

Sygn. akt: KIO/UZP 1922 /09

WYROK
z dnia 1 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Luiza Łamejko
Agata Mikołajczyk

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 i 25 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Nadwiślański Zakład Transportu Kolejowego sp. z o.o., ul. Przemysłowa 6, 43-225 Wola, M Soft sp. z o.o. ul. Gliwicka 7/7, 40-079 Katowice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A. ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** protestu z dnia 27 listopada 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum PKP Cargo Service Sp. z o.o., PKP Cargo S.A., Jastrzębska Spółka Kolejowa Sp. z o.o., Aleje Jerozolimskie 125/127, 02-021 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: Nadwiślański Zakład Transportu Kolejowego sp. z o.o. ul. Przemysłowa 6, 43-225 Wola, M Soft sp. z o.o. ul. Gliwicka 7/7, 40-079 Katowice i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: Nadwiślański Zakład Transportu Kolejowego sp. z o.o. ul. Przemysłowa 6, 43-225 Wola, M Soft sp. z o.o. ul. Gliwicka 7/7, 40-079 Katowice,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 556 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: Nadwiślański Zakład Transportu Kolejowego sp. z o.o. ul. Przemysłowa 6, 43-225 Wola, M Soft sp. z o.o. ul. Gliwicka 7/7, 40-079 Katowice.**

Uzasadnienie

Zamawiający: Kompania Węglowa S.A. w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na obsługę bocznic kolejowej KW S.A. oddział KWK "Brzeszcze -Silesia" Ruch Brzeszcze w okresie 36 miesięcy. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nr 2009/S 154-225035 w dniu 13 sierpnia 2009 r.

Odwołujący, Konsorcjum NZTK sp. z o.o. i M Soft sp. z o.o. (zwane dalej Konsorcjum NZTK), w dniu 20 listopada 2009r. otrzymał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum „SERVICE-CARGO-JSK dla Brzeszcze” w składzie: PKP CARGO SERVICE sp. z o.o., PKP CARGO S.A. i Jastrzębska Spółka Kolejowa sp. z o.o.

Konsorcjum NZTK wniosło protest na powyższą czynność zarzucając zamawiającemu:

1. zaniechanie wezwania Konsorcjum „SERYICE-CARGO-JSK dla Brzeszcze” do złożenia wyjaśnień zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej Pzp, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę,
2. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum „SERYICE-CARGO-JSK dla Brzeszcze” na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ponieważ oferta zawiera cenę, która kształtuje się poniżej kosztów świadczenia usług, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w postaci ograniczania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku,
3. wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp,
4. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców tj. art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp.

Wykonawca wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie Konsorcjum „SERYICE-CARGO- JSK dla Brzeszcze” do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej i wybranie oferty protestującego jako najkorzystniejszej, alternatywnie – o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 Pzp.

Odwołujący podniósł w proteście, iż Konsorcjum „SERYICE- CARGO-JSK dla Brzeszcze” złożyło ofertę z ceną 10 995 880,84 zł przyjmując cenę jednostkową za dzierżawę wagonu typu 204 V lub równoważnego z utrzymaniem na dobę netto - 16,35 zł, a wagonu 418 V lub równoważnego netto - 21,50 zł. Odnosząc cenę tej oferty do ceny oferty odwołującego i kolejnej, stwierdził, że jest to cena niższa o 26% od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT oraz o 9% od ceny odwołującego, a od ceny z oferty CTL Maczki- Bór Sp. z o.o. - o 20%. W ocenie odwołującego, wystarczy porównać ceny jednostkowe dzierżawy poszczególnych wagonów typu 204 V i wagonu typu 418 V zaoferowane przez odwołującego i innych wykonawców, w celu potwierdzenia, że ceny zaproponowane przez Konsorcjum są nierealne i zaniżone, co powoduje, że usługa byłaby świadczona poniżej kosztów, a to mogłoby prowadzić do nienależytego wykonania lub niewykonania zamówienia. Odwołujący wskazał, że na rynku komercyjnym zarówno odwołujący jak i inni wykonawcy świadczyli usługi tożsame za ceny wyższe niż zaoferowane przez Konsorcjum.

Powyższe potwierdza zdaniem odwołującego, że oferta Konsorcjum jest ofertą niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Rozbieżność ceny zaproponowanej przez Konsorcjum, w porównaniu do ceny pozostałych ofert winna wzbudzić uzasadnione obawy zamawiającego o rzetelność skalkulowania

całkowitej ceny oferty i skłonić do jej zweryfikowania. W ocenie odwołującego oferta Konsorcjum jest sporządzona w oderwaniu od sytuacji panującej na rynku.

Poprzez złożenie oferty z ceną rażąco niską, a zatem zaproponowanie świadczenia usług poniżej kosztów, Konsorcjum utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku przez uzyskanie zamówienia. Tym samym eliminuje innych przedsiębiorców w rozumieniu przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy ZNK. Oferta podlega zatem odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Odwołujący podniósł „z ostrożności”, iż w postępowaniu wystąpiły wady uniemożliwiające zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, co skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 Pzp - zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z rażącym naruszeniem ustawy lub naruszeniem, które miało wpływ na wynik postępowania (art. 146 ust. 1. pkt. 5 i pkt. 6 Pzp).

Odwołujący zarzucił także, że w złożonym przez Konsorcjum wykazie (zał. nr 5) znajduje się zobowiązanie o dysponowaniu wózkiem motorowym WM 10 A oraz przyczepą do wózka motorowego PWM 10. W ramach uzupełnienia świadectw dopuszczenia typu do eksploatacji, Konsorcjum przedłożyło świadectwo dopuszczenia typu na przyczepę do wózka motorowego PWM 10 oraz na wózek motorowy WM-10, zamiast na WM-10A. Tym samym oferta nie spełnia wymagań siwz.

Ponadto, Konsorcjum złożyło świadectwa typu wydane dla PKP PLK S.A. tj. dla podmiotu, który nie jest członkiem Konsorcjum - świadectwa powinny być wydane dla firmy MAWEX- RECORD KFT Sp. z o.o., której oświadczenie o udostępnieniu wózka motorowego oraz przyczepy do wózka motorowego dla Konsorcjum zostało dołączone do oferty.

Oświadczenie firmy MAWEX RECORD KFT Sp. z o.o. nie zostało podpisane przez osobę uprawnioną do składania w imieniu tej firmy oświadczeń woli.

W siwz zamawiający określił wymaganie co do pracowników wykonawcy dla potrzeb realizacji usług określonych w pkt. 1 i 2 - w tabeli pkt 3 lp. 3 wskazano stanowisko: dróżnik obchodowy. Konsorcjum w ofercie załączyło kopię świadectwa złożenia egzaminu na stanowisko robotnika obchodowego (p. Piotra B. str. 65 oferty), co nie spełnia wymagania siwz. Stanowisko to nie jest wymienione w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 16 sierpnia 2004 r. w sprawie wykazu stanowisk bezpośrednio związanych z prowadzeniem i bezpieczeństwem ruchu kolejowego i warunków, jakie powinny spełniać osoby zatrudnione na tych stanowiskach oraz prowadzący pojazdy kolejowe (Dz. U. Nr 212, poz.2152 z późn. zm.).

Konsorcjum „SERVICE-CARGO-JSK dla Brzeszcze” przystąpiło do postępowania wszczętego na skutek wniesienia protestu. Przystępujący wyjaśnił m.in., że naprawy okresowe taboru kolejowego (wagony 418V i 204V) wykonują jego „spółki-córki” wchodzące

w skład grupy PKP Cargo S.A., a zatem konsorcjum ponosi niższe koszty, co ma wpływ na niskie ceny zawarte w jego ofercie. Wskazał na czynnik współdziałania członków konsorcjum w zakresie udostępniania zaplecza i rodzaju posiadanej infrastruktury, co skutkuje możliwością obniżenia cen.

Zamawiający oddalił protest. Stwierdził, że różnica cen ofert wynika z konkurencji na rynku usług kolejowych, a nie ze złożenia oferty z rażąco niską ceną. Nie zachodzą więc podstawy do przeprowadzenia szczegółowego postępowania wyjaśniającego. Wprawdzie cena oferty Konsorcjum „SERVICE-CARGO-JSK dla Brzeszcze” jest niższa o 25,88% od wartości szacunkowej zamówienia, lecz cena oferty odwołującego jest również niższa o 18,78% od wartości zamówienia. Zamawiający wyjaśnił, iż szacowanie wartości opartą na cenach z obowiązujących umów zawartych z odwołującym (NZTK sp. z o.o.). Wskazał, że odwołujący także znacznie obniżył swoje ceny w stosunku do obowiązujących umów. Ponadto, ceny usług na rynku uległy obniżeniu. Zdaniem zamawiającego odwołujący wybiórczo wskazał tylko ceny jednostkowe, które są niższe od cen zawartych w ofercie odwołującego - cztery (z jedenastu) ceny jednostkowe niższe od cen przyjętych przez pozostałych wykonawców. W ofercie odwołującego występuje szereg cen dużo niższych, aniżeli w pozostałych ofertach. Zamawiający uznał, że każdy z wykonawców może oszacować ceny jednostkowe na podstawie własnych analiz i kosztów, natomiast dla zamawiającego istotna jest cena za całe zamówienie.

W związku z powyższym zamawiający uznał za niezasadne pozostałe zarzuty wynikające z zarzutu rażąco niskiej ceny. Podkreślił, że odwołujący nie wskazał wady postępowania, która skutkowałaby unieważnieniem postępowania.

Zarzut dotyczący przedłożenia przez Konsorcjum świadectwa dopuszczenia typu na wózek motorowy WM-10, zamiast na wskazany w wykazie wózek WM-10A – zamawiający uwzględnił uznając za oczywistą omyłkę pisarską polegającą na błędnym wpisaniu w wykazie oznaczenia wózka jako „WM-10A” zamiast „WM-10L”. Wskazał, że nie istnieje wózek typu „WM-10A”. Na wezwanie z dnia 19 października 2009 r. Konsorcjum dostarczyło dwa świadectwa tj. Świadectwo nr T/2001/0309 - przyczepa wózka motorowego typu PWM-10 z odmianami PWM-10W i PP-W-01 oraz Świadectwo nr T/2001/0274 dopuszczenia do eksploatacji typu wózka motorowego typ WM-10 z odmianami WM-10/L, WŻA-10, WŻA-10L, wystawione na wniosek PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie. Świadectwo dopuszczenia do eksploatacji wózka motorowego typ WM-10 zapewnia współpracę z przyczepą PWM-10, dlatego też zamawiający uznał za właściwą oferowaną nazwę pojazdu jako WM-10. Zamawiający wyjaśnił, że nie wymagał świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego wystawionych wyłącznie na wniosek wykonawcy składającego ofertę.

Zamawiający oddalił zarzut dotyczący świadectwa złożenia egzaminu na stanowisko robotnika obchodowego zamiast dróżnika obchodowego. Wyjaśnił, że w pkt X ust. 1 pkt 2 siwz wymagano potwierdzenia, że wykonawcy dysponują lub będą dysponować osobami, spełniającymi warunki określone w przepisach wydanych na podstawie art. 22 ust. 2 ustawy z dnia 28.03.2003 r. o Transporcie Kolejowym (Dz. U. z 2007 r. nr 16 poz. 94 z późn. zmianami), które mogą być zatrudnione na stanowiskach pracy bezpośrednio związanych z prowadzeniem i bezpieczeństwem ruchu kolejowego oraz prowadzić pojazdy kolejowe. Przepisy wykonawcze do ww. ustawy zawiera rozporządzenie Ministra Infrastruktury z 16.08.2004 r. w sprawie wykazu stanowisk związanych z prowadzeniem i bezpieczeństwem ruchu kolejowego i warunków, jakie powinny spełniać osoby zatrudnione na tych stanowiskach oraz prowadzący pojazdy kolejowe (Dz. U. z 2004 nr 212 poz. 2152 z późn. zmianami). Nazwa stanowiska „dróżnik obchodowy” wynika z obowiązujących przepisów - z załącznika nr 1 poz. 11 do ww. rozporządzenia, natomiast złożone świadectwo na stanowisko „robotnik obchodowy” zostało wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. W rozporządzeniu Ministra Komunikacji z dnia 9 kwietnia 1970 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie określenia warunków, jakim powinni odpowiadać pracownicy zatrudnieni na kolejach użytku niepublicznego (§ 1 ust. 1 pkt 9 lit i) zastąpiono nazwę stanowiska „dróżnik obchodowy” zbliżoną fonetycznie do „robotnika obchodowego” nazwą „robotnik dokonujący obchodów torów”. Na podstawie rozdziału 5 - „przepisy przejściowe i końcowe” ww. rozporządzenia zamawiający uznał kwalifikacje osób o brzmieniu odpowiadającym brzmieniu lub zakresowi wymagań dla stanowisk określonych w załączniku nr 1 wydanych na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. Podobnie w przypadku odwołującego, zostało zaakceptowane świadectwo wystawione na stanowisko „maszynista spalinowych pojazdów trakcyjnych kolei użytku niepublicznego” dla maszynisty spalinowych pojazdów trakcyjnych.

Konsorcjum NZTK wniosło odwołanie od rozstrzygnięcia protestu. Odwołujący podtrzymał w całości zarzuty i żądania wskazane w proteście. Zarzucił naruszenie art. 90 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 91 ust. 1, art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp.

Odwołujący podtrzymał argumentację zawartą w proteście dotyczącą zarzutu rażąco niskiej ceny i niezastosowania postępowania wyjaśniającego z art. 90 ust. 1 Pzp. W kontekście art. 90 Pzp zamawiający bezzasadnie poprzestał wyłącznie na własnych ustaleniach w zakresie ceny oferty, a to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania że cena oferty nie jest rażąco niska. Odnosząc się do wskazanych przez przystępującego okoliczności podniósł, że wskutek istnienia powiązań kapitałowych i osobowych pomiędzy członkami Konsorcjum doszło do zaoferowania ceny usługi, która w sposób oczywisty

odbiega od cen, które zaoferowałyby podmioty niezależne. Zatem działanie Konsorcjum, ewidentnie nakierowane jest na wyeliminowanie innych podmiotów z rynku, zwłaszcza z udziału w postępowaniach z zachowaniem zasady równego traktowania wszystkich wykonawców. Pomiędzy podmiotami powiązаныmi w transakcjach należy stosować ceny, które ustaliły między sobą niezależne podmioty (ceny transferowe), tymczasem przedstawione ceny jednostkowe dzierżawy wagonów nie pokrywają nawet kosztów ich naprawy i utrzymania.

Odwołujący podtrzymał również stanowisko w odniesieniu do zarzutu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Podniósł dodatkowo, że Konsorcjum wykorzystuje swoją dominującą pozycję u zamawiającego, co pozwala mu dyktować warunki w postępowaniach o zamówienia publiczne.

W zakresie zarzutu dotyczącego świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego na wózek motorowy WM-10 i przyczepę do wózka motorowego PWM 10 odwołujący wskazał, że z informacji zawartej na stronie internetowej UTK *-Przewodnik po procedurach rynku kolejowego* wynika, że świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego może uzyskać jedynie wnioskodawca ubiegający się o jego wydanie korzystający po raz pierwszy z danego typu budowli lub urządzenia przeznaczonego do prowadzenia ruchu kolejowego. Zdaniem odwołującego w świetle przepisów prawa za nieudowodnione należy uznać oświadczenie Firmy MAVEX -RECORD z dnia 29.09.2009r., w którym stwierdza, że zakupiło od PKP PLK S.A. wózek motorowy WM -10 i przyczepę wózka motorowego PWM -10, skoro nie przedłożono dowodu zakupu ww. wózka i przyczepy.

Z ww. przewodnika wynika także, że ww. świadectwo musi posiadać każdy podmiot eksploatujący pojazd kolejowy, a zatem także firma MAVEX -Rekord KFT Sp. z o.o. Zgodnie z pismem Urzędu Transportu Kolejowego z dnia 10.12.2009 r., firma ta nie posiada ww. świadectw. Fakt, że na ten typ pojazdu świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego uzyskała PKP PLK S.A. w tym przypadku nie ma znaczenia dla spełniania warunków określonych w siwz pkt XII pkt 3.

Ponadto, z oświadczenia firmy MAVEX - Rekord KFT Sp. z o.o. wynika, że oferowane do udostępnienia: wózek motorowy WM - 10 i przyczepa wózka motorowego PMW - 10 są niesprawne i dopiero zostaną poddane naprawie, w związku z tym nie ma pewności, że pojazdy te będą posiadać wszystkie wymagane dokumenty określone w pkt. V pkt 5. Załącznika nr 1 do siwz.

W ocenie odwołującego zamawiający dokonał nadinterpretacji przepisów utożsamiając stanowisko „robotnika obchodowego” ze stanowiskiem „dróżnika

obchodowego". Wskazał, że w przypadku oferty odwołującego zamawiający wymagał literalnej zgodności przedstawionych dokumentów z aktualnymi przepisami (wezwanie z dnia 19.10.2009 r.).

Do postępowania odwoławczego przystąpiło Konsorcjum „SERVICE-CARGO-JSK dla Brzeszcze" po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Izba uznała, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się, iż zamawiający w wyniku niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechania czynności dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, która podlega odrzuceniu. Biorąc pod uwagę kryterium określone w postępowaniu: cena z wagą 100%, w razie uwzględniania odwołania, oferta odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza, a odwołujący mógłby uzyskać zamówienie.

W ocenie Izby nie można podzielić zarzutu zaniechania przez zamawiającego wezwania Konsorcjum „SERVICE-CARGO-JSK dla Brzeszcze" do złożenia wyjaśnień zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę.

Podkreślić należy, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie wskazują katalogu przesłanek, które uzasadniałyby powzięcie przez zamawiającego podejrzenia co do rażąco niskiej ceny oferty. W praktyce wątpliwości w zakresie rzetelnego skalkulowania ceny oferty wynikają z obiektywnych okoliczności, najczęściej na skutek wyraźnej różnicy wysokości zaoferowanej ceny w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia oszacowanej przez zamawiającego, znacznej dysproporcji ceny danej oferty w stosunku do cen innych ofert złożonych w postępowaniu lub w odniesieniu do średnich cen panujących na rynku danych zamówień.

W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone trzy oferty zawierające następujące ceny: 10 995 880,84 zł (oferta przystępującego), 12 049 012,80 zł (oferta odwołującego), 13 726 223,71 zł (oferta CTL Maczki-Bór Sp. z o.o.). W ocenie Izby, choć ceny ofert różnią

się od siebie, to rozbieżność w zakresie wysokości ww. cen nie jest „rażąca”. Pomiędzy ceną oferty przystępującego i odwołującego różnica wynosi ok. 1 004 169 zł tj. ok.9%, natomiast różnica w cenie tej oferty w stosunku do trzeciej oferty wynosi ok. 20 %. Najniższa z zaoferowanych cen nie jest „rażąco” niska w stosunku do średniej cen pozostałych ofert, ani do wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego na kwotę 12 160 000,00 zł (bez VAT). Wartość zamówienia została oszacowana zgodnie z art. 34 ust. 1 pkt 1 Pzp, na podstawie ponoszonych w latach ubiegłych kosztów wynikających z umów zawartych w latach 90-tych, w trybie niekonkurencyjnym, świadczonych przez dotychczasowego wykonawcę - odwołującego. Przyznać zatem należy, że wartość powyższa nie stanowi odzwierciedlenia aktualnych cen rynkowych. Wartości szacunkowej zamówienia nie można utożsamiać z ceną, jaką zamawiający zamierza uzyskać od wykonawcy w wyniku prowadzonego postępowania. Celem postępowania przetargowego jest bowiem wyłonienie wykonawcy mogącego świadczyć usługi za niższą cenę, zgodną z rzeczywistymi warunkami rynkowymi. Nie można więc wprost uznać, iż różnica między szacowaną wartością zamówienia, a najtańszą ofertą upoważnia do zarzucania wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny.

Biorąc pod uwagę przyjęty w orzecznictwie i praktyce punkt odniesienia w badaniu ceny oferty - ceny zaoferowane przez innych wykonawców w danym postępowaniu, należy podkreślić, iż w ustalonych okolicznościach stosunek procentowy ceny oferty wybranej do ceny oferty odwołującego (niższa o 9%), a także do ceny oferty najdroższej złożonej przez CTL Maczki- Bór Sp. z o.o. (niższa o 20%) nie stanowią uzasadnienia do żądania przez zamawiającego wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny oferty przez przystępującego. Różnica w cenie, w grupie trzech ofert, nie jest na tyle istotna, aby można było mówić o rażącej różnicy, a tym samym o zaistnieniu podstawy do wyjaśniania rażąco niskiej cenie oferty w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Cenę oferty badanej należy bowiem odnosić nie do ceny najwyższej lecz do średniej ceny wszystkich ofert złożonych w postępowaniu.

Odwołujący podnosił w odwołaniu, iż Konsorcjum „SERVICE- CARGO-JSK dla Brzeszcze” złożyło ofertę przyjmując cenę jednostkową za dzierżawę wagonu typu 204 V lub równoważnego z utrzymaniem na dobę netto - 16,35 zł, a wagonu 418 V lub równoważnego netto - 21,50 zł. W ocenie odwołującego, wystarczy porównać ceny jednostkowe dzierżawy poszczególnych wagonów zaoferowane przez odwołującego i innych wykonawców, w celu potwierdzenia, że ceny zaproponowane przez Konsorcjum są nierealne i zaniżone, co powoduje, że usługa byłaby świadczona poniżej kosztów. Odwołujący wskazał, że na rynku komercyjnym zarówno odwołujący jak i inni wykonawcy świadczyli usługi tożsame za ceny wyższe niż zaoferowane przez Konsorcjum.

Z ustalonych w sprawie okoliczności wynika jednak, że zamawiający dokonując oceny ofert uwzględnił specyfikę przedmiotu zamówienia oraz bieżące trendy na rynku, na którym

wykonawcy agresywnie konkurują o zamówienia. Zauważyć należy, że jednym ze sposobów obniżenia kosztów świadczenia jest tworzenie przez przedsiębiorców konsorcjum, w efekcie korzystania z potencjału i zasobów innych wykonawców. Odwołujący, zdaniem Izby, nie wykazał, że oferta przystępującego została skalkulowana w oderwaniu od sytuacji panującej na rynku. Przystępujący złożył wiarygodne wyjaśnienia w powyższym zakresie. Zauważyć należy, że uzasadniając zarzut odwołujący wskazał wybiórczo cztery (z jedenastu) ceny jednostkowe, które są niższe od cen zawartych w ofercie odwołującego, podczas gdy w ofercie odwołującego jest również szereg cen dużo niższych, aniżeli w pozostałych ofertach. Punktem odniesienia dla zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z brzmieniem art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, jest przedmiot zamówienia, a zatem nie poszczególne ceny jednostkowe, składowe ceny oferty, lecz cena ogólna za oferowane świadczenie.

W związku z powyższym, Izba uznała, iż zamawiający uzasadnił i wykazał brak podstaw do wystąpienia do Konsorcjum „SERVICE-CARGO-JSK dla Brzeszcze” o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów ceny mających wpływ na wysokość ceny oferty, a tym samym nie uchybił przepisom prawa.

W danym stanie faktycznym Izba uznała, iż nieuzasadniony jest także zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum „SERVICE-CARGO-JSK dla Brzeszcze” na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący uzasadnił zarzut czynu nieuczciwej konkurencji zaoferowaniem rażąco niskiej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia oraz zaoferowaniem usług poniżej kosztów ich świadczenia. Biorąc pod uwagę, iż odwołujący nie wykazał powyższych okoliczności w postępowaniu, nie sposób uznać, iż złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy. Konkurowanie na rynku ceną i w ten sposób „utrudnianie dostępu innym przedsiębiorcom do uzyskania zamówienia”, co podnosił odwołujący, nie powoduje nieuczciwej eliminacji innych przedsiębiorców z rynku. Brak jest również uzasadnionych podstaw do przypisywania Konsorcjum „SERVICE-CARGO-JSK dla Brzeszcze” pozycji „dominującej” i „wykorzystywanie tej pozycji u zamawiającego” w celu dyktowania warunków w postępowaniach o zamówienia publiczne, na co wskazywał odwołujący, ponieważ okoliczności te nie zostały wykazane.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego wadliwości złożonego w ofercie Konsorcjum „SERVICE-CARGO-JSK dla Brzeszcze” dokumentu świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego na wózek motorowy WM-10 i przyczepę do wózka motorowego PWM 10, Izba stwierdziła, że zgodnie z art. 23 ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (Dz. U. z 2007 r. nr 16, poz. 94 z późn. zm.) oraz § 4 i § 9 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 30 kwietnia 2004 r. w sprawie świadectw

dopuszczenia do eksploatacji typu budowli lub urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego oraz typu pojazdu kolejowego (Dz. U. nr 103, poz. 1090 z późn. zm.), co potwierdza też informacja zawarta w opublikowanym przez UTK *Przewodniku po procedurach rynku kolejowego*, świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego uzyskuje wnioskodawca ubiegający się o jego wydanie korzystający po raz pierwszy z danego typu urządzenia. Definicja legalna świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego została zawarta w art. 4 pkt. 15 ww. ustawy o transporcie kolejowym. Świadectwo wydawane jest na dane urządzenie, a wskazane w art. 23 ww. ustawy podmioty eksploatujące pojazd kolejowy muszą takie świadectwo posiadać. W świetle powyższego nie można przyznać słuszności twierdzeniu odwołującego, iż firma MAVEX-Rekord KFT Sp. z o.o. udostępniająca urządzenie winna posiadać wystawione na jej rzecz świadectwo. Oferowane urządzenie posiada wymagane świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego, które uzyskała PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie (Świadectwo nr T/2001/0309 - przyczepa wózka motorowego typu PWM-10 z odmianami PWM-10W i PP-W-01 oraz Świadectwo nr T/2001/0274 dopuszczenia do eksploatacji typu wózka motorowego typ WM-10 z odmianami WM-10/L, WŻA-10, WŻA-10L). Wskazać przy tym należy, iż zamawiający nie wymagał świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego wystawionych wyłącznie na wniosek danego wykonawcy składającego ofertę. Niezależnie od podmiotu, który uzyskał świadectwo, urządzenie wskazane w ofercie takie świadectwo posiada, co wypełnia wymogi określone w pkt XII pkt 3 siwz.

Zarzut, iż oferowany do udostępnienia wózek motorowy WM - 10 i przyczepa wózka motorowego PMW - 10 są niesprawne, nie został zawarty w proteście, wobec czego stosownie do art. 191 ust. 3 Pzp nie podlegał rozpoznaniu.

W pkt X ust. 1 pkt 2 siwz wymagano potwierdzenia, że wykonawcy dysponują lub będą dysponować osobami spełniającymi warunki określone w przepisach wydanych na podstawie art. 22 ust. 2 ww. ustawy o transporcie kolejowym, które mogą być zatrudnione na stanowiskach pracy bezpośrednio związanych z prowadzeniem i bezpieczeństwem ruchu kolejowego oraz prowadzić pojazdy kolejowe. W pozycji 7 wykazu wymagano jednej osoby o kwalifikacjach dróżnika obchodowego.

Konsorcjum załączyło w ofercie kopię świadectwa złożenia egzaminu na stanowisko robotnika obchodowego (str. 65). Powyższy rodzaj stanowiska, nie jest określony w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 16 sierpnia 2004 r. w sprawie wykazu stanowisk bezpośrednio związanych z prowadzeniem i bezpieczeństwem ruchu kolejowego i warunków, jakie powinny spełniać osoby zatrudnione na tych stanowiskach oraz prowadzący pojazdy kolejowe (Dz. U. Nr 212, poz.2152 z późn. zm.).

Izba uznała, że świadectwo złożenia egzaminu na stanowisko „robotnik obchodowy” spełnia wymagania siwz. Zostało ono wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. W rozporządzeniu Ministra Komunikacji z dnia 9 kwietnia 1970 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie określenia warunków, jakim powinni odpowiadać pracownicy zatrudnieni na kolejach użytku niepublicznego, w § 1 ust. 1 pkt 9 lit i zastąpiono nazwę stanowiska „dróżnik obchodowy” zbliżoną fonetycznie do „robotnika obchodowego” nazwą „robotnik dokonujący obchodów torów”. Izba podzieliła ocenę zamawiającego, że powyższe stanowisko odpowiada brzmieniu lub zakresowi wymagań dla stanowisk określonych w załączniku nr 1 do rozporządzenia z 2004 r. i stosownie do brzmienia § 30 ust. 1 ww. rozporządzenia spełnia wymagania siwz. Zauważyć należy, że przyjęta zasada oceny kwalifikacji została zastosowana przez zamawiającego także wobec oferty odwołującego.

Wobec nie potwierdzenia się zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp lub z rażącym naruszeniem ustawy lub naruszeniem, które miało wpływ na wynik postępowania, co skutkowałoby koniecznością unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 Pzp. Najkorzystniejsza oferta została wybrana na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem zamawiający nie naruszył art. 91 ust. 1 Pzp. W konsekwencji Izba nie znalazła uzasadnienia do uwzględnienia zarzutu naruszenia w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców tj. art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp.

Biorąc za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art.191 ust.1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....