

**WYROK**

**z dnia 19 czerwca 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Andrzej Niwicki

Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 czerwca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

**wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PCC Rail S.A. ul. Bukowska 12, 43-602 Jaworzno oraz Arriva Polska Sp. z o.o. ul. Stępińska 22/30, 00-739 Warszawa**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

**Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko – Pomorskiego**

**Plac Teatralny 2, 87-100 Toruń**

protestu z dnia 13 maja 2009 r.

przy udziale **PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o. ul. Wileńska 14a, 03-414 Warszawa** zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PCC Rail S.A. ul. Bukowska 12, 43-602 Jaworzno oraz Arriva Polska Sp. z o.o. ul. Stępińska 22/30, 00-739 Warszawa i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PCC Rail S.A. ul. Bukowska 12, 43-602 Jaworzno oraz Arriva Polska Sp. z o.o. ul. Stępińska 22/30, 00-739 Warszawa,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PCC Rail S.A. ul. Bukowska 12, 43-602 Jaworzno oraz Arriva Polska Sp. z o.o. ul. Stępińska 22/30, 00-739 Warszawa.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług publicznych w zakresie regionalnych kolejowych przewozów osób na terenie Województwa Kujawsko – Pomorskiego w okresie od 13 grudnia 2009 roku do 11 grudnia 2010 roku prowadzone jest zgodnie z art. 101 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 5 lipca 2008 r. w Dz. Urz. UE pod numerem 2008/S 129–172069. Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 2.049.180,32 zł, tj. 528.534,29 euro.

7 maja 2009 r. Odwołujący otrzymał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o. zwana dalej PKP PR lub Przystępującym. Na tę decyzję 13 maja 2009 r. Odwołujący złożył protest, a wobec jego oddalenia, 1 czerwca 2009 r., odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym zarzucił Zamawiającemu, iż nie odrzucając oferty Przystępującego naruszył art. 89 ust. 1 pkt. 4 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem cena skalkulowana w ofercie Przystępującego jest ceną poniżej kosztów wykonania usługi – bazując na analizie rynku kolejowych przewozów pasażerskich można stwierdzić, że żaden przewoźnik nie byłby w stanie, przy takim poziomie dotacji, prowadzić rentownej działalności, zatem zostały spełnione przesłanki art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 z późno zm.), tj. sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności w zakresie oceny ofert złożonych przez wykonawców,
2. wykonania czynności odrzucenia oferty Przystępującego jako naruszającej przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. powtórzenia czynności oceny ofert złożonych przez wykonawców i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący swoje stanowisko uzasadnił tym, że w trakcie postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą KIO/UZP 1227/08 PKP PR wskazywało, iż cena wówczas zaoferowana (tj. 10,73 zł) jest ceną równą kosztom ponoszonym przez PKP PR, gdyż, jak stwierdzono, nie jest obowiązkiem wykonawcy uzyskiwanie dochodu w wyniku realizacji zamówienia publicznego. W związku z tym zaproponowana w obecnym postępowaniu cena 9,92 zł jest ceną poniżej kosztów jakie ponosi PKP PR, gdyż z obserwacji oraz oficjalnych danych statystycznych rynku pasażerskich przewozów kolejowych w Polsce w ciągu ostatnich miesięcy nie wynika, aby doszło do tak drastycznego spadku kosztów prowadzenia działalności

przewoźników kolejowych, w tym PKP PR – dane publikowane przez Główny Urząd Statystyczny wskazują, iż ceny usług transportu lądowego od sierpnia 2008 do lutego 2009 (i w całym 2008 r.) cały czas rosły. Jednocześnie przyjęte założenia PKP PR dotyczące wysokości przychodów ze sprzedaży biletów były nierealne (3,89 zł/km planowane vs 1,53 zł/km jako średnia stycznia i kwietnia czy też 1,80 zł/km w najlepszym do tej pory miesiącu, kwietniu 2009 r.), a wzrost ilości pasażerów od 1 maja 2009 r. na poziomie, który by odpowiadał założeniom jest niemożliwy.

Z wyjaśnień udzielonych Zamawiającemu wynika, iż spółka podjęła radykalne działania w zakresie zmniejszenia kosztów w szczególności w działalności eksploatacyjnej, wskazują jako główne kierunki restrukturyzacji sprzedaż biletów, efektywność wykorzystania taboru, efektywność sekcji utrzymaniowo – naprawczych, kształt centrali spółki i zatrudnienie. Jednak wskazane przez PKP PR dane dotyczące wzrostu liczby pasażerów oraz redukcji kosztów na skutek restrukturyzacji są niewystarczające i oparte o nieweryfikowalne i prawdopodobnie nieprawdziwe informacje o możliwości obniżenia kosztów własnych o kilkadziesiąt procent w wyniku rzekomej restrukturyzacji. Wskazywane przez PKP PR możliwości restrukturyzacji są nierealne, gdyż żaden przewoźnik nie byłby w stanie wykonywać przewozów za cenę zaproponowaną przez PKP PR pokrywając z uzyskiwanych przychodów wszystkie swoje koszty. Restrukturyzacja w zakresie wskazanym przez PKP PR jest nierealna, zwłaszcza biorąc pod uwagę fakt, iż z informacji posiadanych przez Odwołującego przy poprzedniej cenie tj. 10,73 zł PKP PR ponosi straty na przewozach na tej trasie.

Oferta PKP PR wskazuje kwotę dofinansowania w wysokości 9,92 zł, przy deklarowanym przez PKP PR poziomie kosztów równym poprzedniej ofercie PKP PR, czyli 10,73 zł. Mając na uwadze powyższe oraz zaoferowaną kwotę dofinansowania, należy stwierdzić, że kwota dofinansowania do jednego pociągokilometra wskazana w ofercie PKP PR jest co najmniej o 7,12% niższa od poziomu kosztów na jeden pociągokilometr, które PKP PR poniesie w celu wykonania usługi. Wobec tego na każdym pociągokilometrze PKP PR ponosić będzie stratę w wysokości co najmniej 0,81 zł.

Na poparcie swojej argumentacji Odwołujący przedstawił szczegółowe wyliczenia.

22 maja 2009 r. Zamawiający oddalił protest stwierdzając, iż PKP PR, na jego wezwanie, przedstawił przewidywane przez siebie zestawienie kosztów oraz przychodów, które prognozowane są przez tę spółkę w związku ze świadczeniem usług na przedmiotowej trasie, z której to kalkulacji wynika, że PKP PR nie będzie ponosiło strat w związku ze świadczeniem przedmiotowej usługi. Ponadto PKP PR wykazało, że podjęło radykalne działania w zakresie zmniejszenia kosztów, w szczególności działalności eksploatacyjnej w obszarach: sprzedaży biletów, efektywności wykorzystania taboru, efektywności sekcji utrzymaniowo – naprawczych, centrali spółki oraz zatrudnienia. Poza tym analiza sprzedaży biletów wskazuje na wzrost zainteresowania pasażerów usługą. W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia te wskazują, że koszty kształtują się na poziomie rynkowym, a przychody zostały skalkulowane na podstawie strategii prognoz oraz wdrażanego programu restrukturyzacji, których weryfikacja jest możliwa po rzeczywistym przeprowadzeniu restrukturyzacji. Wysokość dopłaty zawarta w umowie ramowej stanowi maksymalny poziom dopłaty, jakiej może żądać wykonawca w okresie jej obowiązywania, a nie realną cenę, która jest kalkulowana dopiero w chwili składania oferty na świadczenie usługi w konkretnym okresie. Różnice w kwocie dopłat kształtują się na poziomie ok. 12%, co nie jest różnicą rażąco niską ceną. Zamawiający natomiast może odrzucić ofertę tylko wtedy, gdy dane, jakimi dysponuje, potwierdzą jednoznacznie, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę.

Przystępujący na potwierdzenie swojego stanowiska przedstawił własne kalkulacje i wyjaśnienia.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz oświadczeń i dokumentów złożonych podczas rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, iż wykonawcy w ofertach nie podawali co prawda ceny w rozumieniu art. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odnoszącego się do art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach, lecz kwotę dofinansowania przez Zamawiającego jednego pociągokilometra, jednak w niniejszym postępowaniu przyjmuje ona charakter ceny, którą Zamawiający będzie musiał zapłacić za usługę, zatem może być rozpatrywana pod kątem zarzutu rażąco niskiej ceny.

Ponadto kwestia ta może dotyczyć wyłącznie kwoty podanej w przedmiotowym postępowaniu, a zatem nie ma znaczenia rentowność działalności PKP PR w jej globalnej działalności – zarówno straty ponoszone na innych liniach, jak i zyski z innej działalności, które mogłyby pokrywać straty wynikające ze świadczenia usług na spornej linii.

Odwołujący nie kwestionuje obliczonego przez Przystępującego poziomu kosztów jednego pociągokilometra – 13,42 zł, lecz samą kwotę żądanej od Zamawiającego dopłaty 9,92 zł porównując ją z uprzednio żadaną, na rok 2009, dopłatą w wysokości 10,73 zł przy prognozowanym poziomie kosztów 14,62 zł.

Po zapoznaniu się z przedłożonymi przez Odwołującego i Przystępującego kalkulacjami oraz wysłuchaniu stanowisk Stron, Izba stwierdziła, iż rzeczywiście istnieją poważne wątpliwości co do tego, czy żądana kwota dofinansowania w wysokości 9,92 zł za pociągokilometr wraz z pozostałymi przychodami, będą w stanie pokryć koszty świadczenia przedmiotowej usługi przy zachowaniu cen biletów za przejazd na poziomie ustalonym przez Zamawiającego.

Należy jednak zwrócić uwagę, iż podana kwota dofinansowania jest jedyną znaną wartością stałą. Pozostałe wskazane w kalkulacjach kwoty czy to po stronie kosztów, czy przychodów są jedynie założeniami, prognozami i szacunkami, których zaistnienie w przyszłości zależy od wielu czynników i które niewątpliwie obejmują konieczny w takich wypadkach margines

błędu. W chwili obecnej trudno z dozą prawdopodobieństwa graniczącą z pewnością ocenić, czy żądana kwota dopłaty jest wartością realną, czy też została obliczona przy przyjęciu nazbyt optymistycznych założeń. Nawet dane z pierwszych kilku miesięcy prowadzenia działalności na przedmiotowej linii nie są jeszcze miarodajne, gdyż rację ma Przystępujący, iż kwota dofinansowania była obliczana w skali całego roku, a nie pojedynczych poszczególnych miesięcy, zatem nawet strata poniesiona w tych miesiącach nie przesądzałyby jeszcze o tym, że finalnie kwota ta może okazać się wystarczająca. Poza tym z podstawowej wiedzy ekonomicznej wynika, iż pierwsze miesiące prowadzenia danej działalności czy świadczenia danej usługi są okresem specyficznym związanym często z ponoszeniem kosztów na rozruch i okres „przyjmowania się” usługi na rynku, po którym dopiero będzie można wskazać konkretne dane dotyczące pasażerów zainteresowanych usługą.

Odwołujący neguje możliwość przeprowadzenia skutecznej restrukturyzacji PKP PR, jednak, jak podkreśla Przystępujący, plan ten został uznany za realny i zatwierdzony przez organy nadzorujące, w tym Zamawiającego jako współwłaściciela, zatem mógł być ujęty przez Przystępującego jako czynnik wpływający na koszty.

Zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący przedstawili własne kalkulacje oparte na racjonalnych przesłankach i Izba nie może w sposób kategoriyczny stwierdzić, że kalkulacje Przystępującego są nieprawidłowe i to do tego stopnia, że aż zaniżone w sposób rażący.

Przy tym trzeba przyznać rację Zamawiającemu, iż w Polsce w zakresie przewozów kolejowych nie istnieje „rynek cen”, z którym można by porównać kwoty podane przez Przystępującego, a zatem odpada ta metoda weryfikacji obliczeń „nierynkowości” ceny.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886, z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Toruniu.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....