naruszenie swego interesu prawnego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu odwołujący B ponowił argumentację protestu. Odnosząc się do treści rozstrzygnięcia, wskazał na wnioskowane dowody świadczące, iż wybrany wykonawca zaniżył ceny jednostkowe za dzierżawę wagonów typu 418 V, które na rynku gospodarczym kształtowały się powyżej wyceny dokonanej przez wybrane konsorcjum. Podtrzymał również twierdzenia o zniżeniu ceny obsługi punktu rozładunkowego zarówno przez wybranego wykonawcę konsorcjum: "SERVICE -CARGO -LHS -PNUIK dla Piast" jak i odwołującego A konsorcjum CTL, podnosząc, iż oferowana cena jednostkowa w tej pozycji nie pokrywa kosztów tego elementu usługi obsługi bocznicy zamawiającego, w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. Odwołujący B podtrzymał także swoje stanowisko co do rażącego zniżenia stawki przewozowej w ofercie wybranego wykonawcy, w stosunku do taryfy przewozowej PKP CARGO S.A. Podał, iż zastosowany upust w wysokości 93% w stosunku do stawek z własnej taryfy, świadczy o stosowaniu stawki dumpingowej. Odwołujący B podnosił, iż skoro zamawiający twierdzi, iż ceny jednostkowe zaproponowane w ofercie odwołującego B są niższe od cen jednostkowych z pozostałych ofert, to mając to przeświadczenie, winien zastosować procedurę określoną w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ponad zarzuty protestu, odwołujący B wywodził, iż poprzedzające go w ocenie ofert konsorcja wykorzystują swoją dominującą pozycję u zamawiającego, co pozwala im dyktować warunki w postępowaniach o zamówienia publiczne. Odwołujący podtrzymał także zarzut, iż wybrane konsorcjum "SERVICE -CARGO -LHS -PNUIK dla Piast" przedłożyło świadectwo typu dopuszczenia do eksploatacji pojazdu kolejowego – wózka motorowego, wystawione nie dla firmy wchodzącej w skład konsorcjum, a dla podmiotu zewnętrznego, tj. dla PKP PLK S.A., co w ocenie odwołującego B świadczy o niespełnieniu stawianych w SIWZ wymagań. Stanowisko zaś zamawiającego prowadzi do uprzywilejowania wybranego wykonawcy, kosztem odwołującego B. Uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów dotyczących nie przedłożenia licencji na świadczenie usług trakcyjnych i w odniesieniu do świadectw złożenia egzaminu kwalifikacyjnego (osób wskazanych w ofercie wybranego wykonawcy) oraz zapowiedź zamawiającego, że wezwie konsorcjum "SERVICE -CARGO -LHS -PNUIK dla Piast" do uzupełnienia tych dokumentów (licencji oraz świadectw), odwołujący B uznał za potwierdzenie swoich zarzutów, a także za podstawę do unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty. Odwołujący B wskazywał, iż zamawiający

naruszył art. 183 ust. 5 ustawy Pzp, gdyż w związku z częściowym uwzględnieniem protestu winien unieważnić wybór najkorzystniejszej oferty i wezwać wykonawcę konsorcjum "SERVICE -CARGO -LHS -PNUIK dla Piast" do uzupełnienia dokumentów: licencji na świadczenie usług trakcyjnych i świadectw złożenia egzaminu kwalifikacyjnego.

Pismem z dnia 19 marca 2010 r, przekazanym stronom przed otwarciem posiedzenia Izby, do postępowania odwoławczego (w sprawie KIO/UZP 214/10), po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca wybrany Konsorcjum "SERVICE -CARGO -LHS -PNUIK dla Piast," który podtrzymał swoje żądania wyrażone w przystąpieniu do postępowania wywołanego protestem zarówno odwołującego A jak i odwołującego B. Wnosił o utrzymanie czynności wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w oparciu o ustalone kryterium ceny. Podkreślał, iż w orzeczeniu KIO z dnia 27 lipca 2009 r. w sprawie sygn. akt KIO/UZP 867/09 wskazano, że wyznacznikiem rażąco niskiej ceny nie może być wyłącznie określona przez zamawiającego wartość zamówienia powiększona o VAT, ponieważ nie zawsze odnosi się ona do rzeczywistej ceny przedmiotu zamówienia, że względu na termin jej ustalenia i wykreowanie przez inne podmioty (zamawiającego i np. poprzedniego wykonawcę). Jak pokazuje doświadczenie niejednokrotnie zamawiający dokonuje tej kalkulacji w sposób odbiegający znacznie od cen finalnie oferowanych przez oferentów stających do przetargu. I tak dla przykładu podał, iż w dniu 15.01.2010r. dokonano otwarcia ofert w postępowaniu na obsługę bocznic EC Skawina. Zamawiający przeznaczył w nim środki w wysokości brutto 40 260 000,00 zł. (100%). Najniższa oferta złożona przez DB Schenker wyniosła brutto 43 889 027,25 zł. (109,0%). Najwyższa oferta natomiast złożona przez CTL Maczki Bór ukształtowała się na poziomie - 47 808 713,40 zł brutto (118,7%). Nadto w dniu 19.01.2010r. dokonano otwarcia ofert na obsługę bocznic KWK „Wieczorek” w Katowickim Holdingu Węglowym. Zamawiający przeznaczył środki w wysokości brutto" 11 712 000,00 zł. (100%). Najniższa oferta złożona przez DB Schenker wyniosła brutto 16 843 320,00 zł. (143,8%). Najwyższa oferta natomiast złożona przez CTL Maczki Bór wyniosła brutto 23 466 456,00 zł (200,4%). Wskazywał, iż w tego typu postępowaniach w istocie występują znaczne rozbieżności pomiędzy cenami oferowanymi przez wykonawców, ale również to, iż niejednokrotnie kalkulacja dokonana przez samego zamawiającego odbiega znacząco od aktualnych realiów, tzw. cen rynkowych.

Nadto odnosząc się do podniesionej przez odwołującego B argumentacji zmierzającej do wykazania, iż przystępujący podał w ofercie rażąco niską cenę, skoro – jak stwierdził -cena ta odbiega znacząco od stawek zawartych z Taryfie Towarowej PKP CARGO S.A. wyjaśniał, iż argumentacja ta jest nie tylko całkowicie bezzasadna, gdyż zapisy rzeczony Taryfy nie mogą być przyjęte do kalkulacji składowej jednostkowej ceny podanej w ofercie przystępującego, gdyż elementy, które bierze się pod uwagę, przy kalkulacji stawek

Taryfy Towarowej są w przeważającej mierze inne, aniżeli te które winno się wziąć pod uwagę kalkulując stawkę przewozu w ramach bocznicy kolejowej. I tak popodnosił, iż przewozy węgla pomiędzy bocznicami Ruch I Ruch II odbywają się w zdecydowanej większości po torach będących własnością zamawiającego. A skoro tak, to nie może być tu mowy o Taryfie Towarowej, której jednym z głównych składników cenotwórczych jest koszt, jaki PKP CARGO S.A., jako przewoźnik ma obowiązek uiścić PKP PLK S.A. z tytułu udostępnienia i eksploatacji jej infrastruktury. Dodatkowym elementem cenotwórczym, który istotnie wpływa na wysokość stawki określonej w Taryfie Towarowej jest konieczność ponoszenia dodatkowych, niewystępujących przy kalkulacji oferty oferentów kosztów tj. np. kosztów dostarczenia próżnego taboru pod przewozy, kosztów obsługi punktów taryfowych celem dostarczenia pojedynczych przesyłek, kosztów pracy i zestawiania pociągów w systemie rozproszonym. Istotną jest również okoliczność, iż Taryfa Towarowa, na której usiłuje się oprzeć dla wykazania zasadności swoich twierdzeń odwołujący A i B jest cennikiem o charakterze cen maksymalnych, obejmujących przewozy w różnych systemach (przewozy rozproszone i całopociągowe), przy zmiennej regularności występowania i relacjach przewozowych itp. Wiąże się to z koniecznością posiadania i utrzymywania zasobów o znacznie większej skali niż do realizacji ściśle określonych i przewidywalnych (wręcz wprost określonych - jak w niniejszym postępowaniu) przewozów, co siłą rzeczy przekłada się na ponoszone przez konsorcjanta PKP CARGO SA koszty, a w konsekwencji znajduje odzwierciedlenie w kalkulacji ceny. W związku z powyższym nie sposób odnosić stawek skalkulowanych na potrzeby niniejszego postępowania do stawek zawartych w Taryfie Towarowej, skoro kalkulacja stawek w Taryfie opiera się o zupełnie inne realia przekładające się wprost na znaczące podwyższenie ich wartości, (np. przewozy pomiędzy KWK „Piast” Ruch I i KWK „Piast” Ruch II odbywają się na – co oczywiste - ograniczoną odległość, w obiegach zamkniętych), Taryfa, zaś zawiera ceny stosowane w realizacji „otwartych” przewozów w różnych relacjach przy wykorzystaniu znacznie szerszych zasobów. Wskazał, iż stosowany upust wynosi co najwyżej 93%, a nie jak podnosił odwołujący B 1428%. Dla podważenia zasadności argumentacji odwołującego A i B w zakresie rzekomo dumpingowej ceny jednostkowej przystępującego na przewóz pomiędzy bocznicami, wskazał i wymienił stawki za przewóz węgla w przetargu na obsługę Elektrowni Skawina S.A., w którym to postępowaniu dla faktycznych przewozów po liniach PLK (czyli oferenci musieli uwzględnić opłaty za udostępnianie i korzystanie z infrastruktury PKP PLK). Podtrzymał stanowisko, iż powyższe świadczy o tym, iż stawka zaproponowana za przewozy przez przystępującego nie może być uznana za stawkę rażąco niską. Niezależnie od powyższego wskazywał, iż w ofercie przystępującego – wyżej komentowana cena 2,68 zł/t w przewozie węgla pomiędzy KWK „Piast” Ruch I i KWK „Piast” Ruch II kalkulowana była w oparciu o koszty zasobów (zasoby

ludzkie i materialne) dedykowanych do realizacji zadania objętego niniejszym postępowaniem. Wielkość zasobów określono w oparciu o analizę organizacji przedmiotowych przewozów. Koszty zasobów, zaś skalkulowano w oparciu o wartości lokalne, wynikające z faktu zaangażowania ich na ograniczonym terenie. W zakresie wykazywania rażąco niskiej ceny na podstawie jednej z trzech składowych ceny ofertowej odnoszącej się do przewozów pomiędzy bocznicami Ruch I i Ruch II przystępujący powoływał się na charakter podmiotów wchodzących w skład wybranego konsorcjum, ich zaplecze, rodzaj infrastruktury, która pozwala na korzystanie z zasobów własnych, co pozwoliło konsorcjum na ukształtowanie ceny na wskazanym w ofercie poziomie, zapewniającym nie tylko pokrycie ponoszonych kosztów, ale również gwarantującym godziwy zysk. W tym wypadku pozwalającej kompleksowo zrealizować przedmiot zamówienia. Powyższe skutkuje redukcją kosztów, w szczególności w zakresie pośredników, dzierżawców, itp. Zakwestionował, jakoby przedstawione przez przystępującego ceny za dzierżawę wagonów typu 418 V były nierealne i zaniżone. Otóż odnosząc się do w/w zarzutu rażąco niskiej ceny w zakresie ceny dzierżawy wagonów typu 418 V - podkreślił, iż jednym z konsorcjantów wchodzących w skład konsorcjum przystępującego jest PKP CARGO S.A. z siedzibą w Warszawie. PKP CARGO SA - co jest informacją notoryjną - posiada własny park wagonowy, który stanowi nadwyżkę w stosunku do aktualnych potrzeb przewozowych tejże spółki. Przyczyną jest, bowiem spadek przewozów w wyniku zaistniałej sytuacji ekonomicznej kraju. W konsekwencji, więc logicznym jest, iż konsorcjant ten (w oparciu, o którego potencjał będzie m.in. realizowana umowa objęta niniejszym postępowaniem), nie opiera się podczas eksploatacji na parku wagonowym dzierżawionym od innych przewoźników, lecz na własnym. W konsekwencji, więc powyższe niewątpliwie musi mieć przełożenie na poziom ponoszonych kosztów, finalnie zaś na zaoferowaną w rzeczonym postępowaniu cenę, która w stosunku do innych podmiotów zmuszonych do dzierżawy taboru, jest konkurencyjna.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, iż nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania w sprawie KIO/UZP 193/10 oraz odwołania w sprawie KIO/UZP 214/10, określone art. 187 ust. 4 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić wybranego wykonawcę konsorcjum "SERVICE -CARGO - LHS -PNUIK dla Piast" do udziału w sprawie z oznaczeniem tego przystąpienia po stronie zamawiającego, zarówno sprawie KIO/UZP 193/10 oraz do odwołania w sprawie KIO/UZP 214/10.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania z załącznikami, ofert odwołującego

A oraz odwołującego B, oferty konsorcjum "SERVICE -CARGO -LHS -PNUIK dla Piast," pism stron i przystępującego, złożonych w postępowaniu protestacyjno - odwoławczym.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron i przystępującego, przedstawione do protokołu rozprawy.

Izba w odniesieniu do wnioskowanych dowodów z dokumentów: taryfy towarowej PKP CARGO S.A., umowy na wykonywanie usługi przewozów towarowych pomiędzy PKP CARGO SA a Katowickim Holdingiem Węglowym SA, umowy między Kompanią Węglową SA a Nadwiślańskim Zakładem Transportu Kolejowego Sp. z o.o. o świadczenie usług transportu kolejowego na okoliczność zaniżenia stawki za przewozy węgla między bocznica Ruch I w Bieruniu i Ruch II w Woli, umowy głównej z dnia 1.05.2004 r. na udostępnianie środków taborowych i świadczenie usług między uczestnikami tego porozumienia, umów i faktur za dzierżawę wagonów - na okoliczność stosowanych na rynku stawek oraz w odniesieniu do pozostałych wnioskowanych dowodów przez odwołującego A oraz odwołującego B, stwierdziła, iż odnoszą się one wyłącznie do stosowanych cen: transportu węgla, realizacji przewozów, dzierżawy wagonów, stanowiących elementy częściowe niniejszego zamówienia, przy tym realizowanych w odmiennych warunkach np. w obiegach otwartych, czy przy wykorzystaniu obcego taboru, w odróżnieniu do relacji przewozowych między bocznica Ruch I i Ruch II (zasadniczo w obiegu zamkniętym z wykorzystaniem własnego taboru przewozowego przystępującego i po liniach zamawiającego - nieodpłatnie), zatem nieporównywalnych i nie mogących stanowić podstaw do oceny ceny całkowitej oferty konsorcjum "SERVICE -CARGO -LHS -PNUIK dla Piast," jako potwierdzających rażąco niską cenę, w szczególności, przy uwzględnieniu, iż przedmiot zamówienia obejmuje kompleksowo obsługę bocznic i składa się z razem z 25 pozycji (zakres zamówienia). Z tych względów przedstawione dowody nie mogły służyć do oceny, pod kątem badania ceny ofert jako rażąco niskich w stosunku do przedmiotu zamówienia. Za równie nieprzydatny do oceny zgłoszonych zarzutów i żądań, Izba uznała wnioskowany dowód z notowań cen oleju napędowego, z rachunku zysków i strat za okres 2008 r., notatki prasowej na temat sytuacji ponoszenia strat przez PKP CARGO S.A., gdyż zarzuty protestu nie odnosiły się do niespełnienia warunków udziału w odniesieniu do sytuacji finansowej, a ponadto liczy się potencjał całego konsorcjum - składającego się z czterech podmiotów. Olej napędowy zobowiązał się zapewnić zamawiający, zatem dowody podwyżki cen paliw są bezprzedmiotowe.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów protestu, jak stanowi art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Zgodnie z SIWZ przedmiot zamówienia stanowi obsługa bocznic zamawiającego KWK Piast w okresie 36 miesięcy Ruch I i Ruch II:

Zakres usług realizowanych przez wykonawcę związanych z obsługą bocznic obejmował będzie:

W punkcie A, dla bocznic Ruch I w Bieruniu dla usług - obsada stanowisk pracy w ruchu kolejowym. Przedmiotem zamówienia jest obsada stanowisk pracy na stanowiskach bezpośrednio związanych z prowadzeniem i bezpieczeństwem ruchu kolejowego oraz prowadzeniem pojazdów kolejowych. W ramach wykonywanych obowiązków osoby bezpośrednio realizujące usługę będą wykonywać czynności wynikające z zajmowanych stanowisk związane z wykonywaniem przewozów w obrębie bocznic KWK Piast Ruch I, prowadzeniem ruchu oraz diagnostyką i utrzymaniem nawierzchni torowej bocznic, wymaganą ilość oraz kwalifikacje osób niezbędnych do realizacji usługi obsady stanowisk na bocznic Ruch I zawiera zamieszczona tabela,

W punkcie B, dla bocznic Ruch I w zakresie usług dzierżawy wraz z utrzymaniem pojazdów kolejowych. Przedmiotem zamówienia jest: dzierżawa wraz z utrzymaniem 4 szt. spalinowych lokomotyw manewrowych normalnotorowych (4 osiowych) o minimalnej mocy 800 KM, 17 szt. wagonów samowyładowczych typ 418 V lub równoważnych wraz z utrzymaniem, 1 sztuka drezyny motorowej wraz z utrzymaniem, posiadających wymagane Ustawą o transporcie kolejowym (Dz.U.2007 Nr 16 poz.94 z późn. zmianami) świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego oraz świadectwa sprawności technicznej pojazdu kolejowego. Dzierżawione pojazdy kolejowe powinny posiadać całodobową sprawność techniczną w całym okresie realizacji zamówienia.

Zestawienie sprzętu wymaganego przez zamawiającego:

- 1) 4 szt. lokomotyw manewrowych spalinowych o minimalnej mocy 800 KM;
- 2) 17 szt. wagonów samowyładowczych typ 418 V lub równoważnych;
- 3) 1 szt. drezyna motorowa normalnotorowa do transportu materiałów budowlanych i ekip roboczych o ładowności powyżej 5 t.

Wykonawca w okresie realizacji zamówienia dla pojazdów będących przedmiotem dzierżawy winien zapewnić wykonywanie:

- 1) bieżące utrzymanie dzierżawionych pojazdów kolejowych oraz wagonów,
- 2) wyposażenie dzierżawionych pojazdów w materiały eksploatacyjne z wyłączeniem oleju napędowego, który zapewni zamawiający,
- 3) bieżące prowadzenie wymaganej dokumentacji związanej z wykonywaniem przeglądów,
- 4) przeglądów kontrolnych,
- 5) przeglądów okresowych,
- 6) napraw rewizyjnych,

- 7) napraw głównych,
- 8) pomiary i badania parametrów pojazdów wynikających z dokumentacji systemu utrzymania wraz z założeniem dokumentacji i dokonywaniem wpisów,

W punkcie C, przewidziana została obsada stanowisk związana z prowadzeniem i bezpieczeństwem ruchu kolejowego. W punkcie C dotyczącym bocznicy Ruch II w Woli - w zakresie przewozów kolejowych w obrębie bocznicy kolejowej Ruch II określono prace manewrowe szczegółowo wymienione w pkt 1.1 lit a - I.

W punkcie D, wymieniono usługi w zakresie prowadzenia ruchu kolejowego, obejmujące obsadę posterunków.

W punkcie E, wymieniono usługi w zakresie konserwacji i remontów bieżących infrastruktury bocznicy Ruch II.

Formularz ofertowy, stanowiący załącznik nr 2 do SIWZ przewiduje 25 pozycji czynności składających się na całość przedmiotu zamówienia, dla których należało podać ceny jednostkowe usług cząstkowych wchodzących w skład ceny całkowitej oferty. Cenę oferty stanowiło podsumowanie cen jednostkowych załącznika – formularza ofertowego.

W SIWZ zamawiający określił w pkt. XXI, że jedynym kryterium jest cena - 100 %. W SIWZ zamawiający podał, że termin realizacji zamówienia - to okres 36 miesięcy, początek zamówienia nie później niż 6 miesięcy po zawarciu umowy.

SIWZ na stronie 3 w pkt 6 tabeli wymagała, aby wykonawca złożył wykaz dysponowania pojazdami torowymi, w tym obejmujący wózek motorowy o ładowności powyżej 5 ton. Na potwierdzenie tego warunku należało złożyć świadectwo dopuszczenia do ruchu typu pojazdu kolejowego. Na stronie 109 oferty konsorcjum "SERVICE -CARGO -LHS -PNUIK dla Piast," znajduje się świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu szynowego wózka motorowego WM -15A, wskazanego w wykazie sprzętu tego wykonawcy (str. 103 oferty), wystawione na wniosek PKP TLK SA przez uprawniony organ.

Oferty złożyli: konsorcjum pod nazwą: "SERVICE -CARGO -LHS -PNUIK dla Piast," w składzie: PKP CARGO SERVICE Sp. z o. o., w Warszawie, PKP CARGO S.A. w Warszawie, PKP Linia Hutnicza Szerokotorowa Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Sp. z o.o. Z informacji o wynikach postępowania wynikało, że: konsorcjum " SERVICE -CARGO -LHS -PNUIK dla Piast " złożyło najkorzystniejszą ofertę przy zaoferowanej cenie brutto: 64 598 999, 90 zł - otrzymując liczbę punktów w wysokości 100. Drugie miejsce otrzymał odwołujący A - konsorcjum CTL w składzie: CTL Maczki Bór Sp. z o.o. w Sosnowcu, CTL Train Sp. z o.o. w Sosnowcu i CTL MB Service Sp. z o.o. w Sosnowcu, które otrzymało 87,15. Natomiast trzecie miejsce zajęła oferta odwołującego B, któremu przyznano 84,07 punktów.

Izba zważyła co następuje.

Izba nie podzieliła zarzutu podniesionego przez odwołujących A i B, a sprowadzającego się do twierdzenia, iż oferta Konsorcjum „SERVICE-CARGO-LHS-PNUIK dla Piast” zawiera rażąco niską cenę. Niedopuszczalne jest bowiem automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie na podstawie wyłącznie arytmetycznego kryterium i odrzucenia ofert poniżej pewnego poziomu. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp upoważnia zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej, jeżeli poweźmie on uzasadnione wątpliwości dotyczące ceny oferty. Przepis ten nie nakłada jednak żadnych warunków, kiedy postępowanie takie może być zasadnie zainicjowane. Pozostaje to w sferze decyzji zamawiającego, opartej na dokumentacji postępowania oraz znajomości relacji cen rynkowych (pogląd taki został wyrażony w wyroku Izby o sygn. akt KIO/UZP 963/09). Z treści przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie wynika bowiem, by zamawiający miał obowiązek wdrożyć postępowanie wyjaśniające w przedmiocie rażąco niskiej ceny w każdym przypadku, lecz jedynie wtedy, gdy może podejrzewać, że oferta taką cenę zawiera. Stosowanie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie jest zatem obowiązkiem zamawiającego w każdej sytuacji, gdy tylko domagają się tego wykonawcy, których oferty zostały sklasyfikowane na dalszych pozycjach, co potwierdza stanowisko Izby np. w wyroku sygn. akt KIO/UZP 671/08. W związku z powyższym – zdaniem Izby, nie wolno automatycznie przesądzać o tym, że dana cena jest ceną rażąco niską, gdyż odbiega od wartości szacunkowej zamówienia. W konsekwencji, więc nie można przyjmować, że samo porównanie ceny danej oferty do szacunkowej wartości zamówienia, czy też ofert pozostałych wykonawców i zanotowane różnice, stanowią przesłankę do wykazania podstawy odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, jako zawierającą rażąco niską cenę. Zgodnie z poglądami orzecznictwa w sprawie stosowania art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, konieczność wszczęcia takiej procedury powstaje bezsprzecznie wobec ofert, których cena była niższa o 40%, 30% od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, powiększonej o VAT.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, iż zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wskutek pominięcia procedury wyjaśnienia podania rażąco niskiej ceny oferty zarówno przez konsorcjum "SERVICE -CARGO -LHS -PNUIK dla Piast," jak i odwołującego A – konsorcjum CTL w składzie: CTL Maczki Bór Sp. z o.o., CTL Train Sp. z o.o. i CTL MB Service Sp. z o.o. nie znalazł potwierdzenia. Należy zważyć, iż szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia określona przez zamawiającego na podstawie art. 32 ustawy Pzp w oparciu o dane o wynagrodzeniach za usługi wchodzące w skład przedmiotu zamówienia, uzyskane z poszczególnych kopalń i zakładów górniczych – jednostek organizacyjnych zamawiającego, a w szczególności KWK Piast, z uwzględnieniem podatku VAT wynosiła 80

945 780,00 zł. Zatem cena oferty konsorcjum "SERVICE -CARGO -LHS -PNUIK dla Piast" – wynosząca 64 598 999,90 zł brutto jest niższa o 20,19 % od wartości szacunkowej zamówienia oraz o około 16% niższa od ceny oferty odwołującego B, jak również niższa o około 13% od ceny oferty odwołującego A.

Cena oferty odwołującego A konsorcjum CTL wynosząca 74 121 744,77 zł. jest o 8,43 % mniejsza od szacunkowej wartości zamówienia oraz zbliżona do ceny oferty odwołującego B, wynoszącej 76 843 870, 22 zł. Cena oferty odwołującego B – 76 843 870,22 zł. jest również niższa o 5,07% od wartości szacunkowej zamówienia, co świadczy, iż wartość oszacowania przedmiotu zamówienia została zawyżona w stosunku do cen oferowanych przez rynek. Izba w pełni podziela stanowisko o niedopuszczalności automatycznego przesądzenia o rażąco niskiej cenie poprzez odniesienie się do szacunkowej wartości zamówienia skalkulowanej przez zamawiającego. Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości np. wyrok sygn. akt 76/81 „Transporoute”, wyrok sygn. akt 103/88 „Constanzo,” wyrok sygn. akt C-285/89 „Impresa Dona Alfonso,” potwierdzają, że nie można oceniać ofert wyłącznie według kryterium arytmetycznego. W okolicznościach tej sprawy, nie można mówić o znaczących rozbieżnościach między wartością szacunkową przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem podatku VAT a cenami złożonych ofert. Punktem odniesienia, skoro wartość szacunkowa została zawyżona, winna stanowić średnia cena złożonych ofert, a także ceny ofert proponowane w postępowaniach na porównywalny przedmiot zamówienia. Biorąc pod uwagę ceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, należy stwierdzić, iż nie charakteryzują się one zbyt dużym rozwarstwieniem. Przyjmując jako wypośredkowaną cenę oferty drugiej w kolejności konsorcjum CTL - cena oferty wybranej konsorcjum "SERVICE -CARGO -LHS -PNUIK dla Piast," jest niższa o około 13%. Tej wielkości - jak zanotowane w niniejszym postępowaniu, różnice cenowe składanych ofert, stanowią normalny mechanizm rynkowej konkurencji. Nie wykazują symptomów rażąco niskiej ceny, które obligowałyby zamawiającego do wszczęcia procedury wzywania wykonawców do wyjaśniania elementów ich ofert, mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający jest uprawniony aby samodzielnie ustalać podstawy do zastosowania procedury wyjaśniania cen ofert. Właściwymi narzędziami, które mogą być wykorzystane w tym celu jest posiadane rozeznanie poziomu cen rynkowych, ceny podobnych zamówień, średni poziom cen składanych ofert. Okoliczność, iż wszystkie złożone oferty, zawierają cenę niższą niż cena wynikająca z oszacowania, czyni wiarygodnymi wyjaśnienia zamawiającego, iż w tym segmencie rynku notuje się spadek cen za usługi przewozowe towarów oraz za usługi trakcyjne. Znikoma – około 3% różnica między ceną oferty odwołującego A i odwołującego B w sposób wyraźny dowodzi, iż motywem działania w szczególności odwołującego B, jest chęć wyeliminowania z postępowania konkurentów, przy pomocy nie do końca weryfikowalnego zarzutu rażąco niskiej ceny oferty.

Ustalenia w zakresie rażąco niskiej ceny oferty, zawsze należy odnosić do całości przedmiotu zamówienia. Podnoszone przez Odwołującego B zarzuty w odniesieniu do oferty wybranej "SERVICE -CARGO -LHS -PNUIK dla Piast" oraz oferty odwołującego A konsorcjum CTL, oraz zarzuty odwołującego A względem oferty wybranej, sprowadzają się natomiast do wykazania, iż poszczególne elementy przedmiotu zamówienia: takie jak przewóz węgla między bocznicami Ruch I i Ruch II, wycenione zostały poniżej kosztów przewidzianych w taryfie członka konsorcjum PKP CARGO S.A., czy że stosowane na rynku stawki za dzierżawę wagonów są wyższe, czy też, że cena obsługi punktu rozładunkowego została zaniżona zarówno w ofercie wybranego konsorcjum, jak i ofercie odwołującego A. Tego rodzaju argumentacja zarówno odwołującego A jak i odwołującego B, nie może zostać uwzględniona. Zamawiający nie narzucał sposobu kalkulowania stawek jednostkowych. Każdy z wykonawców, w zależności od własnego potencjału i możliwości realizacji przedmiotu zamówienia, dokonywał kalkulacji stawek jednostkowych za poszczególne usługi wchodzące w skład zamówienia. Nawet gdyby któraś z tych cen jednostkowych nie pokrywały kosztów świadczenia danej części usługi, to stawiane zarzuty nie dotyczą zaniżenia cen wszystkich usług częściowych (składających się na cenę za oferty za przedmiot zamówienia), które mogą być kalkulowane na poziomie pozwalającym na wypracowanie zysku za całość zamówienia. Niezależnie od kalkulacji ceny usługi jednostkowej, i tak liczy się wyłącznie cena całkowita oferty, przyjmowana do porównania ofert. Stanowisko takie wynika z ugruntowanego poglądu doktryny oraz orzecznictwa, i co zasady zostało przyznane przez odwołujących. Obydwaj odwołujący nie zaprzeczyli również iż w zestawieniu cen jednostkowych usług objętych przedmiotem zamówienia, które przedstawili w swoich ofertach, występują pozycje cen jednostkowych, w wysokości niższej niż podają oferty konkurencyjne. Należy podkreślić, iż kalkulacja jednostkowych elementów, czy określonej części oferty - nawet gdyby hipotetycznie założyć, iż odbiegałaby od cen rynkowych, i była zaniżona w stosunku do kosztów jej świadczenia, nie mogłaby świadczyć o rażąco niskiej cenie całej oferty. Należy, bowiem wskazać, iż kalkulacja własna ceny jest prawem, a jednocześnie obowiązkiem wykonawcy. W ramach tego prawa wykonawca na potrzeby każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może przyjąć swoją strategię budowy ceny. Brak, zatem jest podstaw do narzucenia wykonawcy obowiązku osiągnięcia zysku w każdym "z elementów ceny" (wyrok z 27 lipca 2009 r. KIO/UZP 878/09). Stosownie do ugruntowanych poglądów, wynikających z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej oraz orzecznictwa Sądów Okręgowych np. postanowienia Sądu Okręgowego w Poznaniu sygn. akt II Ca 2194/05, w którym Sąd ten stwierdził, iż „oceniając tylko ten jeden element oferty, zamawiający nie mógł odrzucić oferty odwołującego, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie zaś rażąco niskiej cenie pewnej części oferty,” wyroku z dnia 24 marca 2005 r. Sygn. akt II

Ca 425/04 Sądu Okręgowego w Lublinie uznającego również, że „ocena oferty - przedstawienia rażąco niskiej ceny, powinna być odnoszona do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę.” Mając na uwadze powyższe uznać należy, iż niedopuszczalnym jest - tak jak żądają tego odwołujący A oraz odwołujący B, stosując wybiórcze porównywanie wybranych pozycji ofert, w tym zakresie w którym składowe ceny jednostkowe oferty Konsorcjum „SERVICE-CARGO-LHS-PNUIK dla Piast” są niższe od pozycji innych ofert, aby cena wybranego konsorcjum została uznana za rażąco niską. Ustalenie rażąco niskiej ceny ma się bowiem odbywać w stosunku do „przedmiotu zamówienia,” a nie wyłącznie jego części, o czym stanowi art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący A oraz odwołujący B nie przedstawili żadnych dowodów świadczących, iż ceny oferowane za porównywalny przedmiot zamówienia, jak w niniejszym postępowaniu kształtują się na poziomie znacząco wyższym, zatem nie dowiedli zgłaszanych zarzutów w rozumieniu art. 6 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp. Dowodów takich nie stanowią, w ocenie Izby, dokumenty przedłożone na okoliczność wyższych cen za przewóz węgla, czy dzierżawę wagonów. Okolicznością niekwestionowaną jest, iż tabor przewozowy stanowi własność uczestnika wybranego konsorcjum, więc inna jest kalkulacja ceny niż za wynajem wagonów oraz, że taryfa towarowa PKP CARGO S.A. znajduje zastosowanie do przewozów otwartych i jednostkowych. Ceny usług z kontrahentami stałymi są objęte stawkami ustalonymi indywidualnie.

W tych okolicznościach Izba nie dopatrzyła się również, iż złożenie ofert przez konsorcjum "SERVICE - CARGO - LHS -PNUIK dla Piast" oraz oferty odwołującego A konsorcjum CTL, stanowi czynny nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) Odwołujący nie dowiedli, że ceny konkurencyjnych ofert, zostały skalkulowane na poziomie nie pokrywającym kosztów świadczenia usługi całkowitej – obsługi oznaczonych bocznic KWK Piast. Nie stanowi dowodu na stosowanie cen dumpingowych wynik finansowy podmiotu, który może być pochodną zaangażowania inwestycyjnego wypracowanych zysków, lub jak wyjaśniał zamawiający wynikiem zmian strukturalnych. W wyroku z dnia 12 lutego 2009 r. Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygnaturze KIO/UZP 126/09, przyjęto, że „ustalenie poziomu rażąco niskiej ceny powinno również obejmować zmiany sytuacji na rynku, gdyż nie obowiązuje jednoznaczne określenie poziomu różnicy pomiędzy cenami ofert, aby od jego przekroczenia można było mówić o cenie rażąco niskiej.” Oferta zawierająca niższe ceny jednostkowe w poszczególnych pozycjach w stosunku do innych wykonawców nie jest dowodem, że jej złożenie stanowi utrudnienie dostępu do rynku innym wykonawcom, i że ceny zostały podane poniżej kosztów wytworzenia.” kalkulacja jednostkowych elementów, czy określonej części oferty - nawet gdyby hipotetycznie założyć, iż odbiegałaby od cen rynkowych, to i tak nie mogłaby świadczyć o cenie poniżej kosztów

świadczenia całej usługi określonej ofertą. Nie znalazły zatem potwierdzenia zarzuty naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż nie zachodziły postawy do odrzucenia ofert wykonawców uczestniczących w przetargu z powołaniem się na wymienioną podstawę prawną. Czyn nieuczciwej konkurencji został zdefiniowany w ustawie z 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie, więc z dyspozycją art. 3 ust 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz.1503) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przepis ten posługuje się klauzulą generalną, wyznaczając kategorię czynów nieuczciwej konkurencji przez odwołanie się nie tylko do sprzeczności czynu z prawem, ale także dobrymi obyczajami, oraz postawienie wymogu, aby czyn zagrażał interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta. Przesłanki te winny wystąpić kumulatywnie. Oznacza to, iż sam fakt działania na niekorzyść innego przedsiębiorcy w odosobnieniu - nie tworzy czynu nieuczciwej konkurencji, powinna zaistnieć bowiem również druga z przesłanek, czyli sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami. W analizowanej sytuacji nie zachodzi żaden z w/w przypadków. Fakt bowiem zaoferowania w przetargu nieograniczonym ceny niższej od oferty innego przedsiębiorcy jest przejawem wolnej konkurencji i wolnego rynku, a nie czynem nieuczciwej konkurencji. Takie stanowisko potwierdza również opinia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003r. „Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r., Nr 1, poz. 240).” W opinii tej UOKiK wskazał, że „nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą być spełnione przesłanki z art. 15 uznk. Za takie będą więc uznane tylko działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy (art. 3 ust. 1) są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnianiem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym przypadku jest art. 15 ustawy. Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług (...), ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.”

Kolejnym z zarzutów był zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 Pzp tj. przygotowywania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Przy czym podkreślenia wymaga, iż zamawiający ma prawo i obowiązek przyjąć ofertę najkorzystniejszą według ustalonego kryterium oceny, które nie narusza równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Sam fakt subiektywnego odczucia odwołujących o uchybieniach w postępowaniu, a w szczególności chęć wyeliminowania korzystniejszych ofert, nie jest podstawą do zarzucenia naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący nie przedłożyli żadnych dowodów, które potwierdzałyby trafność stawianych zarzutów w tym zakresie.

Odnosząc się z natomiast do zarzutu odwołującego B (w sprawie KIO/UZP 214/10), jakoby wybrany wykonawca wadliwie dołączył świadectwo typu pojazdu kolejowego, które zostało wydane dla PKP PLK SA, czyli podmiotu nie wchodzącego w skład konsorcjum – Izba nie podzieliła takiego twierdzenia. Zgodnie z art. 4 pkt. 15 w zw. z pkt. 13 ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym - świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego to dokument uprawniający do użytkowania danego typu pojazdu kolejowego w przewozach kolejowych. Z kolei jak definiuje ustawodawca „typem pojazdu kolejowego” są pojazdy kolejowe o takich samych rozwiązaniach konstrukcyjnych. Świadectwa dopuszczenia nie wydaje się na każdy pojazd indywidualnie, lecz na jego typ, konsekwencją tej zasady jest to, iż świadectwo nie jest przywiązane do właściciela, czy też użytkownika pojazdu, lecz związane jest z pojazdem. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie wskazuje na konieczność przedłożenia świadectwa typu wydanego na konkretny podmiot, a jedynie na dany pojazd kolejowy. Uwzględniając powyższe należy wskazać, iż zabronione jest stwierdzenie na etapie oceny ofert, że wykonawcy oprócz wymagań określonych w SIWZ powinni potwierdzić inne wymagania nie wynikające wprost z SIWZ. Jeśli zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu, zobowiązany jest do ich przestrzegania. Dokumenty nie wymagane w SIWZ nie mogą więc stanowić podstawy odrzucenia oferty danego wykonawcy, co potwierdza ugruntowana linia orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej np. orzeczenie KIO z dnia 2 października 2008 r., w sprawie o sygnaturze KIO/UZP 999/08. W tym stanie rzeczy w świetle obowiązującej ustawy o Transporcie Kolejowym - pojazdy, które są objęte ofertą przystępującego (w tym wózek motorowy) - posiadają ważne świadectwa typu (w istocie wydane z wniosku PKP PLK S.A.) i wobec tego dokumenty złożone przez przystępującego, w tym w szczególności świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego są dokumentami zgodnymi ze stanem faktycznym oraz prawidłowymi pod względem formalno-prawnym.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nakazuje, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było w sposób przejrzysty, oznacza to między innymi, iż zamawiający winien ustalone w SIWZ przez siebie warunki, jakim mają odpowiadać oferty, egzekwować w sposób, jaki zostały przewidziane. Weryfikacji ofert, może jedynie dokonywać w oparciu o postanowienia, które ustanowił, wiążących również dla samego zamawiającego, który nie jest uprawniony aby je zmieniać czy interpretować w sposób dowolny. Zatem dokonując wyboru oferty, może oprzeć tę czynność wyłącznie o dołączone do oferty dokumenty, których wymagał. Działania przeciwnie prowadziłyby do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, równego traktowania wykonawców i wyboru oferty zgodnie z przepisami tej ustawy.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego B, iż ma on jakiegokolwiek podstawy do kwestionowania uznanych zarzutów protestu. Zamawiający w sposób wyraźny i jednoznaczny podał, iż uznaje za zasadne zarzuty protestu w odniesieniu do świadectw kwalifikacyjnych osób wskazanych do realizacji zamówienia w ofercie wybranego wykonawcy oraz w odniesieniu do licencji na usługi trakcyjne. Zamawiający był uprawniony aby poinformować w rozstrzygnięciu protestu, iż zwróci się do konsorcjum „SERVICE-CARGO-LHS-PNUIK dla Piast” o uzupełnienie wymienionych dokumentów. Dokumenty te są bowiem wymagane dla stwierdzenia spełnienia warunków podmiotowych przez wykonawcę, zatem ustawa Pzp w art. 26 ust. 3 nakłada na zamawiającego obowiązek wzywania wykonawców do ich uzupełnienia - jeżeli wykazują braki. Obowiązek taki, zdaniem Izby, może się aktualizować na każdym etapie postępowania, do czasu ostatecznego wyboru oferty, nawet, gdy nieprawidłowości zostaną ujawnione w wyniku protestu innego wykonawcy.

W związku z częściowym uwzględnieniem protestu odwołującego B, zgodnie z art. 183 ust. 5 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany był wstrzymać się z podejmowaniem czynności do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu. Z samego faktu, iż złożenie uzupełniająco dokumentów przez wezwanego wykonawcę będzie wymagało dokonania ponownej oceny oferty, wynika, iż czynność ta zawiera implicite unieważnienie poprzedniego wyniku postępowania. Zatem czynności, które zobowiązany będzie podjąć zamawiający, w wyniku częściowego uwzględnienia złożonego protestu, nie naruszają interesu prawnego odwołującego B i nie mogą stanowić podstawy do zgłaszania żądania unieważnienia wyboru oferty wyrokiem Izby, gdyż taką czynność zamawiający zobowiązał się dokonać w wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu.

Izba również nie znalazła podstaw, aby nakazać zamawiającemu unieważnienie postępowania o co wnosił odwołujący B, którego to zarzutu oraz żądania nie podtrzymał do protokołu rozprawy. Nie zachodzi bowiem zarzucane prowadzenie postępowania przez

zamawiającego z rażącym naruszeniem przepisów ustawy. Oferta konsorcjum „SERVICE-CARGO-LHS-PNUIK dla Piast” nie podlegała odrzuceniu ze względu na rażąco niską cenę, zatem jest możliwe i nakazane art. 26 ust. 3 ustawy Pzp uzupełnienie braków dokumentów wymaganych w SIWZ.

Postępowanie dowodowe wykazało, że zamawiający nie naruszył przepisów art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 3 i pkt 4 ustawy Pzp, art. 90 ust. 1 Pzp, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a zatem czynione zarzuty są bezpodstawne i pozbawione normatywnego oparcia.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie odwołującego A oraz odwołującego B na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

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, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

