

Sygn. akt: KIO 1432/12

## WYROK

z dnia 20 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Aneta Młacka**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2012 r. przez wykonawcę **Arriva RP Sp. z o.o., ul. Stępińska 22/30, 00-739 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd Marszałkowski Województwa Podlaskiego w Białymstoku, ul. kard. St. Wyszyńskiego 1, 15-888 Białystok**

przy udziale wykonawcy **Przewozy Regionalne Sp. z o.o., ul. Wileńska 14a, 03-414 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Arriva RP Sp. z o.o., ul. Stępińska 22/30, 00-739 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Arriva RP Sp. z o.o., ul. Stępińska 22/30, 00-739 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

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 Białymstoku.

Przewodniczący: .....

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający: Województwo Podlaskie Urząd Marszałkowski Województwa Podlaskiego prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego na „Świadczenie usługi w zakresie kolejowego przewozu osób na terenie Województwa Podlaskiego na lata 2013-2014” Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 31 maja 2012 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2012-076330.

Odwołujący: ARRIVA RP Sp. z o.o. wniósł odwołanie na czynność Zamawiającego polegającą na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przewozy Regionalne Sp. z o.o., zaniechaniu odrzucenia oferty PR; uznaniu przez Zamawiającego za skuteczne dokonanego przez PR zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i zaniechaniu odtajnienia informacji.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione przyjęcie, że oferta PR nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz, z ostrożności procesowej (jako że wyjaśnienia PR w tym zakresie zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa), uznanie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny za wystarczające, pomimo niezłączenia do nich dowodów, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty PR jako zawierającej rażąco niską cenę lub z powodu niezłożenia wyjaśnień (jako że brak dowodów należy traktować jako równoznaczny z niezłożeniem wyjaśnień w ogóle); art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (tekst jedn. Dz. U. z 2003 Nr 153, poz. 1503, „ustawa ZNK”), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PR pomimo, iż jej złożenie stanowiło czyny nieuczciwej konkurencji; art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, która jest najkorzystniejszą ofertą spośród ofert, które nie podlegają odrzuceniu w Postępowaniu; art. 8 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy ZNK poprzez wadliwe przyjęcie że wyjaśnienia PR dnia 26 czerwca 2012 roku dotyczące rażąco niskiej ceny, są informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa, które nie mogą być ujawnione, a w konsekwencji ograniczenie dostępu i zaniechanie odtajnienia informacji odnoszących się do oferty PR, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, w sytuacji gdy wskazane informacje tajemnicy takiej nie stanowią; art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia PR, mimo, że członek Rady Nadzorczej PR, Katarzyna Zajkowska, wykonywała bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem Postępowania, co spowodowało naruszenie zasady uczciwej konkurencji,

art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, w szczególności poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PR, pomimo zaistnienia ku temu przesłanek oraz poprzez uniemożliwienie wglądu w treść dokumentów wyjaśniających treść oferty, w zakresie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa PR i poddanie ich treści weryfikacji przez pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenie ponownego badania i oceny oferty PR i w konsekwencji: nakazanie Zamawiającemu odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, zawartych w wyjaśnieniach PR z dnia 26 czerwca 2012 roku dotyczących rażąco niskiej ceny, nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty PR, nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W dniu 27 czerwca 2012 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. ofert firmy Przewozy Regionalne. Zamawiający nie wykluczył żadnego z wykonawców składających ofertę w Postępowaniu i żadna oferta nie została odrzucona. Zamawiający przyznał następującą ilość punktów wykonawcom: PR 100 pkt, Odwołujący 87,00 pkt.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp

W ocenie Odwołującego, Wykonawca Przewozy Regionalne nie przedstawił wyjaśnień, zgodnie z którymi wykazał, iż zaoferowana cena jednostkowa jest ceną, za którą możliwe jest należyte wykonanie zamówienia i cena ta nie jest rażąco niska.

Zamawiający przewidział następujący system rozliczania. Wykonawcy mieli otrzymać od Zamawiającego rekompensatę w wysokości 15.500.000,00 zł dla każdego roku budżetowego. Zgodnie z odpowiedzią nr 10 na pytanie do SIWZ z dnia 14 czerwca 2012 roku, Zamawiający wskazał, iż *„nie przewiduje możliwości zwiększania stawki dofinansowania w okresie obowiązywania umowy”*. Zgodnie z odpowiedzią nr 15 na pytanie do SIWZ (zestaw IV dotyczący pytań do umowy) z dnia 14 czerwca 2012 roku, Zamawiający wskazał, iż *„nie przewiduje w 2014 roku indeksacji ceny pociągokilometra”* („pockm”). Zgodnie z odpowiedzią nr 17 na pytanie do SIWZ z dnia 14 czerwca 2012 roku, Zamawiający potwierdził, iż roczna kwota dofinansowania zostanie obniżona poniżej 15.500.000 zł wyłącznie wtedy, gdy praca eksploatacyjna wskazana w ofercie nie zostanie zrealizowana wyłącznie z winy wykonawcy.

Zgodnie z § 5 ust. 3 wzoru umowy (załącznik nr 2 do SIWZ) przychody z tytułu sprzedaży biletów w całości zatrzymuje Wykonawca, który jest zobowiązany zorganizować i prowadzić

system sprzedaży biletów na przewozy pociągami objętymi umową.

Odwołujący zauważył, że w ofercie za stawkę jednostkową rekompensaty za 1 pockm, wykonawcy powinni wziąć dochody, które otrzymają od Zamawiającego (tj. rekompensatę) i od użytkowników (tj. dochody ze sprzedaży biletów). Następnie, od ww. dochodów wykonawca powinien odjąć: przewidywane koszty, związane z realizacją zamówienia z uwzględnieniem inflacji oraz ewentualne kary umowne, z których naliczaniem należy się liczyć, w tego rodzaju zamówieniach.

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że wykonawca Przewozy Regionalne realizował już podobne zamówienia na rzecz Zamawiającego na terenie województwa podlaskiego (tj. miejsce realizowania zamówienia objętego Postępowaniem). Odwołujący załączył do odwołania prezentację, jaka w dniu 23 kwietnia 2012r. Wykonawca Przewozy Regionalne przedstawił na XVIII sesji Sejmiku Podlaskiego. Prezentacja ta zawierała wyliczenia związane z organizowaniem i finansowaniem przewozów regionalnych w województwie podlaskim. Odwołujący podniósł, że celem tej prezentacji była chęć wykonawcy Przewozy Regionalne uzyskania zwiększonej dotacji do prawie 25.500.00 zł/na rok przy zachowaniu pracy eksploatacyjnej na poziomie ok 1.200.000 pockm), na realizację nowego zamówienia.

Z załączonej do odwołania prezentacji wynika, że jednostkowa stawka dotacji do 1 pockm kształtuje się w ocenie PR - na poziomie 19.80 zł. Ponadto, Dyrektor Przewozów Regionalnych w czasie ww. sesji sejmiku stwierdziła, że: „Deficyt w 2012 roku ma kształtować się na poziomie 25 milionów 470 tysięcy złotych”.

Odwołujący wskazał, że z prezentacji tej wynika, że koszty, jakie planują PR ponieść w roku 2012, wynoszą 36.077.585 zł.

Zdaniem Odwołującego, stawka zaoferowana przez wykonawcę Przewozy Regionalne nie jest adekwatna do przewozu zamówienia i cen rynkowych, jest rażąco niska i nie gwarantuje należytego wykonania umowy.

Odwołujący dokonał własnych wyliczeń kosztów realizacji zamówienia, biorąc pod uwagę składniki tych kosztów, takie jak koszty paliwa, udostępnienia linii, koszty energii trakcyjnej, koszty utrzymania taboru (w tym serwis naprawy, przeglądy obowiązkowe pojazdów, amortyzację, ubezpieczenie OC oraz CASCO pojazdów szynowych), podwyżki płac dla pracowników, koszty bieżącej działalności, koszty handlowe, koszty zarządu i ogólnozakładowe.

W ocenie Odwołującego, wykonawca Przewozy Regionalne nie wziął od uwagę inflacji i zmian cen, co miało wpływ na wysokość zaoferowanej stawki.

Ponadto, w ocenie Odwołującego, wykonawca Przewozy Regionalne nie uwzględnił w swojej ofercie obowiązku zapłaty kar umownych, z zapłatą których zdaniem Odwołującego należy się liczyć w postępowaniach, w których przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi w

zakresie kolejowego przewozu osób.

Zdaniem Odwołującego z powyższych wyliczeń (dokonanych na podstawie planu wykonawcy Przewozy Regionalne w roku 2012) wynika, iż nawet przy założeniu drastycznych oszczędności, zwolnień grupowych pracowników, zmniejszenia rezerwy taborowej, zbilansowana (tj. zysk będzie równy zeru zł) cena jednostkowa, za która możliwa jest realizacja zamówienia to kwota 16.11 zł na 1 pockm w 2013 roku, odpowiednio zwiększona o wpływ inflacji w 2014 roku.

Zatem, w ocenie Odwołującego, zaoferowana przez PR cena jednostkowa 14,99 zł/ 1 pockm powoduje niemożliwość przyniesienia PR dochodu, a ponadto jest stawką rażąco niską i nieadekwatną do cen rynkowych i przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zwrócił także uwagę na okoliczność, że przed wszczęciem Postępowania Zamawiający prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o identycznym przedmiocie zamówienia. Oferta złożona przez wykonawcę Przewozy Regionalne w tamtym postępowaniu zawierała stawkę rekompensaty w wysokości 18,48 zł netto/1 pockm (średnia, tj. z lat 2013-2014). Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Odwołującego opisana wyżej oferta wykonawcy Przewozy Regionalne (w porównaniu z ofertą złożoną w niniejszym postępowaniu) wskazuje, iż zaoferowana cena jednostkowa jest ceną „nierynkową”. Taka sytuacja w ocenie Odwołującego stwarza przewagę dla wykonawcy Przewozy Regionalne, który nie kieruje się kryterium ekonomicznym prowadzenia działalności i świadomie realizuje usługi ze stratą, mając wyłącznie na względzie utrzymanie monopolistycznej pozycji rynkowej.

Odwołujący podniósł również okoliczność, że wykonawca Przewozy Regionalne w przeszłości kilkakrotnie oferował swoje usługi po jednej stawce, a następnie w toku realizacji umowy żądał zwiększenia stawki rekompensaty lub obniżenia pracy eksploatacyjnej przy pozostawieniu absolutnej wartości rekompensaty na niezmiennym poziomie.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

W zakresie tego zarzutu Odwołujący podniósł, iż przedstawiona przez niego powyżej argumentacja potwierdza fakt, iż złożenie przez wykonawcę Przewozy Regionalne oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący zwrócił uwagę, że sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców wyczerpuje dyspozycję art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podkreślił także, że zgodnie z art. 6 pkt 4 ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze, nie jest możliwe ogłoszenie upadłości wykonawcy Przewozy Regionalne. Brak prawnej możliwości ogłoszenia upadłości zdaniem Odwołującego sprawia, że wykonawca Przewozy Regionalne oferuje usługi poniżej cen rynkowych i przynoszących temu wykonawcy straty finansowe.

Zdaniem Odwołującego działania podejmowane przez wykonawcę Przewozy Regionalne mają na celu eliminację konkurencji bez ryzyka ponoszenia odpowiedzialności prawnej za takie działania.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Zamawiający wezwał pismem z dnia 20 czerwca 2012 roku wykonawcę Przewozy Regionalne do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W dniu 26 czerwca 2012 roku wykonawca ten udzielił żądanych wyjaśnień.

W dniu 29 czerwca 2012 roku, a następnie w dniu 3 lipca 2012 roku Zamawiający wydał decyzję o nieodtajnieniu wyjaśnień wykonawcy Przewozy Regionalne dotyczących rażąco niskiej ceny, oraz wyjaśnień wykonawcy Przewozy Regionalne dotyczących informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zdaniem Odwołującego fakt, iż wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny powinny zawierać kalkulację cenową lub inny opis składników, wchodzących w skład ceny, a także fakt, iż zgodnie z art. 86 ust. 4 ustawy Pzp informacja o cenie jest informacją jawną - wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Tym samym, Odwołujący uznał, że Zamawiający zaniechając odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy Przewozy Regionalne, naruszył art. 8 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podniósł również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Jako okoliczność uzasadniającą naruszenie wskazał udział udział Pani Katarzyny Zajkowskiej w czynnościach przygotowawczych, które w ocenie Odwołującego spowodowało, iż wykonawca Przewozy Regionalne był w pozycji uprzywilejowanej względem konkurentów (pozostałych wykonawców).

Odwołujący zarzucił także Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Odwołującego, „Zamawiający, poprzez dokonanie czynności, do

których był zobowiązany na gruncie ustawy Pzp, naruszył zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Tylko bowiem prawidłowe stosowanie wszystkich przepisów PZP pozwala na równe traktowanie wykonawców oraz na zachowanie konkurencyjności postępowania.”

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba ustaliła, iż Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego dotyczącego braku odrzucenia oferty Wykonawcy Przewozy Regionalne z uwagi na rażąco niską cenę zaoferowaną przez tego wykonawcę należy zważyć co następuje:

Przede wszystkim podnieść należy, że wywody Odwołującego dotyczące rażąco niskiej ceny, jaka miałyby być zawarta w ofercie wykonawcy Przewozy Regionalne, oparte są głównie na wyliczeniach zawartych w prezentacji przedstawionej przez tego wykonawcę na XVIII sesji Sejmiku Podlaskiego, jak również na projekcji kosztów realizacji zamówienia, przygotowanej przez samego Odwołującego.

Odnosząc się do informacji zawartych w prezentacji przygotowanej przez wykonawcę Przewozy Regionalne przede wszystkim wskazać należy, że informacje zawarte w tej prezentacji zawierają dane z lat 2009 – 2011 oraz plan na rok 2012. Wynika to jednoznacznie z treści prezentacji. Prezentacja ta jest więc przede wszystkim informacją dotyczącą danych z lat ubiegłych, a dane na rok 2012 są jedynie prognozowane. Tym samym prezentacja poza częścią zawierającą dane historyczne jest jedynie prognozą, która swym zasięgiem obejmuje wyłącznie rok 2012. W ocenie Izby, z uwagi na powyższy fakt, informacje zawarte w prezentacji nie mogą być miarodajne w zakresie oceny wysokości ceny wskazanej w ofercie, która obejmować ma świadczenie usług w latach 2013 i 2014. Brak jest podstaw do uznania, że prezentacja ta uwzględnia zmiany organizacyjne dotyczące wykonawcy Przewozy Regionalne, a związane z planowaną obecnie restrukturyzacją tego wykonawcy. Zmiany organizacyjne wykonawcy w ocenie Izby mogą przyczynić się do obniżenia kosztów działalności wykonawcy, a tym samym mają wpływ na ceny oferowanych

przez wykonawcę usług.

Wskazać również należy, że dane zawarte w prezentacji odnosiły się do zakładanego przez wykonawcę Przewozy Regionalne poziomu dotacji, który wykonawca ten określił na poziomie 25 mln zł. Wysokość dotacji była założeniem przyjętym przez wykonawcę i nie była związana z rzeczywistą wiedzą wykonawcy co do faktycznej wysokości dotacji. Tym samym zmiana wysokości dotacji powoduje zmianę pozostałych prognozowanych wskaźników zawierających elementy kosztotwórcze.

Ponadto wątpliwości co do przydatności tej prezentacji dla oceny kwestii rażąco niskiej ceny związane są z samym charakterem prawnym tej prezentacji. Prezentacja stanowiła jedynie poglądowe przedstawienie wybranych danych związanych z dotychczasowym funkcjonowaniem tego wykonawcy dla radnych Sejmiku Województwa Podlaskiego oraz prognozę związaną z ewentualnym dalszym działaniem tego wykonawcy na terenie województwa podlaskiego. Jednakże pomimo zawarcia w treści prezentacji słowa „oferta”, w ocenie Izby brak jest przesłanek pozwalających na uznanie, że prezentacja ta stanowiła ofertę w rozumieniu art. 66 § 1 kodeksu cywilnego, a więc, że prognozowane dane zawarte w tej prezentacji były dla wykonawcy wiążące. Taką interpretację wyklucza zarówno forma prezentacji (pokaz slajdów), jak i adresat prezentacji, którym byli radni sejmiku województwa. Tymczasem sejmik województwa nie jest organem uprawnionym do zawarcia umowy z wykonawcą. Powyższe okoliczności wskazują, że słowo „oferta” zostało użyte w prezentacji w znaczeniu potocznym, a nie jako wiążące zobowiązanie wykonawcy, a sama prezentacja miała charakter wyłącznie informacyjny i poglądowy, mający zapoznać radnych z działalnością wykonawcy.

Próbując wykazać, że oferta wykonawcy Przewozy Regionalne zawiera rażąco niską cenę, Odwołujący przedstawił własne wyliczenia ceny ofertowej oraz składowej tej ceny.

Izba podkreśla, że ta kalkulacja Odwołującego jest wyłącznie jego autorstwa i Odwołujący według własnego uznania przyjął zarówno elementy składowe ceny, jak i poszczególne wartości kalkulacyjne. Tym samym kalkulacja ta jest bardziej wyrazem poglądów samego Odwołującego na określenie ceny ofertowej niż faktycznym odniesieniem się do ceny zawartej w ofercie wykonawcy Przewozy Regionalne.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego dotyczących konieczności uwzględnienia w treści oferty kar umownych, jakie wykonawca powinien zapłacić na rzecz Zamawiającego, Izba wskazuje, że taka kalkulacja ceny oznaczałaby założenie przez wykonawcę już w chwili złożenia przez niego oferty, że wykonawca nie wykona umowy z zamawiającym lub wykona ją nienależycie. Przesłanką zapłaty kary umownej jest bowiem niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 483 § 1 kodeksu cywilnego). W ocenie Izby brak jest podstaw



do wymagania do przyjęcia, że każdy wykonawca w chwili składania oferty powinien liczyć się z obowiązkiem zapłaty kar umownych. Gdyby tak było, uzasadnione mogłoby być twierdzenie, że warunki zamówienia zostały określone przez zamawiającego w taki sposób, że nie jest możliwe ich wykonanie zgodnie z wymogami zamawiającego, co uzasadniałoby zastosowanie przez wykonawców środków ochrony prawnej w odniesieniu do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednakże w niniejszym postępowaniu żaden z wykonawców nie złożył odwołania dotyczącego postanowień SIWZ, przez co uznać należy, że wykonawcy warunki te uznali za możliwe do spełnienia.

Ponadto podkreślić należy, że nie potwierdziła się wskazywana przez Odwołującego wysokość kar umownych, jakie w toku realizacji dotychczasowej umowy zawartej z Zamawiającym zapłacić miał wykonawca Przewozy Regionalne. Przede wszystkim Izba wzięła pod uwagę oświadczenie Zamawiającego, że wskazywana przez Odwołującego pozycja w tabeli mogła dotyczyć zaplanowanych przychodów z tytułu zapłaconych kar umownych, także pochodzących z umów z innymi wykonawcami, jak również z tytułu realizacji innych umów. Ponadto podana w trakcie rozprawy przez wykonawcę Przewozy Regionalne kwota, na jaką z tytułu kar umownych Zamawiający wystawił temu wykonawcy notę obciążeniową, jest około 10 razy niższa niż wskazuje to Odwołujący.

Podkreślić także należy, że niniejsze postępowanie nie jest pierwszym organizowanym przez Zamawiającego, w którym ofertę złożył wykonawca Przewozy Regionalne. W poprzednim postępowaniu (unieważnionym przez Zamawiającego), wykonawca Przewozy Regionalne zaoferował stawkę rekompensaty w wysokości 18,48 zł netto/1pockm. Nie oznacza to jednak, że stawka zaoferowana w niniejszym postępowaniu jest rażąco niska, gdyż w poprzednim postępowaniu stawka rekompensaty skalkulowana została przy założeniu znacznie wyższego niż w niniejszym postępowaniu poziomu dotacji.

Izba wzięła także pod uwagę okoliczność podniesioną w wyjaśnieniach, gdzie Wykonawca Przewozy Regionalne przedstawił także wysokość stawki zaoferowanej przez niego w umowach realizowanych w innych województwach. W umowach tych wykonawca Przewozy Regionalne zaoferował stawki na poziomie zbliżonym do zaoferowanych w niniejszym postępowaniu lub niższym. Opierając się na wartości tych realizowanych zamówień Zamawiający mógł uznać, że cena zaoferowana w niniejszym postępowaniu przez wykonawcę Przewozy Regionalne nie była rażąco niska. W ocenie Izby trudno zarzucić Zamawiającemu nieprawidłowość takiego postępowania, zwłaszcza, że odniesienie do cen oferowanych w innych województwach nie było jedynym kryterium oceny wyjaśnień przez Zamawiającego i Zamawiający dokonał także analizy przedstawionej przez wykonawcę

Przewozy Regionalne kalkulacji kosztów, będących podstawą określenia ceny ofertowej.

Nie potwierdziły się także zarzuty Odwołującego, iż zaoferowana przez wykonawcę Przewozy Regionalne cena nie uwzględnia wzrostu cen spowodowanych inflacją. Z wyjaśnień wykonawcy Przewozy Regionalne wynika, że wpływ inflacji został uwzględniony w zaoferowanej przez tego wykonawcę cenie.

Dowody przedstawione przez Odwołującego w postaci artykułów internetowych nie mogą stanowić obiektywnego dowodu sytuacji finansowej wykonawcy. Niezależnie od tego, podkreślić należy, że nawet w przypadku, gdyby wykonawca Przewozy Regionalne faktycznie znajdował się w złej sytuacji finansowej, to wcale nie oznacza, że wykonawca takie nie dysponuje potencjałem umożliwiającym mu złożenie ważnej oferty. Na marginesie Izba zauważa, że z przedstawionych przez Odwołującego artykułów, żaden nie odnosi się do sytuacji wykonawcy Przewozy Regionalne na terenie województwa podlaskiego, a ponadto część tych artykułów ukazała się w latach 2009-2010, co wyklucza przydatność zawartych w nich informacji do oceny sytuacji finansowej tego wykonawcy.

Opinia przedstawiona przez Odwołującego nie ma charakteru opinii niezależnego biegłego powołanego przez Izbę. Jest to oświadczenie strony postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności nie wykazano, że nie jest możliwe wykonanie zamówienia za cenę zaoferowaną przez wykonawcę Przewozy Regionalne.

Wyjaśnienia przedstawione przez wykonawcę Przewozy Regionalne i zawarte w tych wyjaśnieniach rozliczenia, w stosunku do lat ubiegłych gdy wykonawca Przewozy Regionalne wykonywał zamówienie, mogły utwierdzić Zamawiającego w przeświadczeniu, że przedstawiona w wyjaśnieniach kalkulacja ceny ofertowej uzasadnia wysokość tej ceny.

Biorąc powyższe pod uwagę, skoro nie znalazł potwierdzenia zarzut Odwołującego, iż cena zaoferowana przez wykonawcę Przewozy Regionalne jest ceną rażąco niską, brak jest podstaw do uznania, iż złożenie oferty przez wykonawcę Przewozy Regionalne stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się do stwierdzenia Odwołującego dotyczącego braku prawnej możliwości ogłoszenia upadłości wykonawcy Przewozy Regionalne należy stwierdzić, iż jest to sytuacja obiektywna, niezależna od tego wykonawcy. Skoro sytuacja prawna tego wykonawcy wynika częściowo z bezwzględnie obowiązujących wymogów ustawowych, brak jest podstaw do postawienia temu wykonawcy zarzutu związanego z tymi wymogami.

Odwołującego podniósł zarzut, iż wykonawca Przewozy Regionalne w przeszłości kilkakrotnie oferować miał swoje usługi po jednej stawce, a następnie w toku realizacji umowy żądał zwiększenia stawki rekompensaty lub obniżenia pracy eksploatacyjnej. Odnosząc się do tego zarzutu przede wszystkim stwierdzić należy, iż Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które potwierdzałyby ten zarzut. Niezależnie od tego Izba stwierdza, iż sposób realizacji umów zawartych w innych postępowaniach nie wpływa na ocenę ceny zaoferowanej w niniejszym postępowaniu. Jest to tym bardziej uzasadnione, że ewentualne domaganie się przez wykonawcę zwiększenia stawki w toku realizacji umowy może być spowodowane różnymi przyczynami i samo w sobie nie przesądza okoliczności, iż cena zaoferowana przez wykonawcę miałaby być rażąco niska.

Nieuzasadniony był także zarzut Odwołującego dotyczący nieuprawnionego – zdaniem Odwołującego – zaniechania odtajnienia przez Zamawiającego wyjaśnień wykonawcy Przewozy Regionalne, dotyczących zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny. W ocenie Izby zawarcie w treści wyjaśnień informacji dotyczących podejmowanych przez wykonawcę działań mających na celu obniżenie stosowanych cen, może uzasadniać uznanie tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, która nie podlega ujawnieniu. Informacje tego rodzaju, stanowiące element konkurencji na rynku i sposobu uzyskiwania przewagi nad innymi wykonawcami, wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Z powyższych względów Izba nie dopatrzyła się działań Zamawiającego w tym zakresie naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nie potwierdził się zarzut Odwołującego, iż Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie wykluczył z postępowania wykonawcy Przewozy Regionalne w sytuacji, gdy Pani Katarzyna Zajkowska – członek Rady Nadzorczej wykonawcy Przewozy Regionalne – wykonywać miała bezpośrednie czynności związane z przygotowaniem niniejszego postępowania.

Oceniając powyższy zarzut, należy przede wszystkim dokonać analizy podstaw wykluczenia wykonawcy, przewidzianych w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przewiduje dwie przesłanki wykluczenia wykonawcy. Z postępowania podlegają wykluczeniu wykonawcy, którzy:

- 1) wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania  
oraz

- 2) posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności.

Jednakże nawet w przypadku spełnienia powyższych przesłanek wykluczenia wykonawcy, wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania w przypadku, gdy udział wykonawcy w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji.

Z uwagi na rygorystyczne brzmienie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, przesłanki wykluczenia wykonawcy na podstawie tego przepisy nie mogą być traktowane rozszerzająco.

W niniejszym postępowaniu brak jest jakichkolwiek podstaw do wykluczenia na podstawie przesłanki nr 1, gdyż Pani Katarzyna Zajkowska nie jest wykonawcą w niniejszym postępowaniu, a właśnie wykonywania czynności przez wykonawcę dotyczy ta przesłanka.

W ocenie Izby nie została spełniona także druga przesłanka wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Spełnienie tej przesłanki wymaga wykazania, iż osoba uczestnicząca w dokonywaniu bezpośrednich czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania, jednocześnie uczestniczyła w sporządzeniu oferty przez wykonawcę, który złożył ofertę w postępowaniu. Przenosząc te rozważania na grunt niniejszej sprawy, w celu wykazania spełnienia przesłanki wykluczenia z postępowania wykonawcy Przewozy Regionalne, Odwołujący musiałby wykazać, że wykonawca ten posłużył się w celu sporządzenia oferty osobą Pani Katarzyny Zajkowskiej.

W ocenie Izby okoliczność ta nie została przez Odwołującego wykazana. Zdaniem Izby sam fakt uczestnictwa Pani Katarzyny Zajkowskiej w Radzie Nadzorczej wykonawcy Przewozy Regionalne nie dowodzi, iż wykonawca Przewozy Regionalne posłużył się Panią Katarzyną Zajkowską w celu sporządzenia oferty tego wykonawcy. Podkreślić bowiem należy, że ustawodawca nie zakazuje uczestniczenia osoby wykonującej czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania w organach wykonawcy składającego ofertę, a jedynie wprowadza zakaz posłużenia się tymi osobami w celu sporządzenia oferty.

Na brak podstaw do wykluczenia wskazuje także sam charakter prawny organu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, jakim jest rada nadzorcza. Z brzmienia art. 219 § 1 kodeksu spółek handlowych jednoznacznie wynika, iż rada nadzorcza sprawuje stały nadzór nad działalnością spółki. Zadaniem rady nadzorczej jest więc kontrola działalności spółki, a nie dokonywanie czynności związanych z działalnością spółki lub jej zarządem, a taki charakter miałyby dokonywanie czynności mających na celu przygotowanie oferty składanej przez spółkę.

Poza wykazaniem okoliczności, iż Pani Katarzyna Zajkowska jest członkiem Rady Nadzorczej wykonawcy Przewozy Regionalne, Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na udział Pani Katarzyny Zajkowskiej w przygotowaniu oferty tego wykonawcy. Z powyższych względów w ocenie Izby brak było podstaw do uwzględnienia tego zarzutu Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....