

Sygn. akt KIO 2578/12

Sygn. akt KIO 2594/12

WYROK
z dnia 17 grudnia 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Prowadzisz**

Członkowie: **Małgorzat Rakowska**
Ewa Rzońca

Protokolant: **Radosław Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniach 4 grudnia 2012 roku i 13 grudnia 2012 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 23 listopada 2012 roku przez wykonawcę DB Schenker Rail Polska S.A. z siedzibą w Zabrze przy ulicy Wolności 337, 41-800 Zabrze (Sygn. akt: KIO 2578/12),

B. w dniu 26 listopada 2012 roku przez wykonawcę Freightliner PL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ulicy Jasnej 15, 00-003 Warszawa (Sygn. akt: KIO 2594/12)

w postępowaniu prowadzonym przez PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie przy ulicy Mysiej 2, 97-400 Bełchatów

przy udziale:

A. (sygn. akt KIO 2578/12) wykonawców:

- Freightliner PL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ulicy Jasnej 15, 00-003 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2578/12 po stronie Odwołującego,
- PKP CARGO S.A z siedzibą w Warszawie przy ulicy Grójeckiej 17, 02-021 Warszawa zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2578/12 po stronie Zamawiającego

B. (sygn. akt KIO 2594/12) wykonawcy:

- PKP CARGO S.A z siedzibą w Warszawie przy ulicy Grójeckiej 17, 02-021 Warszawa zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2594/12 po stronie Zamawiającego.

orzeka:

A) uwzględnić odwołanie DB Schenker Rail Polska S.A. z siedzibą w Zabrzu przy ulicy Wolności 337, 41-800 Zabrze (Sygn. akt: KIO 2578/12) i nakazuje PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie przy ulicy Mysiej 2, 97-400 Bełchatów:

- odtajnić informacje zawarte w piśmie wykonawcy PKP CARGO S.A. z 30 października 2012 roku w następującym zakresie: pkt I ppkt 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8 lit. a i b, 9 oraz pkt II i pkt III.

B) uwzględnić odwołanie Freightliner PL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ulicy Jasnej 15, 00-003 Warszawa (Sygn. akt: KIO 2594/12) i nakazuje PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie przy ulicy Mysiej 2, 97-400 Bełchatów:

- unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej,
- powtórzyć czynności badania i oceny ofert,

- wezwać wykonawcę PKP CARGO S.A. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentu polisy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia
- odtajnić informacje zawarte w piśmie wykonawcy PKP CARGO S.A. z 30 października 2012 roku w następującym zakresie: pkt I ppkt 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8 lit. a i b, 9 oraz pkt II i pkt III.

2. Kosztami postępowania obciąża PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie przy ulicy Mysiej 2, 97-400 Bełchatów i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: wykonawcę DB Schenker Rail Polska S.A. z siedzibą w Zabrze przy ulicy Wolności 337, 41-800 Zabrze (Sygn. akt: KIO 2578/12) i wykonawcę Freightliner PL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ulicy Jasnej 15, 00-003 Warszawa (Sygn. akt: KIO 2594/12) tytułem wpisów od odwołań,

2.2 zasądza od PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie przy ulicy Mysiej 2, 97-400 Bełchatów kwotę **37 200 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście złotych), w tym:

A) kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) na rzecz wykonawcy DB Schenker Rail Polska S.A. z siedzibą w Zabrze przy ulicy Wolności 337, 41-800 Zabrze (Sygn. akt: KIO 2578/12) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,

B) kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) na rzecz wykonawcy Freightliner PL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ulicy Jasnej 15, 00-003 Warszawa (Sygn. akt: KIO 2594/12) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt KIO 2578/12

Sygn. akt KIO 2594/12

UZASADNIENIE

Zamawiający PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie przy ulicy Mysiej 2, 97-400 Bełchatów prowadzi postępowanie o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *Zakup usługi przewozu węgla kamiennego i sorbentów wapiennych transportem kolejowym dla Oddziałów PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A.*”, opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 5 września 2012 roku pod numerem 2012/S 170-281772.

15 listopada 2012 roku Zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, i tak w części I, III i IV został wybrany wykonawca PKP CARGO S.A.

A. Sygn. akt KIO 2578/12

Odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 23 listopada 2012 roku Odwołujący zarzucił Zamawiającemu niezgodne z prawem czynności i zaniechania polegające na:

- 1) czynności wyboru oferty PKP CARGO S.A. w zakresie I i IV części zamówienia, a tym samym naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawno zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami; dalej „ustawa” lub „pzp”) w zw. z art. 90 ust. 1 i 2 pzp, art. 91 ust. 1 pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 pzp oraz naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 3) pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 z późn. zm.) oraz art. 89 ust. 1 pkt 8) pzp w zw. z art. 9 ustawy z dnia z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U.2007.50.331 z późn. zm.),
- 2) zaniechaniu wykluczenia wykonawcy PKP CARGO S.A. i uznania jego oferty za odrzuconą w zakresie części I i IV zamówienia, a tym samym naruszeniu art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 ustawy,

- 3) zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej - w zakresie I i IV części zamówienia - oferty Odwołującego, a tym samym naruszeniu art. 91 ust. 1 pzp w zw. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie zarzutów podniesionych w odwołaniu i unieważnienie czynności wyboru przez Zamawiającego oferty PKP CARGO S.A. w zakresie I i IV części zamówienia, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez PKP CARGO S.A., nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy PKP CARGO S.A. i uznanie jego oferty za odrzuconą w zakresie części I i IV zamówienia, nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty PKP CARGO S.A. w zakresie I i IV części zamówienia, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, ewentualnie unieważnienie postępowania, obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu ekonomiki transportu kolejowego na okoliczność ustalenia czy ceny zaoferowane przez PKP CARGO S.A. w ramach części I i IV niniejszego zamówienia mają przymiot „ceny rażąco niskiej”, odtajnienie treści wyjaśnień PKP CARGO S.A. złożonych w odpowiedzi na pismo Zamawiającego nr DK/645/2012DZ z dnia 23 października 2012 r. i umożliwienie Odwołującemu zapoznanie się z tymi wyjaśnieniami.

Odwołujący następująco uzasadnił swoje stanowisko:

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w zakresie wszystkich czterech części zamówienia dokonał wyboru oferty złożonej przez PKP CARGO S.A. w uzasadnieniu wskazując, iż oferta tego Wykonawcy przedstawia „najkorzystniejszy bilans kryteriów wskazanych w pkt 17 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ)”, jedynym kryterium oceny ofert była cena o wadze 100 %. Odwołujący nie zgadzał się z decyzją Zamawiającego o wyborze oferty PKP CARGO S.A. w zakresie I i IV części zamówienia, podnosząc, iż ceny zaoferowane przez tego Wykonawcę na realizację wszystkich części zamówienia, w tym również części I i IV mają przymiot „ceny rażąco niskiej”. Ceny te nie tylko odbiegają od ceny przeznaczonej przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia poszczególnych części zamówienia, ale są również znacząco niższe od kwot zaoferowanych przez pozostałych wykonawców, w tym Odwołującego - w przypadku części I zamówienia cena zaoferowana przez PKP CARGO S.A. jest niższa od kwoty szacunkowej

Zamawiającego aż o 43%, a w przypadku części IV zamówienia różnica ta wynosi 37%. Już zatem samo to porównanie budzi poważne wątpliwości co do cen zaoferowanych przez PKP CARGO S.A. Odwołujący podniósł, że ustawa, podobnie jak i dyrektywy unijne nie zawierają definicji rażąco niskiej ceny. Niemniej jednak zarówno doktryna jak i bogate orzecznictwo wypracowały już ramy pozwalające na ocenę czy w konkretnym przypadku mamy do czynienia z rażąco niską ceną. W doktrynie w odniesieniu do pojęcia „rażąco niskiej ceny” wskazuje się, iż „... należałoby przyjąć, że użyty zwrot oznacza ofertę z ceną niewiarygodnie niską, znacząco odbiegającą od cen rynkowych. Taka cena może wskazywać na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów ponoszonych przez wykonawcę”. Powyższe rozumowanie potwierdza wyrok SO w Warszawie z dnia 6 września 2002 r., V Ca 1020/02, ZPO 2002, nr 1, poz. 68, dotyczący co prawda uchylonej już ustawy o zamówieniach publicznych, jednakże zawarte w jego uzasadnieniu stwierdzenie, odnoszące się do wysokości cen podawanych w ofertach, zachowuje aktualność. Sąd stwierdził w nim, że „kwota 1 zł, jako odpowiadająca miesięcznemu kosztowi zarządzania obiektami i wynagrodzenia zarządcy (...), jest oczywiście nierealna z punktu widzenia logiki i doświadczenia życiowego i racjonalności decyzji ekonomicznych przedsiębiorców”. (tak Włodzimierz Dzierżanowski, Komentarz do Ustawy Prawo Zamówień Publicznych, Lex 2012). Odwołujący odniósł się również do orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2012 r. sygn. akt: KIO 2737/11, wyrok KIO z dnia 17 sierpnia 2012 r., sygn. akt: KIO 1649/12, wyrok KIO z dnia 11 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO 1377/12, wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2012 r., sygn. akt: KIO 2771/11. Stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie ram pozwalających na uznanie, czy w konkretnym postępowaniu została złożona oferta z „rażąco niską ceną”, znajduje odzwierciedlenie również i w orzecznictwie Sądów powszechnych. Przykładowo należy wskazać, iż Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt: XIX Ga 128/08) wyjaśnił, iż „Przepisy p.z.p. nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, mimo że pojęcie to zostało użyte przez ustawodawcę nie tylko w art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., ale i w art. 90 p.z.p. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i można przyjąć, że cena rażąco niska, to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”. Odwołujący podniósł również, że Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując kwestię „rażąco niskiej ceny” zwraca również uwagę na aspekt celu

postępowania przetargowego jakim jest realizacja zamówienia i to realizacja zamówienia w sposób należyty. Natomiast konsekwencją przyjęcia oferty z „rażąco niską ceną” jest ryzyko nie osiągnięcia tego celu, a zatem ryzyko niewykonania zamówienia przez danego wykonawcę lub też nienależytego wykonania zamówienia (wyroku KIO z dnia 5 kwietnia 2012 r. sygn. akt: KIO 560/12; wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2012 r. sygn. akt: KIO 2771/11). Odwołujący wskazał, że mimo braku legalnej definicji „rażąco niskiej ceny” pojęcie to odnosi się do ceny niewiarygodnej i nierealnej w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia oraz w stosunku do rynkowych cen podobnych zamówień i innych ofert złożonych w postępowaniu, a także wskazującej na zamiar wykonawcy realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, a tym samym wskazującej na ryzyko niewykonania lub co najmniej nienależytego wykonania zamówienia. Dla uznania, iż w danym postępowaniu „cena jest rażąco niska” nie jest wystarczające jedynie porównanie szacunkowej wartości zamówienia i ofert pozostałych wykonawców. Niezbędne jest dokonanie szczegółowej analizy konkretnego przypadku, każdy bowiem wykonawca kieruje się inną strategią w prowadzeniu działalności i innymi kryteriami w kalkulacji ceny, obliczaniu zysku i rentowności firmy. Niemniej jednak kryteria te nie mogą być oderwane od realiów rynkowych i muszą opierać się na obiektywnych zasadach jakimi musi kierować się każdy przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą nastawioną na zysk, a do takich niewątpliwie należy PKP CARGO S.A. W postępowaniu cena zaoferowana przez PKP CARGO S.A. na wszystkie części zamówienia, w tym również na część I i IV tak dalece odbiega nie tylko od szacunkowej wartości zamówienia i ofert pozostałych wykonawców, a więc i od realiów rynkowych, iż budzi to poważne wątpliwości czy nie jest to „cena rażąco niska”. Wątpliwości takie powstały również i po stronie Zamawiającego, który zwrócił się do PKP CARGO S.A. o złożenie wyjaśnień w przedmiotowym zakresie, a następnie uwzględnił wyjaśnienia PKP CARGO S.A. Odwołujący podniósł, iż chciał zapoznać się z przedmiotowymi wyjaśnieniami w celu weryfikacji kryteriów jakimi kierowało się PKP CARGO S.A. przy ustalaniu cen zaoferowanych w niniejszym postępowaniu i pismem z dnia 15 listopada 2012 r. zwrócił się do Zamawiającego o umożliwienie wglądu w złożone wyjaśnienia. W odpowiedzi Odwołujący uzyskał, informację, iż wyjaśnienia te PKP CARGO S.A. objęło tajemnicą przedsiębiorstwa. W związku z powyższym Odwołujący nie jest w stanie ocenić kryteriów jakimi kierowało się PKP CARGO S.A. i z tego względu Odwołujący wniósł o odtajnienie treści wyjaśnień PKP CARGO S.A. złożonych w odpowiedzi na pismo

Zamawiającego nr DK/645/2012DZ z dnia 23 października 2012 r. i umożliwienie Odwołującemu zapoznanie się z tymi wyjaśnieniami. Niezależnie jednak od kryteriów jakimi kierowało się PKP CARGO S.A. ustalając ceny zaoferowane w postępowaniu na rażąco niskim poziomie, Odwołujący jako przedsiębiorca od wielu lat prowadzący działalność gospodarczą w zakresie objętym przedmiotem zamówienia może z całą pewnością stwierdzić, iż ceny zaoferowane przez PKP CARGO S.A. są cenami rażąco niskimi i niemożliwa jest realizacja niniejszego zamówienia po takich cenach, bowiem nie pokrywają one kosztów wykonania usługi, nie mówiąc już o zysku przedsiębiorstwa, który jest przecież celem każdej z firm. Okoliczności te są dla Odwołującego oczywiste, niemniej jednak w celu ich potwierdzenia, Odwołujący zlecił przeprowadzenie stosownej analizy niezależnemu Centrum Badań i Ekspertyz Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach. Centrum Badań i Ekspertyz Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach dokonało wszechstronnej analizy zasad ustalania cen w kolejowym transporcie towarowym w warunkach konkurencji, przeanalizowało problematykę zastosowania „rażąco niskiej ceny” oraz rozważyło mikro i makroekonomiczne skutki niewłaściwej polityki cenowej i stosowania rażąco niskich cen. Ponadto w ramach Ekspertyzy dokonano badania ofert złożonych w niniejszym postępowaniu, w tym również oferty złożonej przez PKP CARGO S.A., zwłaszcza z punktu widzenia kwestii „rażąco niskiej ceny”. Z Ekspertyzy tej wynika, iż „cena rażąco niska, to cena niższa lub równa sumie kosztów zmiennych oraz kosztów pół-zmiennych”. Przy czym do kosztów zmiennych zaliczono koszty energii trakcyjnej i dostępu do infrastruktury, a do kosztów pół-zmiennych koszty wynagrodzenia z narzutami oraz koszty remontów (str. 10-11 Ekspertyzy). Dalej wskazano, że „Jeśli z rachunku kosztów wynika, iż cena oferenta nie pokrywa kosztów usługi, a zwłaszcza kiedy jest bliska lub nawet poniżej sumy kosztów zmiennych i pół-zmiennych, to można mówić o zastosowaniu ceny rażąco niskiej” (str. 26 Ekspertyzy). Z Ekspertyzy tej wynika ponadto, iż „W przetargach na zadanie 1 i 2 oferta PKP CARGO S.A. lokuje się poniżej 60% wartości szacowanej przez PGE” (str. 17 Ekspertyzy). Dalsza analiza ofert doprowadziła badających do następującego wniosku: „W przypadku zadań 1 i 4 są to obniżki na poziomie $\frac{1}{4}$ ceny względem cen rynkowych. (...) można z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością stwierdzić, że PKP CARGO S.A. zastosowało w przypadku wszystkich zadań rażąco niską cenę, która nie spełnia funkcji dochodowej i w obecnej sytuacji rynkowej może być traktowana jako przejaw nadużycia przez tego operatora dominującej pozycji rynkowej” (str. 19 Ekspertyzy). Dokonując

porównania ofert PKP CARGO S.A. i Odwołującego (w zakresie części I zamówienia) badający wzięli również pod uwagę możliwość uzyskania ładunków zwrotnych nie tylko na poziomie 30%, ale i na poziomie 60%, co - jak podkreślono - jest w przypadku transportu kolejowego wynikiem mało realnym, wręcz niemożliwym. Z porównania tego wynika, iż w obydwu przypadkach różnica pomiędzy ofertami PKP CARGO S.A. i Odwołującego jest znacząca i wynosi ponad 40 mln zł (str. 20 Ekspertyzy). Możliwość pozyskania tak dużej ilości ładunków zwrotnych jest natomiast wykluczona w przypadku niniejszego zamówienia ze względu na bardzo długi, jak na transport kolejowy i rozmiar przetargu, okres realizacji zamówienia tj. 3 lata oraz ze względu na fakt niezwykle dużego natężenia przewozów. PKP CARGO S.A. miałyby podstawy do przyjęcia pozyskania ładunków zwrotnych w takich ilościach i w kalkulowaniu ich w cenę oferty, gdyby czasokres realizacji zamówienia był znacznie krótszy. W przypadku natomiast niniejszego przetargu takie założenia są błędne i nieuzasadnione oraz prowadzą do nieuprawnionego obniżenia ceny oferty do poziomu ceny rażąco niskiej.

W ramach konkluzji badający stwierdzili, iż: „Przeprowadzona analiza cen ofert zgłoszonych do postępowania przetargowego pozwala stwierdzić, że kwoty zgłoszone przez PKP Cargo (dominujący podmiot na rynku) znacząco odstają od kalkulacji przewoźników niezależnych. Na podstawie zgromadzonych informacji można zidentyfikować trzy potencjalne przyczyny takiego stanu rzeczy: - różnice w technologii przewozu zastosowane przez PKP Cargo S.A., optymistyczne założenie znaczącej ilości ładunków zwrotnych (finansowanie krzyżowe), błędy w kalkulacji ceny PKP Cargo bądź celowe jej zaniżanie w celach dumpingowych. Pierwszy z czynników ma charakter obiektywny i jest właściwy dla wolnorynkowej konkurencji. Jednak ze względu na strukturę posiadanego taboru nie ma wystarczających podstaw by sądzić, że czynnik technologiczny tłumaczy tak znaczące odchylenie od cen deklarowanych przez pozostałych przewoźników. Pozostałe wymienione potencjalne przyczyny różnic wskazują na możliwość poważnych błędów w kalkulacji lub nieuczciwej konkurencji dominującego podmiotu rynkowego. Wielkość różnic w cenach zadań 1 i 2 świadczy raczej o tej drugiej możliwości. (...) można stwierdzić, że w przypadku zadań 1 i 2 prawie pewne, a w przypadku zadań 3 i 4 mocno uprawdopodobnione jest zastosowanie przez PKP Cargo S.A. rażąco niskiej ceny - w świetle Prawa Zamówień Publicznych " (str. 21-22 Ekspertyzy). Badający zwracają także uwagę, iż „(...) być może zwycięzca przetargu oferujący rażąco niskie ceny będzie musiał

wycofać się z świadczenia zakontraktowanych usług” „zwłaszcza w sytuacji podwyżek cen dostępu do infrastruktury, energii i paliw, co w okresie 3-letnim jest dość prawdopodobne” (str. 24 Ekspertyzy). „Kalkulacja ceny dużych zleceń przewozowych na rynku towarowego transportu kolejowego powinna w większym stopniu uwzględniać metodę kosztową. Cena konstruowana na tak długi czas jak 2-3 lata nie może pomijać kosztów pół-zmiennych i stałych, a dla rozwoju firmy konieczny jest też zysk” (str. 26 Ekspertyzy). Z przeprowadzonej Ekspertyzy wynika zatem, iż PKP CARGO S.A. zaoferowało ceny które mają charakter „ceny rażąco niskiej” w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Kwestia prawidłowej oceny wystąpienia „rażąco niskiej ceny” jest niezwykle istotna, bowiem dotychczasowa praktyka pokazuje, iż pierwotne założenia wykonawców niejednokrotnie nie znajdują odzwierciedlenia w ich późniejszych możliwościach, co z kolei może prowadzić do negatywnych konsekwencji dla Zamawiającego, który ostatecznie nie osiąga celu, jakim jest zrealizowanie zamówienia. Ostatnie problemy w zakresie budowy infrastruktury drogowej (autostrady, drogi szybkiego ruchu) wskazują, iż, aż tak znaczące różnice w zakresie ceny powinny budzić uzasadnione wątpliwości co do prawidłowości kalkulacji ceny, a wyjaśnienia Wykonawcy powinny być oceniane ze szczególną ostrożnością, a nawet dla bezpieczeństwa realizacji zamówienia powinny zostać poddane ocenie niezależnego podmiotu w zakresie możliwości wykonania usług po tej cenie. Odwołujący zwraca również uwagę, iż ryzyko niewykonania zamówienia przez PKP CARGO S.A. po tak niskich cenach w przewidzianym przez Zamawiającego okresie 3 letnim jest tym większe, że w dniu 20 listopada br. Rada Ministrów, w celu dostosowania polskiego prawa do wymagań unijnych, przyjęła założenia do projektu nowelizacji ustawy z dnia 8 września 2000 r. o komercjalizacji, restrukturyzacji i prywatyzacji przedsiębiorstwa państwowego „Polskie Koleje Państwowe”(Dz.U.2000.84.948 z późn. zm.), ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz.U.2012.1112 j.t.) oraz ustawy 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (Dz.U.2007.16.94 j.t. z późn. zm.). W wyniku tej nowelizacji przewoźnicy z grupy PKP, a zatem i PKP CARGO S.A., dotychczas pozbawieni prawa do ogłoszenia upadłości, będą podlegali ogólnym przepisom o upadłości. Nie jest zatem wykluczone, iż PKP CARGO S.A. w trakcie tak długiego zamówienia tj. w okresie 3 lat nie będąc w stanie realizować przewozu poniżej kosztów wytworzenia, może podjąć decyzję o ogłoszeniu upadłości. W konsekwencji Zamawiający nie osiągnie celu postępowania bowiem zamówienie nie zostanie zrealizowane. Obecnie PKP CARGO S.A.

wykorzystuje brak zdolności upadłościowej wynikający z art. 6 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz.U.2012.1112 j.t.). W konsekwencji aktualna polityka PKP CARGO S.A. polega na stosowaniu cen dumpingowych w celu powiększenia udziału w rynku przewozów kolejowych. Jednocześnie wydaje się, że PKP CARGO S.A. nie zważa na osiągnięcie zysku, co powinno być przecież normalnym celem każdej firmy prowadzącej działalność gospodarczą. Niewątpliwie zatem, działania takie noszą znamiona nieuczciwej konkurencji. Oczywiście jest również, iż ze względu na wskazaną nowelizację przepisów polityka PKP CARGO S.A. będzie musiała ulec zmianie i nie jest wykluczone, że konsekwencją tej zmiany będzie niezrealizowanie niniejszego zamówienia. Biorąc pod uwagę wskazane powyżej okoliczności należy uznać, iż Zamawiający dokonując wyboru oferty PKP CARGO S.A. w zakresie części I i IV zamówienia naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4) pzp w zw. z art. 90 ust. 1 i 2 pzp, art. 91 ust. 1 pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 pzp. Oferta ta bowiem zawiera „rażąco niską cenę” i jej wybór godzi w zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Wybór ten pozostaje również w sprzeczności z nakazem wyboru oferty najkorzystniejszej, a ponadto Zamawiający uwzględniając wyjaśnienia PKP CARGO S.A. niewątpliwie nie wziął pod uwagę wszystkich obiektywnych czynników, w przeciwnym bowiem razie oferta PKP CARGO zostałaby odrzucona ze względu na rażąco niską cenę.

Odwołujący podniósł, iż przesłanką do odrzucenia oferty PKP CARGO S.A. jest to, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3) pzp. Zgodnie bowiem z art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 z późn. zm.) „Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia”. Z art. 3 ust. 1 tejże ustawy wynika z kolei, iż „Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”. Działania PKP CARGO S.A. w niniejszym postępowaniu niewątpliwie wyczerpują dyspozycje powołanych przepisów. Zaoferowane przez PKP CARGO S.A. ceny są bowiem niższe od kosztów wytworzenia usługi objętej niniejszym przetargiem, a tym samym działania takie naruszają interes Odwołującego, pozbawiając go możliwości uzyskania niniejszego

zamówienia w warunkach uczciwej konkurencji. W powołanej powyżej Ekspertyzie również zauważono, iż „tak znaczące zniżenie przez podmiot dominujący cen poniżej kosztów, nie ma charakteru zrozumiałej walki konkurencyjnej (...), a raczej jest to przejaw zachowań monopolistycznych uwarunkowanych osiągniętą pozycją rynkową. Co więcej w Ekspertyzie wskazano nawet, iż „(...) ewidentna próba wykorzystania pozycji rynkowej powinna być przedmiotem ingerencji z poziomu regulacji rynku kolejowego (Ministerstwo Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej oraz Urząd Transportu Kolejowego) oraz rynku ogółem (Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów) ” (str. 25 Ekspertyzy). Jak to wskazano powyżej, na stronie 22 Ekspertyzy badający wprost stwierdzili, iż wielkość różnic w cenach zadań 1 i 2 świadczy o nieuczciwej konkurencji dominującego podmiotu rynkowego. Trudno bowiem uznać, aby polityka stosowana przez PKP CARGO S.A. była wynikiem omyłkowej kalkulacji ceny, skoro tak duże zniżenie ceny dotyczy wszystkich części zamówienia, w tym również zaskarżonej niniejszym odwołaniem części I i IV zamówienia. Powołując się na wnioski ekspertów należy uznać, iż „Zniżanie cen przez PKP Cargo w sytuacji tak dużego zamówienia jest nieuzasadnione ekonomicznie, nawet w przypadku przyjęcia, że chodzi o próbę powiększenia udziału rynkowego. Takie obniżki ceny zagrażają w istotnym stopniu płynności oraz wartości rynkowej przedsiębiorstwa. Stosowanie rażąco niskich cen przez dominujący podmiot rynkowy na rynku kolejowych przewozów towarowych jest zagrożeniem dla liberalizacji tego rynku, w sytuacji kiedy polski rynek uznaje się za słabo zliberalizowany. Liberalizacja rynku jest jednym z narzędzi, które stosuje się w UE dla podniesienia konkurencyjności transportu kolejowego. Tym samym polityka PKP Cargo jest sprzeczna z europejską i polską polityką transportową. Wskazana powyżej polityka PKP CARGO S.A. polegająca na nadużyciu pozycji dominującego podmiotu na rynku przewozów kolejowych narusza również przepisy ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U.2007.50.331 z późn. zm.). Zgodnie z art. 9 ust. 1 tejże ustawy „Zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców ”. Ustawodawca w ustępie 2 przykładowo wskazał, iż „Nadużywanie pozycji dominującej polega w szczególności na bezpośrednim lub pośrednim narzucaniu nieuczciwych cen, w tym cen nadmiernie wygórowanych albo rażąco niskich, odległych terminów płatności lub innych warunków zakupu albo sprzedaży towarów” (pkt 1); „przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji ” (pkt 5). PKP CARGO S.A. ma pozycję dominującą na rynku właściwym w

rozumieniu art. 9 ust. 1 i ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Rynkiem właściwym jest rynek przewozów kolejowych - towarów masowych. Geograficznie, rynek ten obejmuje terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Na tak zdefiniowanym rynku właściwym, PKP CARGO S.A. ma pozycję dominującą. Zgodnie z raportem rynku przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego za rok 2011, PKP CARGO S.A. posiada udział w rynku transportu kolejowego (wg wykonanej pracy przewozowej) w wysokości 62,9 % (przy czym udział w rynku towarowych przewozów masowych, obejmujących węgiel, kruszywa, rudy i piryty, kamień, żwir i wapno, wynosi ok. 67,1%). Jak wykazano wyżej, PKP CARGO S.A. wykorzystuje swoją pozycję dominującą i przeciwdziała ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, stosując niedozwoloną praktykę dumpingu cenowego, gdzie oferowana cena jest niższa lub równa sumie kosztów zmiennych oraz kosztów pół-zmiennych wykonania usługi. PKP CARGO S.A. wykorzystuje swoją pozycję dominującą i przeciwdziała ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, stosując niedozwoloną praktykę dumpingu cenowego, gdzie oferowana cena jest niższa lub równa sumie kosztów zmiennych oraz kosztów pół-zmiennych wykonania usługi. Zgodnie z art. 9 ust. 3 przedmiotowej ustawy „Czynności prawne będące przejawem nadużywania pozycji dominującej są w całości lub w odpowiedniej części nieważne” Mając powyższe na uwadze, należy uznać, iż umowa zawarta na podstawie praktyki stanowiącej nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym będzie w całości lub w części nieważna. Biorąc pod uwagę powyższe regulacje należy przyjąć, iż oferta złożona PKP CARGO S.A. jest nieważna, jako, że zaoferowane w niej ceny niewątpliwie stanowią nadużycie pozycji dominującej posiadanej przez PKP CARGO S.A. Taki sam charakter będzie miała również ewentualna umowa zawarta przez Zamawiającego w przypadku podtrzymania decyzja o wyborze oferty PKP CARGO S.A. Zamawiający winien było odrzucić ofertę PKP CARGO S.A., w tym w zakresie I i IV części zamówienia, również i z tej przyczyny, iż jej naruszenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Doszło tym samym do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3) pzp w zw. z art. 3 ust 1 oraz art. 15 ust 1 pkt 1) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 z późn. zm.). Zamawiający naruszył również art. 89 ust. 1 pkt 8) pzp i art. 9 ustawy z dnia z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U.2007.50.331 z późn. zm.) bowiem oferta złożona przez PKP CARGO S.A.

w niniejszym postępowaniu stanowi nadużycie dominującej pozycji tego podmiotu na rynku i z tej przyczyny czynności taka jest nieważna.

Odwołujący podniósł również, że Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu w pkt 9.1.1. d) (str. 10 SIWZ) wskazał, iż na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej wymaga od Wykonawców złożenia *opłaconej polisy, a przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia, obejmującej co najmniej działalność związaną z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia nie mniejszej niż 2.000.000 zł nie ograniczonego liczbą zdarzeń, ani też kwota określająca wysokość odszkodowania za jedno zdarzenie (słownie: dwóch milionów złotych) - na każdą z części zamówienia*. Analiza polisy przedstawionej przez PKP CARGO S.A. wskazuje, iż Spółka ta nie przedstawiła polisy OC przewoźnika kolejowego, będącej swoistym uzupełnieniem ogólnego ubezpieczenia OC działalności w zakresie odpowiedzialności wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przewozu. Co prawda wymóg taki nie wynika wprost z SIWZ, niemniej jednak dopiero ubezpieczenie OC przewoźnika kolejowego pozwala uznać, iż wykonawca spełnił określony w SIWZ wymóg posiadania ubezpieczenia w zakresie działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia, a zatem z przewozem. Certyfikat przedstawiony przez PKP CARGO S.A. odnosi się bowiem tylko do ubezpieczenia ogólnej odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzenia działalności. W Ogólnych warunkach ubezpieczenia (dalej OWU) odpowiedzialności cywilnej PZU S.A. UZ/189/2009 z dnia 07.05.2009 z późniejszymi zmianami, które to OWU są podstawą umowy ubezpieczenia zawartej przez PKP Cargo, w § 3 ust. 2 pkt. 5) jest mowa o wyłączeniu z zakresu ubezpieczenia szkód wynikających z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przewozu drogowego. Należy w tym miejscu podnieść, iż PZU S.A. interpretuje ten zapis jako odnoszący się również do umów przewozu kolejowego i konsekwencji, aby ryzyko szkód wynikających z tych umów ubezpieczyć, trzeba zawrzeć dodatkową umowę ubezpieczenia OC przewoźnika kolejowego. W związku z tym należy uznać, iż PKP CARGO S.A. nie przedstawiło potwierdzenia ochrony ubezpieczeniowej w zakresie OC przewoźnika kolejowego, co oznacza, że np. szkody wynikające z usypów węgla w czasie transportu do jednostek Zamawiającego nie są ubezpieczone. Należy również zauważyć, że aby zakres ubezpieczenia wymagany przez Zamawiającego był kompletny, ochrona ubezpieczeniowa

powinna rozciągać się nie tylko na szkody rzeczowe i osobowe, ale również na czyste straty finansowe i jeżeli wykonawca startuje we wszystkich częściach zamówienia, to powinien mieć czyste straty finansowe ubezpieczone do sumy gwarancyjnej 8.000.000 zł na jedno i wszystkie zdarzenia w okresie ubezpieczenia. Tymczasem PKP CARGO S.A. w przedstawionym certyfikacie ubezpieczenia OC działalności potwierdza ubezpieczenie czystych strat finansowych jedynie na sumę 5.000.000 zł na jedno i wszystkie zdarzenia w okresie ubezpieczenia - klauzula nr 27. A zatem brakuje 3.000.000 zł sumy gwarancyjnej do osiągnięcia poziomu 8.000.000 zł wymaganego w SIWZ przez Zamawiającego. W związku z powyższym Zamawiający naruszył art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy PKP CARGO S.A. i uznania jego oferty za odrzuconą w zakresie części I i IV zamówienia, ze względu na fakt, iż Wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej. Naruszając wskazane powyżej przepisy ustawy Zamawiający naruszył również art. 91 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej w zakresie I i IV części zamówienia - oferty Odwołującego. Niewątpliwie bowiem oferta PKP CARGO S.A. winna zostać odrzucona, ewentualnie Wykonawca ten powinien zostać wykluczony. W konsekwencji Zamawiający winien był dokonać wyboru oferty Odwołującego w zakresie I i IV części jako zawierającej najkorzystniejszą cenę – zaoferowaną i skalkulowaną zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji.

B. Sygn. akt KIO 2594/12

Odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 26 listopada 2012 roku Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 1 ustawy oraz przepisów Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* z dnia 30 grudnia 2009 roku (dalej jako „Rozporządzenie”), w tym w szczególności naruszenie następujących przepisów:

- art. 8 ust. 3 ustawy w związku z art. 96 ust. 3 ustawy przez zaniechanie ujawnienia wykazu usług załączonych do ofert złożonych przez wykonawcę PKP CARGO S.A. oraz referencji potwierdzających należyte wykonanie usług wskazanych w wykazie, jak również wyjaśnień złożonych przez PKP CARGO S.A. dotyczących niskiej ceny ofertowej dla zadania I, III, IV,

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy w związku z art. 90 ust. 2, 3 i 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawcy PKP CARGO S.A. dotyczących zadania I, III i IV mimo tego, że oferty zawierały rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy z uwagi na zaniechanie wykluczenia wykonawcy PKP CARGO S.A. mimo złożenia nieprawdziwych informacji, to jest oświadczenia o braku obowiązku uzyskania pozwolenia na wytwarzanie odpadów, wymaganego przez Zamawiającego zgodnie z formularzem ofert, podczas gdy Wykonawca takie zezwolenie posiada,
- art. 26 ust. 3 i 4 ustawy w związku z § 1 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia przez zaniechanie wezwania wykonawcy PKP CARGO S.A. do złożenia dokumentu polisy, jak również wyjaśnień dotyczących zakresu posiadanego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt 4) ustawy przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy PKP CARGO S.A., który nie złożył wymaganego przez SIWZ dokumentu polisy ubezpieczeniowej, jak również nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej nieograniczonego liczbą zdarzeń ani kwotą określającą wysokość odszkodowania za jedno zdarzenie,
- art. 26 ust. 3 i 4 ustawy w związku z § 1 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia przez zaniechanie wezwania wykonawcy DB Schenker Rail Polska S.A. do złożenia dokumentów lub wyjaśnień dotyczących zakresu posiadanego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt 4) ustawy przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy DB Schenker Rail Polska S.A., który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu wymaganego SIWZ ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej,
- art. 26 ust. 3 ustawy w związku z § 2 ust. 2 Rozporządzenia poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy DB Schenker Rail Polska S.A. do złożenia zaświadczeń o niekaralności członków zarządu zamieszkałych w Niemczech Pana C..... S..... oraz Pana M..... H..... H..... w wiarygodnej formie pisemnej a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 8) Ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt 4) Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy DB Schenker Rail Polska S.A., który nie wykazał faktu niekaralności członków zarządu,

- art. 91 ust. 1 ustawy i art. 7 ustawy przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszych ofert wykonawcy PKP CARGO S.A. dla zadania I, III i IV, mimo tego, że oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu, jak również mimo tego, że wykonawca ten winien zostać wykluczony z postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia wyboru ofert najkorzystniejszych dla zadania I, III i IV,
- dokonania ponownie czynności badania i oceny ofert wykonawców złożonych w postępowaniu dla zadania I, III i IV,
- ujawnienia wykazów zrealizowanych usług, referencji złożonych z ofertami I, III oraz IV, a także wyjaśnień PKP CARGO S.A. dotyczących rażąco niskiej ceny ofert I, III oraz IV,
- nakazanie odrzucenia ofert PKP CARGO S.A. złożonych dla zadania I, III i IV z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia lub wezwania wykonawcy PKP CARGO S.A. do złożenia polisy OC potwierdzającej spełnianie warunków zgodnych z SIWZ,
- wezwania wykonawcy DB Schenker Rail Polska S.A. do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów, to jest polisy OC zgodnych z SIWZ oraz przedłożenia prawidłowych zaświadczeń o niekaralności członków zarządu.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodów z opinii biegłego z zakresu ekonomiki kolejowej na okoliczność rażąco niskiej ceny ofert PKP CARGO S.A. oraz dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ w przypadku wykluczenia wykonawcy PKP CARGO S.A. z postępowania w zakresie zadania III, oferta Odwołującego zostanie wybrana jako najkorzystniejsza dla tego zadania. Podobnie w przypadku wykluczenia wykonawców PKP CARGO S.A. i DB Schenker Rail Polska S.A. z postępowania w zakresie zadania I i IV oferta Odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą spośród złożonych na te zadania.

Odwołujący następująco uzasadnił swoje stanowisko:

Zarzuty dotyczące oferty wykonawcy PKP CARGO S.A.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 9.1 ppkt 4 b SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawcy posiadali *ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia* na sumę ubezpieczenia nie mniejszą niż 2 000 000 złotych *nieograniczone liczbą zdarzeń ani też kwotą określającą wysokość odszkodowania za jedno zdarzenie dla oferty składanej na każdą część zamówienia.*

W przypadku składania ofert na więcej niż jedną część zamówienia sumy ubezpieczenia przewidziane dla każdej z części podlegały sumowaniu, a wykonawca był zobowiązany wykazać posiadanie ubezpieczenia OC na kwotę nie mniejszą niż suma minimalnych sum gwarancyjnych wymaganych dla tych części zamówienia, na które składa ofertę. Zgodnie z pkt 9.1.1 ppkt d) w celu potwierdzenia posiadania ubezpieczenia wykonawcy Zamawiający wymagał przedstawienia *opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia (...).*

Odwołujący podniósł, że zakres ubezpieczenia oraz kwota ubezpieczenia wykonawcy PKP CARGO S.A. nie odpowiada wymaganiom SIWZ. Wykonawca ten złożył oferty na wszystkie cztery zadania, wobec czego, zgodnie z powołanymi powyżej postanowieniami SIWZ, powinien wykazać posiadanie ubezpieczenia OC na kwotę co najmniej 8 000 000 złotych nieograniczonego liczbą zdarzeń ani też kwotą określającą wysokość odszkodowania za jedno zdarzenie. Jednak z załączonego do ofert certyfikatu ubezpieczeniowego wynika, że ubezpieczenie PKP CARGO S.A. zawiera zastrzeżenia i podlimity, które powodują niezgodność posiadanego ubezpieczenia z wymaganiami SIWZ: zawiera limit w wysokości 5 000 000 złotych w przypadku szkód powstałych w rzeczach ruchomych, z których ubezpieczony korzystał na podstawie umowy najmu, dzierżaw, użytkowania, użyczenia, leasingu lub innej podobnej formy korzystania z rzeczy cudzej (klauzula nr 8 na stronie 3 certyfikatu; limit kwotowy - str. 4 certyfikatu), a zatem suma ubezpieczenia w tym zakresie jest mniejsza, niż wymagana przez Zamawiającego zgodnie z SIWZ na wypadek złożenia przez wykonawcę ofert na cztery zadania. Korzystanie z cudzej rzeczy ruchomej jest związane z przedmiotem zamówienia. Odwołujący zwraca uwagę na fakt, iż załączony do SIWZ projekt umowy, jaka ma być zawarta z Zamawiającym przewiduje, iż wykonawca będzie korzystał z wagonów Zamawiającego do przewozu mączki wapiennej (§ 4 ust. 20 projektu umowy). Ponadto ubezpieczenie PKP CARGO S.A. zawiera limit w wysokości 2 000 000 złotych dla szkód powstałych w mieniu przechowywanym, kontrolowanym lub chronionym (klauzula nr 20 na str.3 certyfikatu; limit kwotowy - str. 4 certyfikatu), co zdaniem Odwołującego obejmuje także przesyłki przewożone pociągami towarowymi. Wobec czego również w przypadku szkód w mieniu suma ubezpieczenia w tym zakresie jest mniejsza, niż wymagana przez Zamawiającego w SIWZ w przypadku złożenia oferty na cztery zadania. W ocenie Odwołującego wynika z tego, że PKP CARGO S.A. nie posiada zgodnego z SIWZ ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z uwagi na zbyt niską sumę ubezpieczenia w zakresie korzystania z cudzych rzeczy ruchomych, mimo że projekt umowy stanowiący

część SIWZ przewiduje korzystanie przez wykonawcę z wagonów Zamawiającego, jak również w zakresie mienia kontrolowanego. Podsumowując, ubezpieczenie PKP CARGO S.A. jest niezgodne z treścią SIWZ również ze względu na zbyt niskie podlimity ubezpieczenia.

Odwołujący podniósł, że co w odpowiedziach na pytania wykonawców Zamawiający stwierdził, że: *Zamawiający określając wymóg posiadania OC poza wskazaniem minimalnej sumy ubezpieczenia oraz wskazaniem, że dla tej sumy nie powinno być ograniczeń liczby zdarzeń ani też ograniczenia kwoty wysokości odszkodowania za jedno zdarzenie, nie określił, a przez to nie zawarł żadnego wymogu dotyczącego wysokości i rodzaju sublimitów.* Z udzielonej odpowiedzi nie wynika jednak, że Zamawiający w zakresie sublimitów zamierzał odstąpić od wymagań sprecyzowanych w SIWZ. Ponadto, z treści SIWZ wynika jednoznacznie, iż intencją Zamawiającego było sprawdzenie zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawców, przejawiającej się w możliwości ubezpieczenia każdego ryzyka w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę co najmniej 2 000 000 złotych. W tym zakresie postanowienia SIWZ są jasne, w związku z czym nie ma ani potrzeby ani możliwości zmiany tych odpowiedzi przez Zamawiającego w drodze odpowiedzi na pytania wykonawców.

Odwołujący podniósł, że przedstawiony przez wykonawcę PKP CARGO S.A. dokument ubezpieczenia nie jest „polisą”, a stanowi inny dokument ubezpieczenia. „Polisa” stanowi jeden z dokumentów ubezpieczenia, którym ubezpieczyciel, zgodnie z art. 809 § 1 Kodeksu cywilnego, potwierdza fakt zawarcia umowy ubezpieczenia. W omawianym art. 809 § 1 KC w brzmieniu przed nowelizacją Kodeksu cywilnego dokonaną ustawą z dnia 13 kwietnia 2007 roku (Dz.U. Nr 82, poz. 557), która weszła w życie 10 sierpnia 2007 roku, ustawodawca wyraźnie wymienił polisę jako jeden z dokumentów ubezpieczenia. Dokument taki jest przewidziany również a art. 141 ustawy z dnia 22 maja 2003 roku o działalności ubezpieczeniowej, który określa, jakie informacje musi zawierać każda polisa.

Wykonawca PKP CARGO S.A. nie załączył do ofert dokumentu polisy, a inny dokument ubezpieczenia o nazwie „*Certyfikat Ubezpieczeniowy do Polisy Nr W A J386 0001*”. Już sama nazwa załączonego dokumentu wskazuje, iż nie stanowi on polisy. Przedstawiony certyfikat nie stanowi polisy, gdyż nie zawiera wszystkich niezbędnych elementów, jakie w polisie nakazuje zawrzeć art. 141 ustawy o działalności ubezpieczeniowej, to jest: miejsca zawarcia umowy ubezpieczenia, właściwości sądu, w przypadku sporu między stronami umowy ubezpieczenia, wysokości składki ubezpieczeniowej. Zgodnie z opinią prawną w sprawie opłaconej polisy lub innych dokumentów potwierdzających zdolność ekonomiczną i finansową wykonawcy, zamieszczoną na stronie UZP (<http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?>

D;2138) *innym dokumentem potwierdzającym, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem Zamówienia, będzie inny niż polisa dokument potwierdzający zawarcie umowy ubezpieczenia, który potwierdza obligatoryjne elementy umowy ubezpieczenia, w szczególności te, o których mowa w art. 141 ustawy o działalności ubezpieczeniowej.* Z załączonych do ofert dokumentów jasno wynika, że wykonawca PKP CARGO S.A. dysponuje dokumentem polisy: certyfikat ubezpieczeniowy przedstawiony przez PKP CARGO S.A. jest *Certyfikatem Ubezpieczeniowym do Polisy Nr WA J386 0001*, w treści certyfikatu na stronie 6 stwierdzono: *pozostałe warunki ubezpieczenia — zgodnie z Polisą Nr WA J386 0001* do oferty zostało załączone również oświadczenie ubezpieczyciela potwierdzające opłacenie składki za polisę ubezpieczeniową Odpowiedzialności Cywilnej nr 2WA)3860001.

Mimo tego polisa PKP CARGO S.A. nie została załączona do ofert tego wykonawcy. Postanowienia SIWZ pozwalają wykonawcy na złożenie „innego dokumentu ubezpieczenia” jedynie w przypadku braku polisy. Tymczasem PKP CARGO S.A. mimo że posiada dokument polisy, wbrew dyspozycji SIWZ załączył do ofert inny dokument ubezpieczenia. Z Certyfikatu ubezpieczeniowego PKP CARGO S.A. jasno wynika, że wykonawca ten posiada polisę, której jednak nie przedstawił. Z tego względu wykonawca ten powinien zostać wezwany do uzupełnienia dokumentów, a w braku ich uzupełnienia — wykluczony z postępowania.

Oświadczenie PKP CARGO S.A. o braku zezwolenia na wytwarzanie odpadów.

W każdej z ofert PKP CARGO S.A. złożyła Zamawiającemu oświadczenie, że nie podlega obowiązkowi uzyskania zezwolenia na wytwarzanie odpadów, a pozostałe odpady zagospodaruje zgodnie z przeznaczeniem. Prawdziwość tego oświadczenia budzi uzasadnione wątpliwości. Przede wszystkim Wykonawca na swojej stronie internetowej (adres: https://www.pkp-cargo.pl/adx/file/album_101atpkpcargo.pdf) w biuletynie wydanym z okazji 10 lecia PKP CARGO S.A. pod tytułem „Z tradycją w nowoczesność” na stronie 164 stwierdza *„W związku z wytwarzaniem opadów w ramach prowadzonej działalności PKP Cargo posiada wymagane prawem pozwolenia na wytwarzanie odpadów wydawane w przeważającej mierze przez Regionalne Dyrekcje Ochrony Środowiska.”* Ponadto Odwołujący uzyskał również informacje, że pozwolenia na wytwarzanie odpadów były wydawane dla poszczególnych zakładów wykonawcy, na przykład: PKP CARGO S.A. Zachodniopomorski Zakład Spółki otrzymywał decyzje o wytwarzaniu odpadów w latach 2002 - 2010, przy czym ostatnio wydane przez Wojewodę Zachodniopomorskiego

pozwolenie jest ważne do dnia 31 sierpnia 2010 roku, PKP CARGO S.A. otrzymała pozwolenie na wytwarzanie odpadów wydane przez Wojewodę Wielkopolskiego w 2008 roku, PKP CARGO S.A. Zakład Taboru w Olsztynie otrzymała pozwolenie na wytwarzanie odpadów wydane przez Starostę Malborskiego w 2006. Wobec powyższego, z informacji uzyskanych ze strony internetowej Wykonawcy jak również ze stron internetowych organów administracji publicznej, wynika, że PKP Cargo uzyskuje zezwolenia na wytwarzanie odpadów, a zatem podlega obowiązkowi uzyskiwania takich pozwoleń. Wobec powyższych informacji oświadczenie o braku obowiązku w tym zakresie jest niezgodne z prawą.

Rażąco niska cena ofert wykonawcy PKP Cargo

Odwołujący podniósł, że ceny ofertowe PKP CARGO S.A. są rażąco niskie, co uzasadniało odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Zgodnie z orzecznictwem KIO jednym z kryteriów oceny czy cena ofertowa jest rażąco niska, może być jej porównanie z cenami ofert pozostałych wykonawców (tak na przykład KIO w wyroku z dnia 13 sierpnia 2008 roku (sygn. akt KIO/UZP 752/08, KIO UZP 788/08, KIO UZP 789/08). Ceny ofertowe wskazane przez PKP CARGO S.A. znacznie odbiegają od cen ofertowych zaproponowanych przez innych wykonawców.

W części I zamówienia PKP CARGO S.A. zaoferował cenę 157 055 431,45 zł, natomiast wykonawcy, którzy zajęli drugie i trzecie miejsce - odpowiednio 232 394 814,77 (DB Schenker Rail Polska) oraz 238 556 773,26 (Odwołujący).

Dla zadania III oferta wykonawcy PKP CARGO S.A. zawierała cenę 65 158 262,64 zł, podczas gdy Odwołujący, którego oferta zajęła miejsce drugie zaoferował cenę w kwocie 89 886 429,88 zł.

Dla części IV zamówienia oferta PKP CARGO S.A. wyniosła kwotę 63 601 063,88 zł natomiast wykonawcy kolejnego, DB Schenker Rail Polska - 90 262 042,02 zł.

Wobec tego różnice pomiędzy ofertami PKP Cargo, a ofertami wykonawców, których oferty były następne w kolejności wynoszą aż: dla zadania I - 75 339 383,3 zł brutto; dla zadania III — 24 728 167,24 zł brutto; dla zadania IV - 26 660 977,14 zł brutto. Różnica pomiędzy łączną wartością ofert PKP Cargo dla zadań I, III i IV (285814758 zł brutto) oraz łączną wartością ofert wykonawców, których oferty były następne w kolejności dla zadania I, III i IV (412543285,7 złotych brutto) wynosi aż 126 728 527,7 zł brutto.

Odwołujący wskazał, że z porównania ofert PKP CARGO S.A. oraz pozostałych wykonawców wynika, że ceny stosowane przez PKP CARGO S.A. w sposób rażąco odbiegają od cen rynkowych stosowanych w branży przewozów kolejowych. Poczynić można następujące spostrzeżenia: w przypadku zadania pierwszego, średnia cena ofert

złożonych przez innych wykonawców wyniosła 235 332 154,28, w porównaniu do tej kwoty, cena zaoferowana przez PKP CARGO S.A. stanowi jedynie 67% średniej ceny wynikającej z pozostałych ofert; w przypadku zadania drugiego, średnia cena ofert złożonych przez innych wykonawców wyniosła 194 382 133,71, w porównaniu do tej kwoty, cena zaoferowana przez PKP CARGO S.A. stanowi jedynie 80% średniej ceny wynikającej z pozostałych ofert; w przypadku zadania trzeciego, średnia cena ofert złożonych przez innych wykonawców wyniosła 86 926 613,84, w porównaniu do tej kwoty, cena zaoferowana przez PKP CARGO S.A. stanowi jedynie 75% średniej ceny wynikającej z pozostałych ofert; w przypadku zadania czwartego, średnia cena ofert złożonych przez innych wykonawców wyniosła 90 816 614,08; w porównaniu do tej kwoty, cena zaoferowana przez PKP CARGO S.A. stanowi jedynie 70% średniej ceny wynikającej z pozostałych ofert. Szczególnie jaskrawa jest dysproporcja pomiędzy średnimi cenami zaoferowanymi przez innych wykonawców w przypadku zadania pierwszego - jedynie 67%. Średnio oferty PKP CARGO S.A. na każde zadanie stanowiły zatem tylko 73% w stosunku do innych cen ofertowych, co jest wartością znacznie odbiegającą.

Odwołujący odniósł, że kolejnym kryterium, do którego należy się odnieść jest kwota brutto, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (tak na przykład KIO w wyroku z dnia 31 lipca 2009 roku, KIO/UZP 906/09 oraz opinii w przedmiocie rażąco niskiej ceny zamieszczonej na stronie UZP http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;674;razaco_niska_cena.html). Zaoferowane przez wykonawcę PKP CARGO S.A. również znacząco odbiegają od kwot, jakie zgodnie z protokołem postępowania wskazał jako szacunkową wartość udzielanego zamówienia oraz jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Szacunkowa wartość zamówienia wynosiła według obliczeń Zamawiającego kwotę 616 989 906 zł (758 987 584 zł z 23% VAT). Tę samą kwotę Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (758 897 584 zł brutto), w tym następujące kwoty na poszczególne części zamówienia: część I zamówienia - 273 616 452,45 zł brutto, część II zamówienia — 283 341 246,54 zł brutto, część III zamówienia — 100 971 324,49 zł brutto, część IV zamówienia — 100 968 560,84 zł brutto. Porównując wartość zaoferowanych przez wykonawcę PKP CARGO S.A. cen, zauważyć należy co następuje:

dla I części zamówienia, oferta PKP CARGO S.A. (157 055 431,47 PLN) stanowi jedynie 57% kwoty, jaką zamierzał przeznaczyć Zamawiający na sfinansowanie zamówienia,
dla II części zamówienia, oferta PKP CARGO S.A. (156 068 602,89 PLN) stanowi jedynie 55% kwoty, jaką zamierzał przeznaczyć Zamawiający na sfinansowanie zamówienia,

dla III części zamówienia, oferta PKP CARGO S.A. (65 158 274,45 PLN) stanowi jedynie 65% kwoty, jaką zamierzał przeznaczyć Zamawiający na sfinansowanie zamówienia;
dla IV części zamówienia, oferta PKP CARGO S.A. (157 055 431,47 PLN) stanowi jedynie 63% kwoty, jaką zamierzał przeznaczyć Zamawiający na sfinansowanie zamówienia.
Wreszcie porównanie łącznej ceny zaoferowanej przez PKP CARGO S.A. (441 883 343,90 PLN) do kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, otrzymujemy wynik 58%, a więc blisko połowę tej kwoty, co w sposób jaskrawy uwidacznia jak bardzo zaniżone są ceny zaoferowane przez PKP Cargo.

Odwołujący podniósł, że z protokołu postępowania wynika, iż wartość udzielanego zamówienia została oszacowana przez Zamawiającego na poziomie 616 989 906 PLN, a wartość ta została ustalona — cytując: na podstawie cen jednostkowych w obowiązujących umowach przewozowych, planowanego wolumenu przewozów powiększony o prognozowany wskaźnik inflacji na poziomie 3,5 pkt procentowego za każdy rok - wykonywania usługi. Można zatem przyjąć, że kwota 616 989 906 PLN jest kwotą, jaką zyskałby Zamawiający przy uwzględnieniu cen obecnie obowiązujących (przybliżenia wynika stąd, że kwotę tę należałoby pomniejszyć o przyjęty przez Zamawiającego wskaźnik inflacji). Tymczasem stosunek ceny zaoferowanej przez PKP CARGO S.A. w stosunku do ceny, jaką uzyskałby Zamawiający na podstawie cen obecnie uzyskiwanych obecnie wynosi 71%, co jest wartością znaczącą. W tym miejscu podkreślenia wymaga, że obecnie usługi przewozowe dla Zamawiającego świadczy głównie PKP CARGO S.A., z czego wynika, że - pomimo wzrostu inflacji oraz innych czynników, o czym niżej - wykonawca PKP CARGO S.A. obniżył stosowane przez siebie samego ceny blisko o 30% - a uwzględniając czynnik inflacji 3,5%, wartość ta jest nawet niższa.

Oferta złożona przez PKP CARGO S.A. jest blisko 30% niższa od wartości, jaką uzyskałby Zamawiający przy zastosowaniu cen obecnie obowiązujących. Oferta ta nie uwzględnia zatem oczywistych wskaźników gospodarczych, takich jak wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych CP1 (przykładowo opublikowany we wrześniu 2012 roku wynosił 3,76%) oraz wskaźnik produkcji sprzedanej przemysłu (opublikowany w lipcu 2012 roku wynosił 3,66%). Co więcej, w przypadku przewoźników kolejowych, kolejnym - jeżeli nie zasadniczym czynnikiem mającym wpływ na wysokość przewoźnego są stawki opłat podstawowych za dostęp do infrastruktury kolejowej PKP PLK; w tym przypadku stawki przewidziane dla pociągów towarowych wzrosły średnio o 17,8%, jak również nadal wzrastają.

Uwzględniając fakt, że Odwołujący nie dysponuje wyjaśnieniami co do ceny ofert, może odnieść się jedynie do cen stosowanych na potrzeby innych przewozów i poszczególnych stawek, jakkolwiek taka praktyka jest w orzecznictwie kwestionowana. Odwołujący zwraca uwagę na fakt, że dla zadania III, w przedziale odległości przewozowej 091 - 130 km PKP CARGO S.A. zaoferowało stawkę 10,775/Mg brutto, podczas gdy na podobnej odległości pomiędzy kopalnią LW Bogdanka a Elektrociepłownią Kozienice wykonawca ten wykonuje przewozy za stawkę 11,98 zł/Mg brutto. Dla powyższej kwestii przeważające znaczenie dowodowe będą miały wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny złożone przez PKP CARGO S.A. na wezwanie Zamawiającego, w których wykonawca miał obowiązek wykazać, że zaproponowana przez niego cena nie była rażąco niską, gdyż ciężar udowodnienia Zamawiającemu okoliczności wskazujących na brak zaoferowania ceny rażąco niskiej spoczywa w całości na wykonawcy, do którego skierowano wezwanie do złożenia wyjaśnień (tak co do wartości dowodowej wyjaśnień KIO w wyroku z dnia 10 listopada 2010 roku sygn. akt KIO 2338/10). Z uwagi na utajnianie wyjaśnień, podstawowego dowodu w zakresie rażąco niskiej ceny, Odwołujący nie posiada wiedzy, czy wyjaśnienia te były wystarczająco umotywowane i obiektywnie uzasadniały wysokość cen. PKP CARGO S.A. utajniło wyjaśnienia ceny złożone w trybie art. 90 ustawy, tym samym zarzut rażąco niskiej ceny odnosi się do złożonych wyjaśnień, co jednak nie stoi na przeszkodzie rozpoznaniu zarzutu przez KIO i zbadaniu przez KIO we własnym zakresie, czy wyjaśnienia PKP CARGO S.A. czynią zadość wymaganiom ustawy, a więc czy wykonawca ten udowodnił, że zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską, jakie elementy oferty miały wpływ na wysokość ceny i w jaki sposób dokonano kalkulacji ceny (uzasadnienie wyroku KIO z dnia 10 listopada 2011 roku, KIO 2286/11, 2308/11, 2309/11). Wyjaśnienia bowiem powinny odzwierciedlać konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki, jakie towarzyszyć będą realizacji danego zamówienia oraz wskazywać ich wpływ na wysokość ceny. Po stronie wezwanego wykonawcy ciąży nie tylko konieczność dostarczenia Zamawiającemu jakiegokolwiek odpowiedzi w sensie formalnym, lecz powinien on przedstawić swoje wyjaśnienia w sposób przekonujący i szczegółowy, muszą one zawierać umotywowane i rzeczowe argumenty lub kalkulacje, a także dowody na poparcie twierdzeń. Wykonawca powinien przy tym wykazać, że wskazana cena została ustalona na podstawie obiektywnych czynników, bez naruszania uczciwej zasad konkurencji. W ocenie Odwołującego, tak drastycznie duża rozbieżność pomiędzy cenami innych wykonawców, jak i wartością szacunkowy zamówienia, pozwala stwierdzić, że brak jest obiektywnych czynników pozwalających PKP CARGO S.A. zaproponować taką cenę, przy jednoczesnym uniknięciu

jej rażąco zaniżenia. Tym samym Zamawiający w sposób nieuprawniony uznał, że oferta złożona przez PKP CARGO S.A. nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Powyższe argumenty, a w szczególności dysproporcje pomiędzy cenami oferowanymi przez PKP CARGO S.A. i pozostałych wykonawców oraz kwotą, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, uzasadniają twierdzenia o rażąco niskiej cenie wszystkich ofert wykonawcy PKP CARGO S.A., w tym w szczególności ofert dla zadania I, III i IV PKP CARGO S.A..

Zarzuty dotyczące oferty wykonawcy DB Schenker Rail Polska S.A.

Dokumenty mające potwierdzać ubezpieczenie DB Schenker Rail Polska S.A. są niezgodne z wymaganiami SIWZ, opisanymi powyżej (część odwołania dotycząca oferty PKP CARGO S.A.), gdyż nie potwierdzają braku ograniczeń kwotowych ubezpieczenia oraz braku ograniczeń ilości zdarzeń objętych ochroną ubezpieczeniową w okresie ubezpieczenia. Wykonawca ten załączył do ofert dwa dokumenty: certyfikat ubezpieczeniowy wystawiony przez AXA Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji i certyfikat ubezpieczenia wystawiony przez AXA Corporate Solutions. Certyfikaty ograniczone są do informacji o wysokości sumy ubezpieczenia oraz ogólnie sformułowanego zakresu ubezpieczenia.

Certyfikat ubezpieczeniowy wystawiony przez AXA Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji ogranicza się w zasadzie do odwołania do warunków umowy ubezpieczenia i aneksu do niej oraz wskazania górnej kwoty ubezpieczenia. Wobec tego, można jedynie stwierdzić tyle, że dokumenty te potwierdzają tylko i wyłącznie sprecyzowany przez Zamawiającego wymóg, aby suma ubezpieczenia wynosiła co najmniej 2 000 000 złotych na każde zadanie. Nie potwierdzają natomiast warunku drugiego, jakim jest brak określonych ograniczeń. Dokument ten nie potwierdza zatem warunku określonego przez Zamawiającego, wyrażającego się w tym, że suma ubezpieczenia nie może być ograniczona liczbą zdarzeń ani też kwotą za jeden wypadek ubezpieczeniowy. Certyfikat ten stanowi li tylko potwierdzenie sumy ubezpieczenia i nie zawiera żadnej informacji na temat ograniczeń liczbą zdarzeń lub ograniczenia ubezpieczenia dla jednego zdarzenia. Jednocześnie zgodnie z informacją w stopce powyższego certyfikatu, certyfikat ten stanowi jedynie *ogólne potwierdzenie zawarcia umowy ubezpieczenia*. Wszelkie informacje dotyczące zasad wypłaty odszkodowania i ograniczeń w ich wypłacie — a takie z całą pewnością występują - zawarte zatem muszą być bądź w polisie bądź w umowie ubezpieczenia. Dodatkowo potwierdza to fakt, że przedstawiony certyfikat nie potwierdza wymogu Zamawiającego, jakim jest *brak ograniczeń dla jednego zdarzenia oraz kwot ograniczających wypłatę odszkodowania jedno zdarzenie*.

Ponadto obydwie certyfikaty nie stanowią polis - są jedynie niewiążącą, lakoniczną informacją na temat faktu posiadania bliżej niesprecyzowanego ubezpieczenia. Dotyczy to w szczególności dokumentu wystawionego przez AXA Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji. Tymczasem polscy ubezpieczyciele praktykują wystawianie polis ubezpieczeniowych, zgodnych z wymaganiami art. 141 ustawy o działalności ubezpieczeniowej, więc jest wysoce prawdopodobne, że wykonawca taką polisę posiada albo mógłby ją uzyskać od ubezpieczyciela w celu przedstawienia Zamawiającemu, czego zaniechał. Natomiast zgodnie z cytowaną powyżej opinią zamieszczoną na stronie UZP inne dokumenty potwierdzające ubezpieczenie powinien potwierdzać *obligatoryjne elementy umowy ubezpieczenia, w szczególności te, o których mowa w art. 141 ustawy o działalności ubezpieczeniowej*. Dokument wystawiony przez AXA Corporate Solutions wyraźnie wskazuje, że istnieje polisa do wystawionego certyfikatu. Na drugiej stronie znajduje się niedokładnie przetłumaczony dopisek zgodnie z którym *Only the wordings of the policies (...) are legally binding.*, czyli „tylko sformułowania zawarte w polisie są prawnie wiążące”. Wyraźnie zatem z niego wynika, że: po pierwsze wykonawca posiada polisę, którą mógłby przedstawić, a po drugie wskazana wzmianka pozbawia przedstawiony dokument waloru dowodowego, dla wykazania spełniania warunków SIWZ. Ponownego podkreślenia wymaga natomiast, że złożenie innego niż polisa dokumentu ubezpieczeniowego jest możliwe dopiero wówczas, gdy dany wykonawca nie posiada dokumentu polisy. Odwołujący podnosi również, że certyfikat ubezpieczenia wystawiony przez AXA Corporate Solutions został opatrzony jedynie nieczytelnymi podpisami, co uniemożliwia ustalenie, czy został podpisany przez osoby do tego upoważnione. Wobec powyższego wykonawca nie spełnił przewidzianych SIWZ wymogów w zakresie ubezpieczenia, gdyż załączone do ofert dokumenty nie potwierdzają faktu posiadania ubezpieczenia nieograniczonego liczbą zdarzeń oraz kwotą określającą wysokość odszkodowania za jedno zdarzenie. Ponadto złożone przez wykonawcę dokumenty nie są polisami, jak również nie spełniają wymogów *innych dokumentów potwierdzających ubezpieczenie*.

KRK dla Członków Zarządu wykonawcy DB Schenker Rail Polska S.A. zamieszkałych za granicą.

Wykonawca, dla potwierdzenia niekaralności członków zarządu Pana C..... S..... oraz Pana M..... H..... H..... złożył zarówno polskie odpisy z KRK, oświadczenia przed polskim notariuszem, niemieckie zaświadczenia o niekaralności oraz oświadczenia przez niemieckim notariuszem. Wykonawca podnosi, że polskie odpisy z KRK, oświadczenia przed polskim notariuszem oraz oświadczenia przez niemieckim notariuszem nie stanowią dokumentów poświadczających niekaralność osób zamieszkałych w Niemczech, gdyż w tym

kraju możliwe jest uzyskanie zaświadczeń o niekaralności, które Zamawiający oraz KIO co do zasady akceptują (tak na przykład uzasadnienie wyroku KIO z dnia 9 stycznia 2012 roku, sygn. akt KIO 2744/11, uzasadnienie wyroku KIO z dnia 26 stycznia 2011 roku, sygn. akt KIO/63/11, uzasadnienie wyroku KIO z dnia 25 marca 2011 roku sygn. akt KIO 514/11). Wobec tego inne dokumenty nie mogą być uwzględnione przy badaniu braku podstaw wykluczenia z postępowania wykonawcy, który ma obowiązek wykazania niekaralności osób mieszkających na terenie Niemiec. W kwestii niemieckich zaświadczeń o niekaralności odwołujący podnosi, że zaświadczenia z Bundesamt für Justiz dla Pana C..... S..... oraz Pana M..... H..... H....., członków zarządu DB Schenker Rail Polska S.A. zamieszkałych za granicą nie są wiarygodne, gdyż zostały złożone w nieprawidłowej formie. Każde z tych zaświadczeń zostało opatrzone adnotacją (wg polskiego tłumaczenia wykonawcy) *Proszę sprawdzić dane dotyczące osoby w celu zgłoszenia nieprawidłowości. Oczywiste pomyłki, również w odniesieniu do treści zaświadczenia o niekaralności należy zgłosić niezwłocznie — ew. telefonicznie — w celu umożliwienia weryfikacji. Niniejsze zaświadczenie o niekaralności zostało wygenerowane automatycznie i nie wymaga podpisu.* W treści zaświadczeń wyraźnie stwierdzono, że mogą one zawierać błędy. Takie zastrzeżenie sugeruje, że dokument nie jest wiążący i nie stanowi podstawy ustalenia niekaralności. Zaświadczenie potwierdza wobec tego jedynie fakt, że na dzień jego wystawienia, dla osoby o określonych danych osobowych, nie było wpisów w rejestrze. Nie stanowi natomiast dowodu braku skazania. Odwołujący posiada wiedzę, iż w odniesieniu do niemieckich zaświadczeń o niekaralności możliwe jest ich uzyskanie w wiarygodnej formie pisemnej, polegającej na opatrzeniu pieczęć i podpisem, przez wystawiające ministerstwo, jak również nadanie apostille. Wobec powyższego, w celu nadania zaświadczeniu mocy urzędowej, zbliżonej polskim zaświadczeniom, wykonawca winien był uzyskać co najmniej podpis i pieczęć.

Zarzut dotyczący bezpodstawnego utajnienia informacji

Wykonawca PKP CARGO S.A. składając oferty w każdej z nich zastrzegł, że zarówno wykaz zrealizowanych usług jak i referencje potwierdzające należyte wykonanie usług objętych wykazem stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy. Następnie, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie niskiej ceny ofertowej wszystkich czterech zadań, wykonawca zastrzegł udzieloną odpowiedź powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający odmówił Odwołującemu dostępu do tych dokumentów przy przeglądaniu ofert w dniu 20 listopada 2012 roku, jak również nie udostępnił ich na żądanie Zamawiającego zgłoszone w piśmie z dnia 21 listopada 2012 roku.

Odwołujący podnosi, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez PKP CARGO S.A. w zakresie wykazu usług, referencji oraz wyjaśnień dotyczących niskiej ceny ofertowej nie było uzasadnione. Przede wszystkim Odwołujący podnosi, że wykonawca PKP CARGO S.A. przeważającej części świadczy usługi w wykonaniu umów zawartych w wyniku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i wysoce prawdopodobne jest, że takie usługi wskazał w wykazie i dołączył do ofert dotyczące ich referencje. Wobec tego, że podmioty na rzecz których wykonawca świadczy usługi należą do kategorii Zamawiających na podstawie ustawy, a tym samym możliwe jest uzyskanie od nich informacji na temat umów zawartych z wykonawcą PKP CARGO S.A.. Ponadto, firmy swoich kontrahentów oraz wielkości wykonanych przewozów PKP CARGO S.A. umieszcza na swoich stronach internetowych. Przykładowo, już pobieżne sprawdzenie strony wykonawcy pozwoliło Odwołującemu uzyskać informację, że PKP CARGO S.A. wykonuje transgraniczne przewozy dla koncernów ArcelorMittal oraz Voestalpine, dostarcza węgiel kamienny dla Elektrowni Kozienice, podpisał umowę z grupą Dalkia Polska umowę na przewóz 5 mln ton węgla kamiennego w latach 2013-2015 i współpracuje od 2012 roku z Grupą Węglokoks, w przewozach biomasy. Powyższe uzasadnia wniosek, że PKP CARGO S.A. wykonuje głównie przewozy dla Zamawiających na podstawie umów zawartych w wyniku postępowań prowadzonych na podstawie ustawy, które są jawne, natomiast w odniesieniu do nielicznych kontraktów „prywatnych” sama ujawnia informacje dotyczące firm kontrahentów, wielkości przewozów i czasu trwania umów na swoich stronach internetowych, co wyklucza uznanie informacji zawartych w wykazie, jak również treści referencji, za tajemnicę przedsiębiorstwa (tak na przykład KIO w uzasadnieniu wyroku z dnia 9 sierpnia 2011 roku KIO 1612/11). Wobec powyższego zasadne jest twierdzenie Odwołującego, że zastrzeżenie poufności informacji przez PKP CARGO S.A. było bezpodstawne i miało jedynie na celu wyłączenie oceny ofert spod kontroli pozostałych wykonawców. Z uwagi na to Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 8 ust.3 ustawy, odmawiając ujawnienia tych informacji Odwołującemu.

Odwołujący podnosi, że wyjaśnienia wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny, o ile nie zawierają konkretnych i rzeczowych informacji na temat źródeł zaopatrzenia wykonawcy, podwykonawców i stosowanych przez nich stawek, upustów, rabatów i innych podobnych konkretnych informacji z zakresu kosztów działalności wykonawcy i strategii działania, nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa (KIO w uzasadnieniu wyroku z dnia 1 września 2011 roku sygn. akt KIO 1773/11, jak również w uzasadnieniu wyroku z dnia 21 czerwca 2012 roku sygn. akt KIO 1195/11). Zgodnie z treścią ofert PKP CARGO S.A. nie zamierza korzystać z pomocy podwykonawców przy wykonywaniu zamówienia, wobec czego nie zachodzi ryzyko ujawnienia stawek podwykonawców. Także takie informacje jak

na przykład ceny paliwa, wiek taboru kolejowego i wysokości wynagrodzenia pracowników nie są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa przewoźników kolejowych. Wykonawca PKP CARGO S.A. jak każdy inny przewoźnik, wypełnia ankiety umieszczane na stronach Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego, w których zobligowany jest do podawania szczegółowych danych takich jak ceny zakupu paliwa czy wynagrodzenia pracowników. W ustawie z dnia 28 marca 2003 roku o transporcie kolejowym nie ma żadnych gwarancji zachowania informacji udostępnianych przez przewoźników w tajemnicy (analogicznych na przykład do tajemnicy statystycznej obowiązującej GUS). Prezes UTK nie ma żadnego prawnego zobowiązania do utrzymywania przekazanych mu informacji w tajemnicy. Wobec czego już samo udostępnianie informacji Prezesowi UTK świadczy o braku podjęcia działań zmierzających do zachowania. PKP CARGO S.A. z uwagi na strukturę właścicielską podlega ustawie o dostępie do informacji publicznej, jako podmiot zobowiązany do jej udostępniania na podstawie art. 4 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 6 września 2001 o dostępie do informacji publicznej. W orzecznictwie KIO wskazuje się, że Zamawiający winien dokonać analizy prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy. Badania takiego należy dokonać przed wyborem oferty najkorzystniejszej. Wykonawca powinien w sposób jasny wskazać, które informacje chce utajnić oraz które z informacji stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Z uwagi na fakt, iż uprawnienie do utajnienia części informacji stanowi wyłom w zasadzie jawności postępowania. Zamawiający obowiązany jest czuwać nad prawidłowością jej realizacji poprzez zbadanie czy Wykonawca nie dokonał jej naruszenia poprzez nieuprawnione zastrzeżenie tajemnicy. Utajnienie informacji może bowiem skutkować ograniczeniem prawa innych wykonawców do wnoszenia środków ochrony prawnej, a tym samym wpływać na wynik postępowania poprzez uniemożliwienie zweryfikowania zgodności oferty z SIWZ, tak jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu. Dodatkowo wskazać należy, że takie bezprawne utajnianie informacji jest w gruncie rzeczy narzędziem ograniczania konkurencji przez wykonawców. Co więcej, zastrzeżenie poufności informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy powinno nastąpić nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Mimo że odwołujący ma świadomość orzecznictwa KIO w zakresie zastrzegania wyjaśnień składanych na wezwanie Zamawiającego, to jednak w ocenie Odwołującego w tej konkretnej sprawie uzasadniona jest ścisła, literalna wykładnia tej jasnej normy prawnej, gdyż wykładnia celowościowa lub funkcjonalna są dopuszczalne dopiero wówczas, gdy w wyniku wykładni językowej nie jest możliwe nadanie przepisowi jasnego znaczenia. Ponadto w przypadku przedsiębiorstw kolejowych, z uwagi na wskazane powyżej obowiązki sprawozdawcze

względem Prezesa UTK, jak również spółek z udziałem Skarbu Państwa, do jakich należy PKP Cargo, pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa ulega daleko idącym ograniczeniom.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestników postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W zakresie obu odwołań o sygnaturach akt KIO 2578/12 i KIO 2594/12:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołań. Odwołania zostały złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowych terminach oraz zostały przekazane w ustawowym terminie kopie odwołań Zamawiającemu, co potwierdził na posiedzeniu Zamawiający.

Izba ustaliła, że w przypadku każdego z odwołań, zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.*

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie oraz stanowiska i oświadczenia Stron i uczestników postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowody złożone przez Odwołującego Freightliner PL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ulicy Jasnej 15, 00-003 Warszawa:

- wydruki ze stron internetowych następujących dokumentów: decyzja o wytwarzaniu odpadów w latach 2002 – 2010 dla PKP CARGO S.A. dla Zachodniopomorskiego Zakładu Spółki, pozwolenie na wytwarzanie odpadów wydane przez Wojewodę Wielkopolskiego w 2008 roku dla PKP CARGO S.A., pozwolenie na wytwarzanie odpadów wydane przez Starostę Malborskiego w 2006 dla PKP CARGO S.A. Zakład Taboru w Olsztynie,
- cennik stawek jednostkowych opłat za korzystanie z infrastruktury kolejowej PKP PLK S. A. obowiązujący od 11 grudnia 2011, cennik stawek jednostkowych opłat za korzystanie z infrastruktury kolejowej PKP PLK obowiązujący od 9 grudnia 2012, kalkulacje procentowego wzrostu stawek jednostkowych opłat za korzystanie z infrastruktury kolejowej PKP PLK S. A. z roku 2011/2012 w stosunku do stawek na okres 2012/2013,
- opinia prawna sporządzona przez adwokata N..... L..... na temat niemieckich zaświadczeń o niekaralności z dnia 23 listopada 2012 roku wraz z tłumaczeniem przysięgłym na język polski (dowód z dokumentu prywatnego),
- protokół z wglądu do dokumentacji przetargowej z dnia 20 listopada 2012 roku; pismo Odwołującego z dnia 21 listopada 2012 roku w sprawie udostępnienia dokumentacji przetargowej wraz z odpowiedzią Zamawiającego z dnia 26 listopada 2012 roku,
- ankiety UTK dla przewoźników T-2011, T-I-2012 i TT dotyczące wynagrodzeń pracowników, kosztów zakupu paliwa, wieku taboru kolejowego,
- Rysunek nr 1 – *cenę za 1000 ntkm: średnie za lata 2010-2011 dla PKP Cargo SA oraz cenę oferowane PKP Cargo SA za 1000 ntkm obowiązujące na rok 2013, dla poszczególnych zadań przetargu PGE 2013-2015.*

Izba dopuściła dowody złożone przez Odwołującego DB Schenker Rail Polska S.A. z siedzibą w Zabrze przy ulicy Wolności 337, 41-800 Zabrze:

- Ocena metod kalkulacji cen na usługi przewozowe towarowego transportu kolejowego oferowane w ramach procedur zamówień publicznych w wybranych przetargach w Polsce - ze szczególnym uwzględnieniem ryzyka zaniżania cen poniżej progu rentowności sporządzona przez Centrum Badań i Ekspertyz Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach pod kierownictwem dr hab. Roberta Tomanka, prof. nzw. UE Katowice (dowód z dokumentu prywatnego),

- Raport Urzędu Transportu Kolejowego „Funkcjonowanie rynku kolejowego za rok 2011”,
- dokumenty załączone do pisma Odwołującego pt.: *Pismo odwołującego* z dnia 13 grudnia 2012 roku złożonego na rozprawie: roczny raport dotyczący funkcjonowania rynku transportu kolejowego w 2011 roku str. 65; oferta Wagrem Sp. z o.o. z 7 grudnia 2012 roku; mail w AXBENET S.R.O. Sp. z o.o. Oddział w Lublinie z 10 grudnia 2012 roku; Transport wyniki działalności w 2011 roku, str.114, opracowanie Głównego Urzędu Statystycznego; Tabela opracowanie własne Odwołującego sporządzona na podstawie założeń PKP CARGO S.A. dotyczących przewozów powrotnych (str. 7 pisma PKP CARGO S.A.); mapa wraz z kalkulacją relacja Suszec Kopalnia (KWK Krupiński) – Dolna Odra (trasa najkrótsza 2013 r.); mapa wraz z kalkulacją relacja Suszec Kopalnia (KWK Krupiński) – Dolna Odra (trasa najtańsza 2013 r.); Tabela wyliczeń czasu jazdy bez postojów na stacjach pośrednich (I-X 2012) i średnie czasy załadunków i rozładunków według dyspozytury; mapa wraz z kalkulacją relacja Tarnów Opolski – Turoszów Elektrownia, Górażdze – Tuszów Elektrownia; mapa sieci kolejowej na Śląsku wskazująca odcinki torów oraz kopalnie, w których istnieje konieczność zastosowania lokomotyw spalinowych i ewentualnej dalszej zmiany na elektryczne.

Izba dopuściła dowody złożone przez uczestnika postępowania odwoławczego PKP CARGO S.A z siedzibą w Warszawie przy ulicy Grójeckiej 17, 02-021 Warszawa:

- zestawienie cen z usług przewozu kolejowego z umów zawartych w roku 2009 u Zamawiającego obejmujące lata 2009, 2010 i 2011,
- porównanie cen przetargowych na rok 2013, z którego wynika, że ceny oferowane przez PKP CARGO S.A. w tym postępowaniu dla konkretnego odcinka trasy są wyższe od cen oferowanych przez DB Schenker oraz Freightliner PL w innych postępowaniach na takich samych odcinkach tras,
- sprawozdania finansowe za lata 2010, 2011 oraz formularz F01 za rok 2012,
- Ekspertyzę naukową *na temat zasad kalkulacji cen usług przewozów oferowanych przez PKP CARGO S.A. w ramach sektorowych postępowań publicznych o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego ze szczególnym uwzględnieniem przetargu: „Zakup usługi przewozu węgla kamiennego i sorbentów wapiennych transportem kolejowym dla Oddziałów PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A.”* (dowód z dokumentu prywatnego),

- oświadczenie PZU o zakresie ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, którego dowód został dołączony do oferty.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny zarzutów podniesionych w odwołaniach sygn. akt KIO 2578/12 i sygn. akt 2594/12 biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie oraz dokumentację postępowania, uznała że oba odwołania zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający złożył pismo *Odpowiedź na odwołanie* do sprawy o sygn. akt KIO 2594/12 oraz pismo *Odpowiedź na odwołanie* do sprawy o sygn. akt KIO 2578/12, wnosząc o oddalenie każdego z odwołań w całości.

Na posiedzeniu i rozprawie zostały Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego złożone następujące pisma:

- uczestnik postępowania odwoławczego PKP CARGO S.A - *Pismo uczestnika postępowania*, do każdej ze spraw o sygn. akt KIO 2578/12 i sygn. akt 2594/12,
- Zamawiający – *Pismo Zamawiającego* do sprawy o sygn. akt KIO 2578/12,
- Zamawiający – *Pismo Zamawiającego* do sprawy o sygn. akt KIO 2578/12 z dnia 12 grudnia 2012 rok,
- Odwołujący (sygn. akt KIO 2578/12) DB Schenker Rail Polska S.A. – *Pismo odwołującego* z dnia 13 grudnia 2012 rok wraz z załącznikami,
- uczestnik postępowania odwoławczego PKP CARGO S.A - *Pismo uczestnika postępowania*, do każdej ze spraw o sygn. akt KIO 2578/12 i sygn. akt 2594/12 wraz z załącznikami,
- Zamawiający – pismo z 12 grudnia 2012 roku skierowane do Freightliner PL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością zawierające informacje o odtajnieniu części wykazu wykonanych usług załączonego do oferty PKP CARGO S.A. w części III zamówienia w zakresie pozycji 1 i pozycji 2 wykazu.

W zakresie zarzutów rażąco niskiej ceny w ofercie PKP CARGO S.A. w zakresie części I, III i IV i naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zw. z art. 90 ust. 1 -Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, art. 90 ust. 2 - Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, art. 90 ust. 3 - Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. art. 90 ust. 4 - Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający zawiadamia Prezesa Urzędu oraz Komisję Europejską o odrzuceniu ofert, które według zamawiającego zawierały rażąco niską cenę z powodu udzielenia pomocy publicznej, a wykonawca, w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, nie udowodnił, że pomoc ta jest zgodna z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; art. 91 ust. 1 – Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia; oraz art. 7 ust. 1 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców i art. 7 ust. 3 ustawy – Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy; oraz naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w zw. z art. 3 ust. 1 Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 z późn. zm.) – Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcą 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 oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy -

Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów w zw. z art. 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U.2007.50.331 z późn. zm.) – Zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców Izba uznała ww. zarzuty za niezasadne i w tym zakresie odwołania nie uwzględniła.

Izba na wstępie rozważań wskazuje, iż ustawa zobowiązując Zamawiających w art. 89 ust. 1 pkt 4 do odrzucenia oferty, gdy ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednocześnie nie wprowadza definicji pojęcia „rażąco niskiej ceny”. Brak zdefiniowania tego pojęcia a także brak możliwości wywnioskowania jednolitych zasad, kryteriów takiej oceny na podstawie orzecznictwa prowadzi do wniosku, iż każdy przypadek Zamawiający zobowiązani są oceniać indywidualnie, w kontekście danego postępowania o udzielenie zamówienia. Pomocnym w zakresie badania czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską będzie ukształtowana przez doktrynę wykładnia sformułowana w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych, gdzie czytamy, iż *„za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi”*. Próba dookreślenia tegoż pojęcia znalazła również odzwierciedlenie w orzecznictwie zarówno Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych. *„O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę”* (Sąd Okręgowy w Katowicach w Wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07). *„Za rażąco niską cenę należy uznać cenę nierealistyczną, za którą wykonanie zamówienia nie jest możliwe”* (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 września 2007 r., UZP/ZO/0-1082/07). *„Rażąco niska cena grozi niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości”* (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19 czerwca 2007 r. UZP/ZO/0-696/07). Tak więc, ceną rażąco niską jest cena niepokrywająca wydatków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, cena niewiarygodna, oderwana od realiów rynkowych, za którą wykonanie należyte zamówienia nie jest możliwe. Brak uregulowania ustawowych definicji rażąco niskiej ceny, brak tejże definicji w dyrektywach jednoznacznie wskazuje na trudność i indywidualność tego zagadnienia. Jednocześnie sankcja odrzucenia oferty z

powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być poprzedzona przez Zamawiającego wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień – art. 90 ustawy. Ustawodawca nie określił przesłanek jakie mają wskazywać na konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego w ofercie ceny. Każdorazowo to Zamawiający rozważa czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie Zamawiającego dopiero wówczas, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (porównaj: Wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07). Zgodnie z obowiązującym stanem prawnym to Zamawiający samodzielnie decyduje, czy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w konkretnej sytuacji (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 333/08). Dla uznania, że cena jest rażąco niska konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 1492/08 z 13 stycznia 2009 roku).

Jednakże nie należy zapominać, iż Zamawiający ogłaszając postępowanie chce osiągnąć cel tzn. realizację danego przedmiotu zamówienia za możliwie niskie wynagrodzenie, natomiast granica pomiędzy najniższą ceną zaoferowaną w postępowaniu, będącą efektem konkurencji pomiędzy podmiotami, a rażąco niską ceną jest nieostra, dlatego Zamawiający rozstrzygając czy ma do czynienia z rażąco niską ceną powinien mieć na uwadze w szczególności *„rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego”*. Zgodnie z art. 90 ust 1 ustawy cena rażąco niska określana jest w stosunku do przedmiotu zamówienia – czyli konkretnego dobra jakie chce pozyskać Zamawiający. Inny sposób dokonania badania zaoferowanej w danym postępowaniu przez wykonawcę Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ukształtował tylko jedno kryterium oceny ofert – kryterium ceny (100%). Jedynie oferowane w postępowaniu ceny stanowią element konkurencji pomiędzy wykonawcami składającymi oferty, natomiast przedmiot zamówienia został opisany przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i każdy z wykonawców składających oferty zobowiązał się do realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego (formularz oferty). Samo stwierdzenie różnic pomiędzy składanymi ofertami jest naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla wykazania rażąco niskiej ceny którejs z ofert.

Zamawiający indywidualnie do danego przypadku stwierdza czy powziął wątpliwości w zakresie zaistnienia rażąco niskiej ceny; nie istnieją bowiem ustalone granice jakie

zobowiązują Zamawiającego do uznania, iż zaoferowana cena stanowi cenę rażąco niską, co więcej w zakresie każdego postępowania procentowa wartość odstępstwa danej oferty od oszacowanej przez Zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia będzie inna, bowiem mają na nią wpływ między innymi terminy w jakich zostały dokonane szacunki zarówno Zamawiającego jak i składającego ofertę, dana sytuacja rynkowa i inne czynniki, tak więc odnośnie ceny oferowanej do wartości szacunkowej zamówienia przy ocenie, czy dana oferta jest ofertą z rażąco niską ceną, nie jest wystarczające (porównaj Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lipca 2008 r. sygn akt; KIO/UZP 691/08). Zamawiający jako organizator postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podejmuje decyzję o wezwaniu wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Zamawiający wzywając PKP CARGO S.A. do złożenia wyjaśnień zrealizowała swoje uprawnienie a zarazem obowiązek należytego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba uznała czynność Zamawiającego, tj. oceny oferty oraz wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny złożonych przez PKP CARGO S.A. za prawidłową, tym samym nie zaistniały przesłanki z art. art. 90 ust. 3 ustawy.

Wykonawca ten udzielił wyjaśnień, wskazał elementy, które wpłynęły na dokonanie takiej wyceny oferty zgodnie z wymaganiami Zamawiającego odpowiednio dla każdego z zadań. Ustawodawca w art. 90 ust. 1 ustawy umocował Zamawiającego *do wezwania wykonawcy w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę* – tak więc, wezwanie ma służyć ustaleniu czy oferowana przez wykonawcę cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie należy wskazać, iż określona w art. 90 ustawy procedura ma charakter wyjaśniający a nie dowodowy, na co wskazał w Wyroku z dnia 12 czerwca 2008 roku Sąd Okręgowy w Poznaniu (X Ga 140/08) dlatego też oświadczenie wykonawcy, który składa wyjaśnienia stanowi podstawę w zakresie oceny wyjaśnień dokonywanej przez Zamawiającego. Cena zaoferowana przez PKP CARGO S.A., na co wskazują wyjaśnienia tego wykonawcy, złożone w trybie art. 90 ustawy, z 30 października 2012 roku oraz złożona na rozprawie Ekspertyza naukowa *na temat zasad kalkulacji cen usług przewozów oferowanych przez PKP CARGO S.A. w ramach sektorowych postępowań publicznych o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego ze szczególnym uwzględnieniem przetargu: „Zakup usługi przewozu węgla kamiennego i sorbentów wapiennych transportem kolejowym dla Oddziałów PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A.”* (dowód z dokumentu prywatnego) a objęte w tajemnicą przedsiębiorcy potwierdziły, że zaoferowane ceny realizacji części zamówienia I, III, i IV nie są cenami nierealistycznymi, niewiarygodnymi i oderwanymi od realiów rynkowych. Z dokumentów przedstawionych przez PKP CARGO S.A wynika, że zaoferowane przez tego

wykonawcę w przetargu ceny dla poszczególnych części zapewniają odpowiednie pokrycie kosztów oraz zysk.

Ustawodawca w art. 90 ust 2 ustawy wskazał przykładowo, bowiem nie jest to katalog zamknięty, obiektywne czynniki mogące mieć wpływ na kalkulacje ceny przez wykonawcę, które Zamawiający bierze pod uwagę dokonując oceny wyjaśnień. Niewątpliwie czynniki jakie mogą mieć wpływ na kalkulację ceny oferty będą różne dla różnych zamówień oraz będą w szczególności kreowane przez wykonawców składających wyjaśnienia, bowiem to właśnie wykonawcy ci będą się do nich odwoływać wyjaśniając ceny zawarte w ofertach. PKP CARGO S.A w złożonych wyjaśnieniach wskazał te elementy oferty, które były podstawą wykreowania zaoferowanej w ofercie ceny oraz odwołał się do czynników jakie miały wpływ na taką kalkulację oferty.

Izba wskazuje, że na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony i uczestników postępowania odwoławczego, który zarazem jest uprawnieniem Stron i uczestników postępowania odwoławczego, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Izłą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one i uczestnicy postępowania odwoławczego mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej*, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust. 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio, qui dicit, non ei, qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).*

Odwołujący wywodząc skutki prawne, z faktu, iż złożona w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferta przez PKP CARGO S.A. zawiera rażąco niską cenę w części I, III i IV powinni byli tego dowieść, natomiast odniesienie się do analizy

porównawczej cen zawartych w ofertach przetargowych na rynku kolejowych przewozów towarowych daje tylko ogólny i wstępny obraz kształtowania się poziomu cen ofertowych na tym rynku. Odniesienie się przez Odwołujących do cen jakie były oferowane w innych postępowaniach oraz do cen jakie są oferowane w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi efektywnego oraz obiektywnego kryterium narzędzia analizy ekonomicznej, które będzie wskazywać na zaoferowanie ceny rażąco niskiej, jedynym efektem takiego porównania jest wskazanie różnic w oferowanych cenach przez poszczególnych wykonawców. Odwołujący w pismach oraz argumentacji podnoszonej na rozprawie poprzestawali na formułowaniu tez i przypuszczeń opierając swoją argumentację na kształtowanych przez siebie założeniach co nie uprawdopodobniło faktu złożenia przez PKP CARGO S.A. oferty z ceną rażąco niską. Odwołujący DB Schenker Rail Polska S.A. w złożonym wraz z odwołaniem dokumencie „Ocena metod kalkulacji...” wskazał, że *na podstawie analizy rynkowej hipotezę o zastosowaniu przez PKP CARGO.S.A. w badanym postępowaniu cen rażąco niskich można uznać za mocno uprawdopodobnioną*. Taka teza Odwołującego została oparta na analizie porównawczej cen zgłoszonych w postępowaniu, zwłaszcza ich porównania (str. 3 dokumentu) oraz nie uwzględniała wszystkich elementów jakie ewentualnie miałyby wpływ na badanie wszystkich kosztów realizacji zamówienia (str. 4 dokumentu). Natomiast dokumenty w złożonym na rozprawie dokumencie sam Odwołujący wskazał, odnosząc się do wyjaśnień PKP CARGO S.A, że nie jest możliwa interpretacja tabeli jaką zawarł w swoim piśmie z 3 grudnia 2012 roku uczestnik postępowania odwoławczego (str. 2 pisma z 13 grudnia 2012r.) tym samym nie jest Odwołujący w stanie odnieść się do zaoferowanej przez PKP CARGO S.A ceny a jedynie wskazuje na elementy jakie w ocenie Odwołującego mogą mieć wpływ na kalkulację ceny. Odwołujący Freightliner PL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością skupił swoją argumentację na dokonaniu szczegółowej analizy i porównania cen zaoferowanych w przetargu przez różnych wykonawców oraz szacunkowej wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego i stosunku procentowego zaoferowanych cen w stosunku do szacunku. Nie dowodzi to jednak w żaden sposób faktu zaoferowania przez PKP CARGO S.A. ceny rażąco niskiej w części I, III i IV a jedynie wskazuje na zróżnicowanie cen na rynku przewozów kolejowych. W ocenie Izby, żaden z Odwołujących, za pomocą złożonych dowodów nie uprawdopodobnił nawet zaoferowania cen rażąco niskich przez PKP CARGO S.A..

W związku z tym, że nie zostało dowiedzione zaoferowanie cen rażąco niskich w postępowaniu w części I, III i IV a ocena wyjaśnień PKP CARGO S.A. dokonana przez Zamawiającego uznana została za prawidłową Izba uznała za bezprzedmiotowy zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy oraz naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ust.

1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 z późn. zm.) oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów* w zw. z art. 9 ustawy z dnia z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U.2007.50.331 z późn. zm.).

W zakresie zarzutów zaniechania wykluczenia PKP CARGO S.A. i uznania jego oferty za odrzuconą (część I, III, IV) a tym samym naruszeniu art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy – *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełnią warunki, dotyczące: (...) sytuacji ekonomicznej i finansowej* w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: (...) nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu* i ust. 4 ustawy – *Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą* oraz art. 26 ust. 3 ustawy - *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert* i 4 ustawy – *Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1* w związku z § 1 pkt 1 ppkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226 poz. 1817) (dalej: rozporządzenie) przez zaniechanie wezwania wykonawcy PKP CARGO S.A. do złożenia dokumentu polisy, jak również wyjaśnień dotyczących zakresu posiadanego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej Izba uznała, że zarzut w zakresie zaniechania wezwania wykonawcy PKP CARGO S.A. do złożenia dokumentu polisy potwierdził się w pozostałym zakresie zarzuty nie potwierdziły się.

Izba ustaliła, że na potwierdzenie spełnienia określonego w punkcie 9.1.4 b SIWZ warunku

udziału w postępowaniu: wykonawca musi posiadać ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia nie mniejszą niż: - 2 000 000 zł nie ograniczonego liczbą zdarzeń, ani też kwotą określającą wysokość odszkodowania za jedno zdarzenie dla oferty składanej na I część zamówienia, - 2 000 000 zł nie ograniczonego liczbą zdarzeń, ani też kwotą określającą wysokość odszkodowania za jedno zdarzenie dla oferty składanej na II część zamówienia, - 2 000 000 zł nie ograniczonego liczbą zdarzeń, ani też kwotą określającą wysokość odszkodowania za jedno zdarzenie dla oferty składanej na III część zamówienia, - 2 000 000 zł nie ograniczonego liczbą zdarzeń, ani też kwotą określającą wysokość odszkodowania za jedno zdarzenie dla oferty składanej na IV część zamówienia. W przypadku składania ofert na więcej niż jedna część zamówienia, powyższe kwoty ulegają sumowaniu. Zgodnie z pkt 9.1.1. d SIWZ Zamawiający wymagał aby wykonawca na potwierdzenie spełnienia warunku złożył następujący dokument: *opłaconą polisę, a przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia, obejmującej co najmniej działalność związaną z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia nie mniejszej niż 2.000.000 zł nie ograniczonego liczbą zdarzeń, ani też kwota określająca wysokość odszkodowania za jedno zdarzenie (słownie: dwóch milionów złotych) - na każdą z części zamówienia.* Wykonawca PKP CARGO S.A. dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu załączył do oferty inny dokument ubezpieczenia o nazwie *Certyfikat Ubezpieczeniowy do Polisy Nr W A J386 0001.* Z treści tego dokumentu wynika, że *pozostałe warunki ubezpieczenia — zgodnie z Polisą Nr WA J386 0001.*

Izba rozpoznając zarzuty dotyczące przedstawionego przez PKP CARGO S.A. dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu uznała, że zasadnym jest zarzut w części dotyczącej zaniechania wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentu polisy.

Dokumenty jakich może żądać Zamawiający zostały określone - zgodnie z delegacją art. 25 ust. 2 *Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane, mając na uwadze, że potwierdzeniem spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia może być zamiast dokumentu również oświadczenie*

złożone przed właściwym organem oraz że potwierdzeniem niekaralności wykonawcy może być w szczególności informacja z Krajowego Rejestru Karnego, a potwierdzeniem, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, może być w szczególności zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, a także że formy dokumentów powinny umożliwiać udzielanie zamówień również drogą elektroniczną, zgodnie z rozporządzeniem § 1 pkt 1 ppkt 10 Zamawiający W celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych, (...), których opis sposobu oceny spełnienia został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust 1 ustawy zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust 2 ustawy zamawiający może żądać następujących dokumentów: (...) opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Tym samym prawodawca określił rodzaje dokumentów, którymi może posłużyć się wykonawca w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej wskazując na polisę ubezpieczeniową a dopiero następnie na inny dokument, który będzie potwierdzał spełnianie wskazanego warunku. W zakresie wskazanego w przepisie „innego dokumentu”, a więc pewnego otwartego katalogu dokumentów, które potwierdzają ubezpieczenie wykonawcy, prawodawca zastrzegł, że taki dokument może być złożony w przypadku braku polisy ubezpieczeniowej. Nie ulega wątpliwości, że wykonawca PKP CARGO S.A. jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej, że zawarł Polisę Nr WA J386 0001 co wynika z Certyfikatu i nie było przez uczestnika postępowania odwoławczego kwestionowane. Zamawiający badając dokumenty złożone przez PKP CARGO S.A. obowiązany był zastosować art. 26 ust. 3 ustawy i wezwać tego wykonawcę do uzupełnienia opłaconej polisy na potwierdzenie, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Z treści art. 26 ust. 3 ustawy wynika bezwzględny obligatoryjny obowiązek Zamawiającego. Ustawodawca wskazał enumeratywnie sytuacje, w których Zamawiający może pominąć wezwanie wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów a dotyczą one jedynie okoliczności, gdy konieczne byłoby unieważnienie postępowania lub oferta wykonawcy, mimo złożenia oświadczeń lub dokumentów,

podlegałyby odrzuceniu.

W pozostałym zakresie zarzutów, podnoszonych przez obu Odwołujących, a dotyczących wykazanego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej Izba zarzutów nie uwzględniła. W ocenie Izby istotnym jest fakt, iż wykazanie przez wykonawców składających oferty spełnienia wymagań ukształtowanych przez Zamawiającego ma znaczenie dalekosiężne, bowiem stanowi kluczowy element wyboru wykonawcy dającego gwarancję należytej realizacji zamówienia. Zamawiający w SIWZ w sposób jednoznaczny podał opis spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej. Wymagania, które określa Zamawiający *wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ* (porównaj: Wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 07 października 2008 roku sygn. akt XXIII GA 446/08). Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą polisa ubezpieczenia OC lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia składana jest w postępowaniu w celu potwierdzenia sytuacji ekonomicznej i finansowej tego wykonawcy pozwalającej mu na poniesienie kosztów ubezpieczenia. Posiadanie ubezpieczenia OC potwierdza zatem po pierwsze – zdolność bycia ubezpieczonym a po drugie – zdolność poniesienia określonych kosztów w celu uzyskania owego ubezpieczenia. Ubezpieczyciel dokonując oceny danego podmiotu co do możliwości jego ubezpieczenia podejmuje czynności mające na celu określenie ryzyka jakie ponosi ubezpieczający ubezpieczając dany podmiot, co między innymi stanowi o wysokości składki (składek) w zależności od sumy ubezpieczenia. Określona wysokość składki ubezpieczeniowej uzależniona jest zatem od czynników mających znaczenie dla ubezpieczyciela; nie jest podstawą jej ustalenia możliwość opłacania polisy (ponoszenia realnych kosztów ubezpieczenia) przez samego zainteresowanego chcącego ją pozyskać. Na kanwie zamówień publicznych ten sam dokument potwierdzający posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej (polisa ubezpieczenia OC lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia) potwierdza inną zdolność tego samego podmiotu, a mianowicie zdolność ekonomiczną i finansową, która jest elementem kwalifikacji wykonawców w postępowaniu. W postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego nie dokonuje się

oceny zdolności uzyskania danego ubezpieczenia lecz podlega ocenie zdolność „udźwignięcia” przez wykonawcę ciężaru zakupionego ubezpieczenia tj. faktycznego poniesienia kwoty za jaką wykonawca owe ubezpieczenie o odpowiedniej sumie ubezpieczenia zakupił. Wskazać należy, że Zamawiający w ukształtowanym warunku nie odnosił się ani do sublimatów ani nie wskazywał, że wykazywane ubezpieczenie będzie miało zastosowanie „na przyszłość” i będzie zabezpieczało interesy Zamawiającego w trakcie realizacji zamówienia. Ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej jakim dysponuje PKP CARGO S.A. – co wynika z treści Certyfikatu, spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ tj. suma gwarancyjna na kwotę 90 milionów złotych określona w Certyfikacie oraz zakres ubezpieczenia. Rozszerzająca interpretacja sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu dokonywana przez Odwoływających a mająca na celu wykazywanie braku spełnienia wymagań Zamawiającego jest nieuzasadniona, niedopuszczalna i nie znajduje uzasadnienia w żadnym przepisie ustawy. Wymagania Zamawiającego odnosiły się do podstawowego zakresu ubezpieczenia, brak natomiast jest wymagań w zakresie klauzul dodatkowych co sam Zamawiający potwierdził w udzielonej odpowiedzi na pytanie (*Zamawiający określając wymóg posiadania OC poza wskazaniem minimalnej sumy ubezpieczenia oraz wskazaniem, że dla tej sumy nie powinno być ograniczeń liczby zdarzeń ani też ograniczenia kwoty wysokości odszkodowania za jedno zdarzenie, nie określił, a przez to nie zawarł żadnego wymogu dotyczącego wysokości i rodzaju sublimatów.*).

W zakresie zarzutów zaniechania wykluczenia DB Schenker Rail Polska S.A. i uznania jego oferty za odrzuconą (część I, IV) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy oraz zaniechania art. 26 ust. 3 i 4 ustawy w związku z § 1 pkt 1 ppkt 10 rozporządzenia Izba uznała za niezasadny.

Uwzględniając podsinioną argumentację przy rozpoznawaniu zarzutów dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej przez wykonawcę PKP CARGO S.A. Izba wskazuje, że argumentacją Odwoływającego nie została poparta żadnym dowodem, który uprawdopodobnił by twierdzenia Odwoływającego. Odmienne, niż w przypadku uczestnika postępowania odwoławczego DB Schenker Rail Polska S.A. załączył do oferty Certyfikaty, które stanowią inne dokumenty jakimi może posłużyć się wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej. Z załączonego do oferty Certyfikatu AXA Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji S.A. wynika, że ubezpieczeniem objęta jest

odpowiedzialność cywilna ubezpieczonego na podstawie zawartych umów przewozu w kolejowym transporcie krajowym i międzynarodowym oraz, że suma ubezpieczenia z tytułu jednego i wszystkich wypadków ubezpieczeniowych wynosi 8 milionów złotych dla odpowiedzialności OC z tytułu transportu pozostałych ładunków, w tym węgla kamiennego i sorbentów wapiennych. Złożony certyfikat potwierdza spełnienie ukształtowanego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu.

W zakresie zarzutów zaniechania wykluczenia DB Schenker Rail Polska S.A. i uznania jego oferty za odrzuconą (część I, IV) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: (...) osoby prawne, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mającym na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego w związku z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy oraz zaniechania art. 26 ust. 3 ustawy w związku z § 2 pkt 2 rozporządzenia - Jeżeli, w przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy, mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wykonawca składa w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert, z tym że w przypadku gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń – zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób Izba uznała za niezasadny.*

Izba w zakresie podniesionego zarzutu uznała, że dokonana przez Zamawiającego ocena złożonych dokumentów tj. zaświadczeń niemieckiego Federalnego Urzędu Sprawiedliwości o niekaralności członków zarządu: Pana C..... S..... oraz Pana M..... H..... H..... była prawidłowa. W tym miejscu należy wskazać, że dokumenty składane są jako wydruki wygenerowane automatycznie a brak pieczęci i podpisu pod świadectwem o niekraśności jest zgodne z niemieckim prawem (opinia prawna). Odwołujący wskazując, że

konieczne byłoby uzyskanie dokumentu w formie pisemnej z pieczęcią i podpisem nie wskazał podstawy prawnej, która czyniłaby taką argumentację zasadną. W zakresie podnoszonej argumentacji dotyczącej nadania apostille wskazać należy, że na gruncie przepisów dotyczących zamówień publicznych nie został wprowadzony obowiązującymi przepisami obowiązek legalizacji dokumentów przez nadanie apostille.

W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia PKP CARGO S.A. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy - *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: (...) złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania* ustawy z uwagi na zaniechanie wykluczenia wykonawcy PKP CARGO S.A. mimo złożenia nieprawdziwych informacji, to jest oświadczenia o braku obowiązku uzyskania pozwolenia na wytwarzanie odpadów, wymaganego przez Zamawiającego zgodnie z formularzem ofert, podczas gdy Wykonawca takie zezwolenie posiada Izba uznała za niezasadny.

Izba uznała zgodnie ze stanowiskiem przedstawionym przez Zamawiającego, że w zakresie zarzutu dotyczącego złożenia oświadczenia o niepodleganiu obowiązkowi uzyskania zezwolenia na wytwarzanie odpadów, który to oświadczenie wymagane było zgodnie z punktem 18 oferty (Formularz oferty) złożenie oświadczenia w formularzu bądź o posiadaniu wymaganych prawem zezwoleń lub niepodleganiu temu obowiązkowi było akceptowalnym przez Zamawiającego. Oświadczenie jakie złożył wykonawca PKP CARGO S.A. nie ma wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Dowody przedstawione przez Odwołującego tj. załączone do odwołania wydruki ze stron internetowych następujących dokumentów: decyzja o wytwarzaniu odpadów w latach 2002 – 2010 dla PKP CARGO S.A. dla Zachodniopomorskiego Zakładu Spółki, pozwolenie na wytwarzanie odpadów wydane przez Wojewodę Wielkopolskiego w 2008 roku dla PKP CARGO S.A., pozwolenie na wytwarzanie odpadów wydane przez Starostę Malborskiego w 2006 dla PKP CARGO S.A. Zakład Taboru w Olsztynie wydane zostały na konkretne instalacje i nie mają związku z przedmiotem zamówienia w prowadzonym postępowaniu. Odwołujący składając wymienione powyżej dokumenty nie wykazał związku pomiędzy przedstawionymi przez siebie pozwoleniami a przedmiotem zamówienia objętym przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia. Izba uznała argumentację Zamawiającego, że tak złożone oświadczenie przez PKP CARGO S.A. w ofercie wyniknąć mogło ze sposobu zrozumienia złożenia oświadczenia, a co za tym idzie nie można w stosunku do wykonawcy wyciągać negatywnych skutków tego działania.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy – *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne* w związku z art. 96 ust. 3 ustawy - *Protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez zaniechanie ujawnienia wykazu usług załączonych do ofert złożonych przez wykonawcę PKP CARGO S.A. oraz referencji potwierdzających należyte wykonanie usług wskazanych w wykazie, jak również wyjaśnień złożonych przez PKP CARGO S.A. dotyczących niskiej ceny ofertowej dla zadania I, III, IV Izba uznała za zasadny.*

Na wstępie Izba wskazuje, że zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy. Przejawia się ona w szeregu czynnościach podejmowanych przez Zamawiającego i uczestników postępowania, począwszy od publicznego, jawnego ogłoszenia o zamówieniu, przez jawne otwarcie ofert i udostępnienie protokołu, ofert, oświadczeń składanych w toku postępowania aż po jawność umowy w sprawie zamówienia publicznego (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 23 maja 2011 roku sygn. akt KIO 966/12, KIO 973/12). Art. 8 ust. 1 ustawy nadał jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rangę zasady o doniosłym znaczeniu. W doktrynie uznaje się, że jawność postępowania o zamówienie publiczne z jednej strony jest prawem każdego wykonawcy gwarantującym dostęp do informacji o toczącym się postępowaniu, natomiast z drugiej jest nakazem skierowanym do Zamawiających, prowadzących postępowanie, aby na każdym jego etapie zagwarantowali wykonawcom dostęp do informacji na temat zamówienia publicznego. Zatem bez wątplenia zasadą jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a jej wyłączenie ma jedynie charakter wyjątku i jest możliwe tylko przy wykazaniu potrzeby ochrony określonych ustawą wartości (zob. wyrok KIO UZP z 19 lipca 2010 r., KIO/UZP 1400/10, LexPolonica nr 2369090) (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, wyd. 2 , LexisNexis Polska, Warszawa 2010, s. 114-115). Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy - *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Do konkursu przepis stosuje się odpowiednio.* Art. 86 ust. 4 ustawy wymienia enumeratywnie elementy jakie w złożonej ofercie nie mogą zostać zastrzeżone, należą do

nich nazwa (firma), adres wykonawcy a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Ustawodawca tym samym, *a contrario* dopuścił możliwość objęcia pozostałych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Przejawem zasady jawności postępowania jest między innymi art. 96 ust. 3 ustawy wskazujący, że protokołu postępowania wraz z załącznikami jest jawny, natomiast moment ujawnienia załączników do protokołu postępowania jest zależny od trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. *Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie* (art. 8 ust. 2 ustawy). W zakresie informacji, które nie podlegają udostępnieniu ustawa odsyła do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa ujętej w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 roku (Dz. U. z 2003 roku, Nr 153 poz. 1503 ze zm.). Zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się *nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności*. Przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Wcześniejsze uregulowanie przepisu odwoływało się do tajemnicy handlowej, która dzisiaj zawarta jest w *innych informacjach posiadający wartość gospodarczą*. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Stanowisko to wyraził także Sąd Najwyższy w wyrok SN z dnia 3 października 2000 roku, Sygn. akt I CKN 304/ 2000, gdzie jednoznacznie wykluczono możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa

informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej dozwolonej drodze (również wyrok Sądu Najwyższego z 5 września 2001 r., I CKN 1159/00, OSNC 2002, Nr 5, poz. 67). Obowiązkiem Zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na obowiązek badania przez Zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05 cyt. *„w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następnym stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji”*. Wyrażony przez SN pogląd zachowuje, w ocenie Izby, pełną aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa. Tak więc Zamawiający przede wszystkim powinien dokonać oceny, jaki charakter ma zastrzeżona informacja. Następnie powinien ustalić, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznane ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca ma wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. Tym bardziej, że to Zamawiający bada skuteczność dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających z ogłoszenia o zamówieniu, co zostało ugruntowane w orzecznictwie zarówno Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej jak i orzecznictwie sądów powszechnych i Sądu Najwyższego. Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób, a powyższe mieści się w charakterze obowiązków, a nie uprawnień Zamawiającego. Sąd Najwyższy – wskazując, że na Zamawiającym spoczywa obowiązek badania skuteczności zastrzeżenia a dopiero w wyniku stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia następuje wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji – nie określił w jaki sposób Zamawiający ma rozstrzygać czy dana informacja faktycznie nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa. Nadal, pomimo licznego orzecznictwa oraz zdefiniowanego pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa każda sprawa rozpoznawana musi być przez Zamawiającego indywidualnie. Uwzględniając wypracowane w doktrynie mechanizmy Zamawiający przed

ujawnieniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa powinien w pierwszej kolejności poinformować podmiot zastrzegający, choć przepisy ustawy nie nakładają na Zamawiającego takiego obowiązku. Takie postępowanie po pierwsze wpisuje się w należytą staranność prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, po drugie może uchronić Zamawiającego od groźby ponoszenia kar (postępowanie karne) a po trzecie daje podmiotowi, który zawarł w ofercie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa prawo do wnoszenia środka ochrony prawnej w zakresie czynności Zamawiającego. W piśmiennictwie – między innymi glosa S. Salomonowicza do uchwały SN z dnia 21 października 2005 roku II CZP 74/05 – wskazywany jest pogląd, iż wyjaśnienie tych wątpliwości może nastąpić w oparciu o przepis art. 87 ust. 1 ustawy. Wydaje się również zasadna argumentacja wskazująca na możliwość zastosowania art. 26 ust. 4 ustawy. Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w poszanowaniu zasad określonych w ustawie, tym samym Zamawiający powinien dochować wszystkich czynności aby zasadom tym nie uchybić.

Zamawiający oświadczył na rozprawie, że *całość wyjaśnień PKP CARGO w zakresie rażąco niskiej ceny uznał za tajemnicę, weryfikując informacje zawarte w tych wyjaśnieniach pod kątem tajemnicy przedsiębiorstwa oparł się na wyjaśnieniach samego wykonawcy zawartych w piśmie z 30.10.2012. Samodzielnie nie dokonywał żadnych weryfikacji i wyjaśnień, analizował w tym zakresie orzecznictwo oraz dorobek doktryny. W ocenie zamawiającego charakter informacji zawartych w tych wyjaśnieniach nie budzi wątpliwości co do objęcia ich tajemnicą.* Jednocześnie na rozprawie pełnomocnik uczestnika postępowania odwoławczego – PKP CARGO S.A. odnosząc się do charakteru informacji zawartych w piśmie datowanym na 30 października 2012 roku wyjaśnił, że *w pkt II i III jedynie omyłkowo wskazano, że informacje tam zawarte mają charakter poufny i tym samym stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W odniesieniu do pkt I pkt 5, 8 oraz 10-16 stanowią odpowiednio informacje, które mają wartość gospodarczą oraz organizacyjną i tak: pkt 5 i 8 wartość organizacyjna + gospodarcza. Dotyczy kalkulacji ceny ppkt c, d, e, f, g, h. pkt 10-16 wartość organizacyjna + gospodarcza. Przykładowo wskazuje na pkt 13, gdzie zawarto określone dane liczbowe. W punkcie 15 zawarto sposób kalkulacji ceny przez wykonawcę. Pkt 16 zawiera informacje o charakterze organizacyjnym. Zamawiający złożył na rozprawie następujące oświadczenie: Zamawiający postanawia odtajnić pismo w części, jaka nie została podtrzymana na rozprawie przez przystępującego, tj. pkt I, ppkt 1-4, 6 i 7, 9 ppkt 8 lit. a i b oraz pkt II i III.*

Izba zgodnie z sentencją orzeczenia nakazał *odtajnić informacje zawarte w piśmie wykonawcy PKP CARGO S.A. z 30 października 2012 roku w następującym zakresie: pkt I ppkt 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8 lit. a i b, 9 oraz pkt II i pkt III* uznając, że informacje zawarte w pozostałej części pisma stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba nakazała dokonanie Zamawiającemu tej czynności, bowiem Izba dokonuje oceny zasadności zarzutu na moment wnoszenia odwołania. Zamawiający nie dokonał prawidłowej oceny dokumentu stanowiącego wyjaśnienia i niezasadnie zaniechał odtajnienia części dokumentu. Oświadczenie złożone przez Zamawiającego na rozprawie Izba potraktowała jako stanowisko Zamawiającego, zawierające przyznanie okoliczności zawartych w podniesionych zarzutach.

W zakresie zarzutu dotyczącego utajnienia wykazu wykonanych usług argumentacja podniesiona wcześniej zachowuje aktualność. Jednakże w związku z odtajnieniem przez Zamawiającego pismem z dnia 12 grudnia 2012 roku dla części III zamówienia wykazu wykonanych usług w zakresie pozycji 1 i 2 bezzasadne stało się nakazywanie Zamawiającemu odtajnienia tej części dokumentu (czyli wykonanie czynności, która już została dokonana przez Zamawiającego). Odnośnie pozostałych informacji zawartych w wykazach wykonanych usług Izba uznała, że ocena dokonana przez Zamawiającego jest prawidłowa, bowiem informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa PKP CARGO S.A.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust 1 ustawy w zw. z art. 7 ustawy Izba nie stwierdziła dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert (100% cena). Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert. Zamawiający winien postępować zgodnie z zasadami jakie określa ustawa, między innymi zasadą równego traktowania wykonawców, zasadą konkurencyjności. Zamawiający zobowiązany jest do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania a jego działanie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Izba uznała, iż działanie Zamawiającego było zgodne z obowiązującymi przepisami i nie naruszało zasad zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt. 1 i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238)

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

.....

.....

.....

.