

WYROK

z dnia 30 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Luiza Łamejko**
Izabela Niedziałek – Bujak
Andrzej Niwicki

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2011 r. przez wykonawcę **PKP Cargo Spółka Akcyjna, 02-021 Warszawa, ul. Grójecka 17** w postępowaniu prowadzonym przez **Lubelski Węgiel „Bogdanka” Spółka Akcyjna, 21-013 Puchaczów, Bogdanka**

przy udziale wykonawcy **Freightliner PL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-797 Warszawa, Al. Komisji Edukacji Narodowej 36 lok. 200** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **PKP Cargo Spółka Akcyjna, 02-021 Warszawa, ul. Grójecka 17** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **PKP Cargo Spółka Akcyjna, 02-021 Warszawa, ul. Grójecka 17** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **PKP Cargo Spółka Akcyjna, 02-021 Warszawa, ul. Grójecka 17** na rzecz **Lubelski Węgiel „Bogdanka” Spółka Akcyjna, 21-013 Puchaczów, Bogdanka** kwotę **3 949 zł 53 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset czterdzieści dziewięć złotych pięćdziesiąt trzy grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Lublinie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Lubelski Węgiel „Bogdanka” Spółka Akcyjna zwana dalej Zamawiającym przeprowadziła w trybie negocjacji bez ogłoszenia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług przewozowych transportem kolejowym węgla kamiennego w relacji stacja nadania Jaszczów, właściwa dla kopalni Lubelski Węgiel „Bogdanka” Spółka Akcyjna z siedzibą w Bogdance a stacją Świerże Górne i bocznica właściwą dla Odbiorcy, którym jest Elektrownia Kozienice S.A.

W dniu 16 września 2011 r. wykonawca PKP Cargo Spółka Akcyjna zwany dalej Odwołującym złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 5 ust. 1a pkt 4, art. 63 ust. 3, art. 93 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 60 ust. 1 w zw. z art. 65 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) zwanej dalej ustawą Pzp oraz innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia odwołania, w szczególności przez:

- wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia pomimo, że nie zaistniały żadne przesłanki do wszczęcia postępowania w tym trybie,
- zaniechanie zaproszenia Odwołującego do udziału w negocjacjach, a tym samym zaproszenie wykonawców w liczbie nie zapewniającej konkurencji,
- zaproszenie do złożenia ofert wykonawców, którzy nie brali udziału w negocjacjach,
- zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo zaistnienia przesłanek ku temu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że wskazane przez Zamawiającego w pkt 3 protokołu postępowania uzasadnienie prawne i faktyczne nie umożliwiło przeprowadzenia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Odwołujący podkreślił, że, jak wynika z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, wszystkie przesłanki dopuszczające możliwość zastosowania trybów niekonkurencyjnych należy interpretować bardzo ściśle. Odwołujący powołał się na Informację o wyniku kontroli doraźnej następczej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 31 marca 2011 r. nr UZP/DKUE/KN/6/2011, gdzie wskazano, że „Sformułowanie „uzasadniony przypadek”, o którym jest mowa w omawianym przepisie, ma miejsce wtedy, gdy zastosowanie negocjacji bez ogłoszenia i zamówienia z wolnej ręki będzie oparte na obiektywnych racjach oraz poparte argumentami i dowodami uzasadniającymi takie postępowanie zamawiającego. Wynika z tego, że zamawiający nie może powoływać się na subiektywne przekonania, twierdzenia niepoparte dowodami, jak również na okoliczności, które zostały spowodowane

jego własnym działaniem. Należy zaznaczyć, że uzasadnienie wyboru trybu niekonkurencyjnego należy uznać za wystarczające nie wtedy, gdy zamawiający udowodni istnienie korzyści wynikających z zastosowania trybu bez ogłoszenia, lecz gdy uprawdopodobni, że zastosowanie innego trybu tworzy możliwość powstania skutków niekorzystnych, jest niecelowe, trudne czy wręcz niemożliwe do przeprowadzenia. Sformułowanie ustawy „mogłoby” pozwala na rezygnację z innych trybów, gdy zamawiający wykaże podstawy do przypuszczeń, że konsekwencją zastosowania takich trybów byłyby okoliczności wskazywane w art. 5 ust. 1a pkt 1-4 ustawy Pzp. Uprawdopodobniona możliwość ich powstania jest wystarczającym powodem do stosowania trybów negocjacyjnych. Ponadto, niezbędne jest wykazanie nie tylko celowości odstąpienia od trybów podstawowych (trybu przetargu nieograniczonego oraz ograniczonego), ale również od negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego i licytacji elektronicznej, a także niemożności zastosowania trybu zapytania o cenę”. Odwołujący zauważył, iż powyższa argumentacja została podtrzymana przez Krajową Izbę Odwoławczą w uchwale z dnia 13 maja 2011 r., sygn. akt KIO/KD 37/11. W ocenie Odwołującego, fakt zawarcia umowy z Elektrownią Kozienice S.A. i opóźnienie w rozpoczęciu eksploatacji Pola Stefanów były niewystarczającymi przesłankami do zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia. W jego opinii, Zamawiający mógł zastosować tryb podstawowy choćby w postaci przetargu ograniczonego „skróconego” (na podstawie art. 49 ust. 3 i art. 52 ust. 4 ustawy Pzp), co umożliwiłoby Zamawiającemu szybkie udzielenie zamówienia publicznego, a Odwołującemu wzięcie w nim udziału.

Odwołujący podniósł również, że przez zaniechanie skierowania zaproszenia do negocjacji do Odwołującego, jako znanego na rynku podmiotu świadczącego usługi w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, Zamawiający naruszył istotę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zapewnienie należytej realizacji przedmiotu zamówienia z zachowaniem racjonalnego wydatkowania środków pieniężnych, przy zapewnieniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności poprzez umożliwienie udziału w postępowaniu i uzyskaniu zamówienia jak najszerszemu kręgowi wykonawców. Odwołujący podkreślił, że jest największym na polskim rynku przewoźnikiem kolejowym towarów. Ponadto, Odwołujący świadczył na rzecz Zamawiającego usługi. Co więcej, ceny, za które Odwołujący realizował zamówienia były znacznie niższe niż ceny, po których usługę będzie świadczył wykonawca wybrany przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zwrócił również uwagę na okoliczność, że Zamawiający zaprosił do udziału w negocjacjach 2 spółki należące do jednej grupy kapitałowej (CTL Logistics Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz CTL Rail Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością), spółkę, która świadczy usługi głównie na rzecz spółek wchodzących

w skład Grupy Kapitałowej Grupy LOTOS Spółka Akcyjna (LOTOS Kolej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością) oraz dwóch głównych konkurentów Odwołującego tj. Freightliner PL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz DB Schenker Rail Polska Spółka Akcyjna. Takiego zaproszenia do udziału w negocjacjach nie można, zdaniem Odwołującego, uznać za zaproszenie, które zapewnia konkurencję. Potwierdzeniem tej okoliczności jest fakt, iż udział w negocjacjach wzięło tylko 3 wykonawców i tylko 3 wykonawców złożyło ofertę. Dodatkowo Odwołujący wskazał na fakt powiązania podmiotów zaproszonych do udziału w negocjacjach: CTL Logistics Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Freightliner PL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, LOTOS Kolej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Rail Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, CTL Rail Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jako członków Związku Niezależnych Przewoźników Kolejowych, których działania głównie skupiają się na osłabianiu pozycji rynkowej, jaką posiada Odwołujący.

Odwołujący podniósł również zarzut naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zaproszenie do złożenia ofert wykonawców, którzy nie brali udziału w negocjacjach, tj. CTL Logistics Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Freightliner PL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, DB Schenker Rail Polska Spółka Akcyjna (co wynika z pkt 7 protokołu postępowania). Wskazał, że oferty złożyli wyłącznie wykonawcy, którzy nie przystąpili do negocjacji. Odwołujący stwierdził, że skoro ww. wykonawcy nie powinni zostać zaproszeni do składania ofert, to ich oferty powinny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a postępowanie powinno zostać unieważnione na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wszystkich czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz nakazanie Zamawiającemu zaproszenia Odwołującego do negocjacji, ewentualnie
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wszystkich czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a przypadku, gdy umowa została już zawarta, unieważnienie umowy lub stwierdzenie, iż zawarcie umowy nastąpiło z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

W dniu 22 września 2011 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Freightliner PL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Na rozprawie strony i uczestnik postępowania podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia Zamawiający uzasadniając wybór trybu postępowania powołał się na art. 5 ust. 1a pkt 4 ustawy Pzp. Wskazał, że w dniu 16 sierpnia 2011 r. podpisał z Elektrownią Kozienice S.A. aneks do umowy wieloletniej nr UW/LW/01/2010 na dostawę węgla energetycznego rok 2011, w którym strony uzgodniły, że w celu uzyskania gwarancji przewiezienia do końca 2011 r. całej masy węgla objętej kontraktem, Lubelski Węgiel „Bogdanka” Spółka Akcyjna przejmie odpowiedzialność (zawrze umowę z przewoźnikiem) za transport 450 000 ton węgla w IV kwartale 2011 r. Zamawiający wyjaśnił, że konieczność realizacji zwiększonych dostaw węgla w IV kwartale 2011 r. wyniknęła z opóźnienia oddania do eksploatacji w Lubelski Węgiel „Bogdanka” Spółce Akcyjnej Pola Stefanów, z którego wydobycie węgla ma zapewnić realizację zakontraktowanych na 2011 r. dostaw węgla do odbiorców, w tym do Elektrowni Kozienice S.A. Termin oddania do eksploatacji Pola Stefanów planowano na czerwiec 2011 r., rzeczywisty termin uruchomienia wydobycia przewidywany jest na październik 2011 r., a aktualne możliwości wydobywcze nie pozwalają na pełne i zgodne z harmonogramami wywiązanie się kopalni z zawartych kontraktów na dostawę węgla w 2011 r.

W Protokole postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia (DRUK ZP-NBO) Zamawiający wskazał w pkt 5, że zaproszenie do negocjacji zostało przekazane następującym wykonawcom: CTL Logistics Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Freightliner PL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, DB Schenker Rail Polska Spółka Akcyjna, LOTOS Kolej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Rail Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, CTL Rail Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Zgodnie z pkt 7 ppkt 2 Protokołu, do negocjacji nie przystąpili następujący wykonawcy: CTL Logistics Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Freightliner PL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, DB Schenker Rail Polska Spółka Akcyjna. Jednocześnie Izba stwierdziła, że w kopii Protokołu złożonego Izbie potwierdzonej za zgodność z oryginałem skreślone zostało słowo „nie”. Z kolei w pkt 8 Protokołu wskazano, że zaproszenie do składania ofert oraz specyfikacja istotnych warunków zamówienia zostały przekazane następującym wykonawcom: CTL Logistics Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Freightliner PL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, DB Schenker Rail Polska Spółka Akcyjna, LOTOS Kolej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Rail Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, CTL Rail Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. W pkt 11 Protokołu Zamawiający wskazał, że oferty złożyły: CTL Logistics Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Freightliner PL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz DB Schenker Rail Polska Spółka Akcyjna.

W Protokole z negocjacji z dnia 24 sierpnia 2011 r. podpisanym przez członków Komisji Przetargowej stwierdzono, że w negocjacjach wzięli udział następujący wykonawcy: Freightliner PL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, DB Schenker Rail Polska Spółka Akcyjna oraz CTL Logistics Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

W dniu 6 września 2011 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej ofert wykonawcy Freightliner PL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Jednocześnie wskazał, że oferty złożyli: CTL Logistics Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Freightliner PL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i DB Schenker Rail Polska Spółka Akcyjna.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zaskarżona przez Odwołującego czynność przeprowadzenia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia oraz zaniechanie zaproszenia Odwołującego do negocjacji pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i narażają go na poniesienie szkody.

Uwzględniając powyższe ustalenia Izba rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów stwierdziła, że żaden z podnoszonych zarzutów odwołania nie znalazł potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 5 ust. 1a pkt 4 ustawy Pzp. Stosownie do wskazanego przepisu w przypadku zamówień, których przedmiotem są usługi o charakterze niepriorytetowym zamawiający może wszcząć postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub w trybie zamówienia z wolnej ręki także w innych uzasadnionych przypadkach niż określone odpowiednio w art. 62 ust. 1 lub w art. 67 ust. 1, w szczególności jeżeli zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować co najmniej jedną z następujących okoliczności:

- 1) naruszeniem zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków;
- 2) naruszeniem zasad dokonywania wydatków w wysokości i w terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań;

- 3) poniesieniem strat w mieniu publicznym;
- 4) uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań.

Przepis ten wskazuje zatem na możliwość udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie dodatkowych przesłanek niż określone w art. 62 ust. 1 ustawy Pzp, uzależniając ją jednak od charakteru usługi oraz prawdopodobieństwa zaistnienia negatywnych skutków zastosowania innego trybu udzielenia zamówienia.

W przedmiotowym stanie faktycznym bezsporny między stronami jest niepriorytetowy charakter usług stanowiących przedmiot zamówienia – usługi te zostały wymienione w Załączniku nr 2 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz.U. Nr 12, poz. 68).

Ponadto, w ocenie Izby, Zamawiający w sposób obiektywny wykazał, że opóźnienie w oddaniu do eksploatacji Pola Stefanów stanowi obiektywną przesłankę uzasadniającą rezygnację z przeprowadzenia postępowania w podstawowym trybie. W uzasadnieniu przeprowadzenia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia Zamawiający podał zarówno fakt opóźnienia w oddaniu Pola Stefanów do eksploatacji, jak też datę podpisania aneksu do umowy z Elektrownią Kozienice S.A., wskazując, że w jego wyniku Zamawiający przejmie odpowiedzialność za transport węgla, który zobowiązany jest zrealizować w określonych terminach. Dowodem na powyższe jest złożony przez Zamawiającego na rozprawie Aneks nr 4 do Załącznika nr 2 do Umowy UW/LW/01/2010 (Umowy rocznej na dostawę węgla energetycznego rok 2011 z dnia 20.12.2010 r.) z dnia 16 sierpnia 2011 r. zawarty pomiędzy Elektrownią Kozienice S.A. a Lubelski Węgiel „Bogdanka” Spółka Akcyjna, w którym w §3 stwierdzono, że w przypadku, gdy Lubelski Węgiel „Bogdanka” Spółka Akcyjna zawrze do dnia 15 września 2011 r. umowę z podmiotem wybranym w postępowaniu przetargowym prowadzonym w celu wyłonienia wykonawcy przewozów kolejowych węgla w formule DAP stacja przeznaczenia Świerże Górne, z tym dniem zmianie ulegnie treść §1 Załącznika nr 2 do Umowy UW/LW/01/2010 przez dodanie ust. 6 o następującej treści: „6. Z wolumenu dostaw węgla, o którym mowa w §1 ust. 1 przewidzianego w 2011 roku, ilość 150 000 Mg zostanie dostarczona na warunkach DAP stacja PKP Świerże Górne (wg Incoterms 2010). Dostawy będą realizowane równomiernie w ustalonych przez Strony harmonogramach miesięcznych od dnia 20.09.2011 do 31.12.2011”. Zgodnie z §5 ww. Aneksu w przypadku, gdy Lubelski Węgiel „Bogdanka” Spółka Akcyjna zawrze do dnia 15 września 2011 r. umowę z podmiotem wybranym w postępowaniu przetargowym prowadzonym w celu wyłonienia wykonawcy przewozów kolejowych węgla w formule DAP stacja przeznaczenia Świerże Górne, z tym dniem zmianie ulegnie treść §5 Załącznika nr 2 do Umowy UW/LW/01/2010, w wyniku czego w §5 ust. 3 zostaną uregulowane obowiązki Lubelski Węgiel „Bogdanka” Spółki Akcyjnej w ten sposób,

że pkt f i g otrzymają odpowiednio brzmienie: „dostarczenie węgla transportem kolejowym w zwartych składach całopociągowych na swój koszt i ryzyko do stacji przeznaczenia Kupującego, tj. Świerże Górne”, „odpowiedzialność za działania i zaniechania przewoźnika, jak za działania i zaniechania własne”. Treść ww. Aneksu, w ocenie Izby, potwierdza informacje podane przez Zamawiającego w uzasadnieniu przeprowadzenia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Ponadto, Izba dała wiarę twierdzeniom Zamawiającego i Przystępującego, że do momentu podpisania Aneksu nr 4 do Umowy UW/LW/01/2010 zawartej z Elektrownią Kozienice S.A. Zamawiający nie miał wiedzy o konieczności przeprowadzenia postępowania na przewóz węgla. Postępowanie to nie stanowi zwyczajowego postępowania, które przeprowadza zamawiający w wyniku umowy zawartej z Elektrownią Kozienice S.A. – jak wyjaśnił Zamawiający, w ramach tej umowy za transport węgla odpowiada Elektrownia. Wobec powyższego, Izba uznała, że podpisanie w dniu 16 sierpnia 2011 r. Aneksu nr 4 o treści przedłożonej przez Zamawiającego, jak też zaistniała w jego wyniku konieczność zapewnienia dostaw węgla dla Elektrowni Kozienice S.A. i dotrzymania warunków umowy, stanowią odpowiednie uzasadnienie dla zastosowania przesłanki z art. 5 ust. 1a pkt 4 ustawy Pzp.

Powyższemu nie przeczą postanowienia Aneksu nr 4, gdzie wskazano, że Zamawiający zawrze umowę na transport węgla z podmiotem wybranym w postępowaniu przetargowym czy publicznym postępowaniu przetargowym (§3, §4, §5, §6). Izba uznała, że postanowienia te są sformułowaniami ogólnymi, z których nie można wywieść woli stron do wyboru wykonawcy na przewóz węgla w jednym z podstawowych trybów przetargowych.

Jednocześnie Izba nie wzięła pod uwagę złożonego na rozprawie przez Zamawiającego Aneksu nr 2 do Załącznika nr 2 do Umowy nr UD/LW/01/2011 na dostawę dodatkowych ilości węgla energetycznego w roku 2011 z dnia 16 sierpnia 2011 r. z uwagi na fakt, iż Zamawiający nie wskazał zmiany Umowy UD/LW/01/2011 jako podstawy do wszczęcia postępowania w uzasadnieniu przeprowadzenia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Izba uznała, że brak jest podstaw do rozszerzania na etapie postępowania odwoławczego podstaw do przeprowadzenia postępowania, a co za tym idzie, ocena zasadności wszczęcia postępowania może odbywać się wyłącznie na podstawie okoliczności wskazanych w uzasadnieniu wyboru trybu.

Izba nie uwzględniła również zarzutu dotyczącego zaniechania zaproszenia Odwołującego do udziału w negocjacjach. Izba stwierdziła, że wobec zaproszenia przez Zamawiającego do negocjacji sześciu wykonawców, nie można skutecznie zarzucić Zamawiającemu naruszenia art. 63 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, zamawiający ma prawo zaprosić do negocjacji wybranych przez siebie wykonawców. Jedyne ograniczenia wynikają z minimalnej ilości wskazanej przez ustawodawcę, przy czym ustawodawca stwierdza w przedmiotowym przepisie, że liczbą zapewniającą konkurencję

jest liczba 5 wykonawców. Odwołujący nie wykazał, że czynność zaproszenia do negocjacji wykonawców wybranych przez Zamawiającego była czynnością pozorną. Dowodu na powyższe nie mogą stanowić powiązania poszczególnych firm wynikające z przynależności do tej samej grupy kapitałowej czy do Związku Niezależnych Przewoźników Kolejowych – taka przynależność nie wyklucza możliwości ubiegania się o zamówienie przez kilku członków grupy kapitałowej czy ww. Związku. Twierdzenia Odwołującego nie uzasadnia również złożony na rozprawie wynik przeprowadzonego przez Lubelski Węgiel „Bogdanka” Spółka Akcyjna postępowania „na przewóz transportem kolejowym przesyłek węgla kamiennego pomiędzy stacją nadania Jaszczów, właściwą dla kopalni Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. w siedzibą w Bogdancie a stacją przeznaczenia Ostrołęka i bocznica właściwą dla odbiorcy Energa Elektrownie Ostrołęka S.A. w ilości maksymalnej 800 000 Mg”. Okoliczność, iż w tym postępowaniu oferty złożyło trzech wymienionych wykonawców nie stanowi dowodu na pozorność czynności Zamawiającego. Podobnie, twierdzeń Odwołującego, nie uzasadnia wysokość cen zaoferowanych w ww. postępowaniu przez PKP Cargo Spółkę Akcyjną, wskazanych w Umowie na przewóz węgla nr 1443/W/2010. Brak jest podstaw do twierdzenia, że w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący złożyłby ofertę cenową na takim samym poziomie, jak w ww. postępowaniu na przewóz transportem kolejowym przesyłek węgla kamiennego pomiędzy stacją nadania Jaszczów a stacją przeznaczenia Ostrołęka i bocznica właściwą dla odbiorcy Energa Elektrownie Ostrołęka S.A. w ilości maksymalnej 800 000 Mg.

Nie potwierdził się również zarzut złożenia ofert przez wykonawców, którzy nie brali udziału w negocjacjach. Zamawiający oświadczył na rozprawie, że w treści pkt 7 protokołu postępowania popełniono omyłkę, a wymienieni tam wykonawcy przystąpili do negocjacji, co potwierdza protokół z dnia 24 sierpnia 2011 r.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba nie stwierdziła naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Odwołującego. Do kosztów postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie Izba zaliczyła stosownie do § 3 pkt 2) 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) koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego oraz koszty dojazdu.

Przewodniczący:

.....

.....