

WYROK

z dnia 13 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Piotr Kozłowski
Barbara Bettman
Sylwester Kuchnio**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 stycznia 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 11 grudnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PKP Cargo S.A. z siedzibą w Warszawie, PKP Cargo Service sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wykonanie usługi transportu kolejowego węgla na potrzeby spółek Grupy TAURON* (nr postępowania 2015/TPE/TPE/03347/G)

prowadzonym przez zamawiającego: **TAURON Polska Energia S.A. z siedzibą w Katowicach**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: CTL Logistics sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, DB Schenker Rail Polska S.A. z siedzibą w Zabrze, Rail Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PKP Cargo S.A. z siedzibą w Warszawie, PKP Cargo Service sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwoływającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PKP Cargo S.A. z siedzibą w Warszawie, PKP Cargo Service sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **odwoływającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PKP Cargo S.A. z siedzibą w Warszawie, PKP Cargo Service sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **zamawiającego – TAURON Polska Energia S.A. z siedzibą w Katowicach** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – TAURON Polska Energia S.A. z siedzibą w Katowicach {dalej również: „Tauron”} – prowadzi w imieniu i na rzecz TAURON Wydobycie S.A. z siedzibą w Katowicach, TAURON Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Katowicach {dalej również: „Tauron Wytwarzanie”} i Tauron Ciepło sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach {dalej również: „Tauron Ciepło”}, w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Wykonanie usługi transportu kolejowego węgla na potrzeby spółek Grupy TAURON* (nr postępowania 2015/TPE/TPE/03347/G).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 10 października 2015 r. pod nr 2015/S_197-358298, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.tauron.pl), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

4 grudnia 2015 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną wykonawców o rozstrzygnięciu postępowania składającego się z dwóch odrębnych części {zwanych również dalej „zadaniami”}, w tym o wyborze w części II zamówienia (obejmującej wykonanie usługi transportu kolejowego na potrzeby Tauron Wytwarzanie oraz Tauron Ciepło) jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: CTL Logistics sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, DB Schenker Rail Polska S.A. z siedzibą w Zabrze, Rail Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Konsorcjum CTL”}.

11 grudnia 2015 r. Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PKP Cargo S.A. z siedzibą w Warszawie, PKP Cargo Service sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Konsorcjum PKP”} – wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 w zw. z § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać

zamawiający od wykonawcy, przez form, w jakich te dokumenty mogą być składane {Dz. U. z 2013 r. poz. 231; dalej również: „rozporządzenie o dokumentach”} – przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum CTL, pomimo że nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. nie wykazało, że posiada opłaconą polisę, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (pkt 3.1.1.4 ppkt 2 SIWZ).

2. Art. 26 ust. 4 – przez zaniechanie wezwania Konsorcjum CTL do wyjaśnienia dokumentów przedstawionych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. aneksu do polisy ubezpieczeniowej, mimo że przedłożone w toku postępowania dokumenty budzą istotne wątpliwości odnośnie ich treści.
3. Art. 26 ust. 2d zw. z art. 26 ust. 3 i 4 – przez zaniechanie wezwania Konsorcjum CTL do uzupełnienia dokumentu – listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, z uwagi na fakt, że wbrew oświadczeniu złożonym wraz z ofertą członek Konsorcjum CTL – Rail Polska sp. z o.o. należy do grupy kapitałowej, w związku z czym niezbędne jest wyjaśnienie lub ewentualne uzupełnienie dokumentu, o którym mowa w art. 26 ust. 2d pzp.
4. Art. 24 ust. 1 pkt 8 i 11 w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 pkt b rozporządzenia o dokumentach w zw. z art. 26 ust. 3 – przez zaniechanie wezwania Konsorcjum CTL do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, mimo że załączone do oferty tłumaczenie zaświadczenia mającego potwierdzać brak karalności prezesa zarządu Rail Polska sp. z o.o. – E. A. B. jest błędne i nie potwierdza braku skazania tej osoby za przestępstwa, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 i 11 pzp.
5. Art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji {dalej również: „uznk”} – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum CTL, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na manipulacji cenami w ramach kryteriów oceny ofert w celu zwiększenia oceny punktowej.
6. Art. 89 ust. 1 pkt 4 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum CTL, pomimo że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
7. Art. 89 ust. 1 pkt 3 zw. z art. 3 ust. 1 uznk oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów {dalej również: „uokik”} – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum CTL, pomimo że jej złożenie stanowi czyn

nieuczciwej konkurencji polegający na złożeniu oferty w porozumieniu – zawiązaniu konsorcjum oraz złożeniu wspólnej oferty w tym postępowaniu, co stanowi działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami oraz narusza interes Odwołującego, a także innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego i Zamawiającego.

8. Art. 7 ust. 1 i 3 – przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy) oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w części 2 zamówienia:

Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

1. Dokonania powtórnego badania i oceny ofert.
2. Odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum CTL.
3. Ewentualnie – w przypadku braku uwzględnienia zarzutów związanych z żądaniem odrzucenia oferty – wezwania Konsorcjum CTL do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów zgodnie z zarzutami postawionymi w odwołaniu.
4. Dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania {z uwagi na cofnięcie zarzutów z pkt 1 - 3 listy zarzutów, poniżej pominięto przedstawione dla nich w odwołaniu uzasadnienie}.

{ad pkt 4 listy zarzutów}

Odwołujący podał że Konsorcjum CTL dołączyło do oferty następujące dokumenty mające na celu potwierdzić brak skazania prezesa zarządu Rail Polska sp. z o.o. (str. 123 - 127 oferty): 1) informację z Krajowego Rejestru Karnego {dalej w skrócie: „KRK”}, 2) pismo Departamentu Policji Kenilworth w Illinois podpisane przez szefa policji wraz z tłumaczeniem. Odwołujący dodał, że według informacji zamieszczonej w zaświadczeniu z KRK E. A. B. posiada miejsce zamieszkania w Kenilworth w stanie Illinois (USA).

Odwołujący podniósł w pierwszej kolejności, że w tych okolicznościach według § 4 ust. 1 pkt 1 lit. b rozporządzenia o dokumentach informacja z KRK nie jest dokumentem prawidłowym, gdyż w takim przypadku wykonawca obowiązany jest przedstawić dokument właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania osoby, której dotyczy (a w braku takiego dokumentu zastosować tryb określony w § 4 ust. 3 rozporządzenia o dokumentach). Stąd Odwołujący wywiódł, że należy zatem brać pod

uwagę wyłącznie drugi z ww. dokumentów.

Odwołujący zrelacjonował ponadto następujące okoliczności:

- według tłumaczenia dokonanego przez tłumacza przysięgłego (Odwołujący zastrzegł, że jest ono błędne w stosunku do angielskiej wersji językowej) zostało potwierdzone (według oceny Odwołującego – jedynie), że *przeszukanie archiwów lokalnych, stanowych i federalnych wskazuje, że nie ma żadnych braków, nakazów sądowych lub innych zapisów odnośnie E. A. B.*
- brzmienie pkt 4.2.2.4 SIWZ: *Ofertę sporządza się w języku polskim. Dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski.*

Odwołujący wywiódł na tle tych okoliczności, że Zamawiający powinien dokonać oceny wyłącznie złożonego tłumaczenia zaświadczenia, które nie odpowiada wymogom stawianym na gruncie pzp, gdyż nie potwierdza braku skazania powyższej osoby.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że w tłumaczeniu nieprawidłowo została również wskazana osoba, która podpisała dokument – J. Przystępujący, podczas gdy w rzeczywistości dokument został wydany przez D. M..

Według Odwołującego nie może budzić wątpliwości, że Konsorcjum CTL powinno zostać wezwane na podstawie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia.

{ad pkt 5 i 6 listy zarzutów}

Odwołujący podał następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania dla części 2 zamówienia:

- w pkt 4.5 SIWZ Zamawiający ustalił następujące kryteria oceny ofert: kryterium K – cena oferty (waga 92%) oraz kryterium K2 – średnia wskaźnikowa cena brutto (waga 8%), przy czym punkty uzyskane w ramach kryteriów zostaną zsumowane, a za najkorzystniejszą ofertę zostanie uznana oferta, która uzyska łącznie najwyższą ocenę punktową;
- wykonawca zobowiązany był podać w formularzu ofertowym (pkt 1.2 załącznika nr 1 do SIWZ) cenę brutto, za jaką zobowiązuje się zrealizować przedmiot zamówienia (jest to suma tabel 1 i 3 formularza cenowego – załącznika nr 1.2 do formularza oferty) oraz średnią cenę wskaźnikową brutto (stanowiącą sumę cen średnich wskaźnikowych z tabel 2 i 4 formularza cenowego).
- Konsorcjum CTL zobowiązało się do realizacji przedmiotu zamówienia za cenę brutto w wysokości 77.626.530,00 zł, natomiast jako średnią cenę wskaźnikową wskazało kwotę 65,42 zł/Mg.
- Konsorcjum PKP zaoferowało cenę brutto oferty w wysokości 76.735.026,00 zł, natomiast średnią cenę wskaźnikową w wysokości 87,64 zł/ Mg.

– oferta Konsorcjum CTL uzyskała 90,94 pkt w kryterium ceny brutto oraz 8 pkt za kryterium średniej ceny wskaźnikowej, natomiast Konsorcjum PKP otrzymało 92 pkt w kryterium ceny brutto oraz 5,97 pkt w ramach kryterium średniej ceny wskaźnikowej.

Odwołujący wyraził przekonanie, że choć średnia cena wskaźnikowa opierająca się o kierunki niezdefiniowane jest kryterium bazującym o założenia hipotetyczne, to biorąc pod uwagę przypisaną mu wagę (8%) ma istotne znaczenie z punktu widzenia oceny oferty.

Odwołujący skonstatował, że:

– musiałby obniżyć wartość oferty dla relacji zdefiniowanych przynajmniej o 2,3%, aby móc konkurować z ofertą Konsorcjum CTL;

– Konsorcjum CTL zaoferowało niemal o 1 mln zł wyższą cenę brutto oferty, która w świetle określonych w SIWZ kryteriów posiada wagę 92%, przy jednoczesnym znacznym zniżeniu cen, na podstawie których ustalana była średnia cena wskaźnikowa (z wagą 8%).

Odwołujący przytoczył brzmienie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp oraz art. 3 ust. 1 uznk, a następnie powołał się na to, że w doktrynie {w odwołaniu zacytowano fragment jednego z komentarzy do uznk} i orzecznictwie {w odwołaniu zacytowano fragment uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego oraz fragment uzasadnienia wyroku Izby, w którym przywołano wyroki Sądu Najwyższego oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi} nie budzi wątpliwości, że art. 3 ust. 1 uznk, jako klauzula generalna, może stanowić samodzielny podstawę do zakwalifikowania określonego zachowania jako czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił, że Konsorcjum CTL sztucznie zaniżyło średnią cenę wskaźnikową o niemal 26% w stosunku do ceny wskazanej w tym zakresie przez Konsorcjum PKP, aby pomimo wyższej ceny oferty brutto uzyskać wyższą łączną liczbę punktów.

Według Odwołującego *o oderwaniu od realności cen w zakresie wyniku uzyskanego w ramach kryterium średniej ceny wskaźnikowej* ma świadczyć zaoferowanie przez Konsorcjum CTL w części 2 zamówienia *cen rażąco niższych* od wskazanych w części 1 zamówienia w tzw. tabeli dealerskiej (obejmująca strefy odległościowe, rodzaje przesyłek oraz przypisane masy w danej strefie i odległości). Odwołujący podał, że różnice w cenach zaoferowanych przez Konsorcjum CTL wahają się od 10,28 do 60,37 zł/tonę.

W odwołaniu zaprezentowano tabelaryczne porównanie cen w części 1 (tabela 2 – inni odbiorcy) i w części 2 (tabela 2 – Tauron Wytwarzanie – średnia wskaźnikowa) z oferty Konsorcjum CTL w przedziale do 1000 Mg netto dla poszczególnych odległości, z dodatkowym wyliczeniem różnic {w uproszczeniu wynika z niego, że te drugie są około dwa razy niższe od tych pierwszych}.

Odwołujący skonstatował, że w części 1, w której średnia cena wskaźnikowa nie była

kryterium oceny ofert, ceny zaoferowane w danej strefie odległości przez Konsorcjum CTL są znacznie wyższe niż w przypadku usług wycenianych w ramach części 2.

Według Odwołującego dowodzi to, że Konsorcjum CTL w celu uzyskania wyższej punktacji dokonało sztucznego zaniżenia cen, manipulacji cenowej, co w efekcie doprowadziło do formalnego zwiększenia przez tego wykonawcę uzyskanej liczby punktów. Odwołujący zarzucił, że takie działanie jest sprzeczne z co najmniej dobrymi obyczajami, jak również godzi w interesy Konsorcjum PKP, które w sposób prawidłowy i rzetelny wyceniło wszystkie koszty podlegające punktacji. Zdaniem Odwołującego finalnie taki układ cenowy nie jest korzystny również dla Zamawiającego, który zapłaci znacznie wyższe wynagrodzenie (ogólny udział usług, na których podstawie wyliczona została średnia cena wskaźnikowa jest niewielki, a decydujące znaczenie dla wysokości wynagrodzenia ma cena oferty brutto).

Odwołujący podkreślił, że ceny w tabelach wskaźnikowych w części 2 oprócz ceny przewoźnego powinny uwzględniać jeszcze jeden dodatkowy element, tj. obsługę bocznic Tauron Ciepło (por. lit. B ze str. 10 SIWZ). Natomiast takiego elementu brak jest w odniesieniu do części 1 zamówienia tabela 2 (tabela dealerska). Zdaniem Odwołującego nie sposób uznać, że średnia cena wskaźnikowa obliczana na podstawie cen wskazanych w tabelach 2 i 4, z których tabela 4 powinna uwzględniać dodatkowy czynnik cenotwórczy, może być tak drastycznie niższa od cen zawartych w tabeli dealerskiej dla części 1 zamówienia.

Odwołujący dodał, że uwzględniając wyjaśnienia treści oferty Konsorcjum CTL, wykonawcy wchodzący w jego skład podjęli decyzję o wspólnym ubieganiu się o udzielenie tego zamówienia m.in. w celu wyznaczenia korzystnych cen dla tabeli dealerskiej dla każdego rodzaju przesyłki i dla każdej strefy odległościowej. Według Odwołującego brak jest zatem uzasadnienia dla wskazania przez Konsorcjum CTL tak niskich cen wskaźnikowych również wyznaczanych dla stref odległościowych.

Odwołujący zaprezentował następujące alternatywne warianty wyliczenia ceny średniej wskaźnikowej w ofercie Konsorcjum CTL (65,42 zł/tonę):

- zastosowanie cen z tabeli dealerskiej części 1 Konsorcjum CTL dla wszystkich rodzajów przesyłek w tabelach wskaźnikowych w części 2, w którym wskaźnik wyniósłby 113,52 zł/tonę brutto, czyli byłby wyższy o ok. 73,52%;
- zmianie wyłącznie cen kolumny „do 1000 Mg” tabel wskaźnikowych przez przyjęcie cen z tabeli dealerskiej, w którym wskaźnik wyniósłby 81,50 zł/tonę brutto, czyli byłby wyższy o ok. 24,58%.

Odwołujący podniósł, że ustalenie przedziału „do 1000 Mg” w tabelach wskaźnikowych daje możliwość zlecenia do przewozu nie tylko składów o masie 1000 ton,

ale też pojedynczych wagonów. Odwołujący stwierdził, że koszt przewozu 1 tony węgla w przesyłce 1-wagonowej lub w grupie wagonów np. 6 wagonów jest o ok. 64- 90% wyższy w stosunku do przesyłki o masie min. 1 000 ton dla przykładowej odległości 50 km. Odwołującemu wydaje się zatem logiczne, że ceny w kolumnie wskaźnikowej do 1 000 ton winny być wyższe i zapewnić rentowność tych przewozów w przypadku uruchomienia przez Zamawiającego przewozu grupy czy pojedynczych wagonów.

Odwołujący skonstatował, że różnica stawek pomiędzy pierwszym przedziałem cenowym „do 1 000 Mg”, a kolejnym przedziałem „powyżej 1 000 Mg” w tabeli wskaźnikowej Konsorcjum CTL wynosi równo 1,94 zł/tonę dla każdej ze stref odległościowych, czyli ceny dla przesyłek pow. 1000 ton są o ok. 4,17% - 18,89% niższe niż ceny dla przesyłek „do 1000 Mg” {w odwołaniu zamieszczono dodatkowo tabelę obrazującą dokładnie tak podsumowane zależności}.

Zdaniem Odwołującego (a co podkreślił) takie podejście wskazuje, że Konsorcjum CTL oparło swoje wyliczenia nie na rzeczywiście ponoszonych kosztach realizacji usługi, a na osiągnięciu najniższego wskaźnika

Odwołujący zarzucił również, że zniżenie cen wskazanych w tabelach 2 i 4, które doprowadziło do zniżenia średniej ceny wskaźnikowej, świadczy również o rażącym ich zniżeniu w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp {którego brzmienie zostało w odwołaniu przytoczone}, a oferta Konsorcjum CTL podlega odrzuceniu również na tej podstawie.

Odwołujący przytoczył i podkreślił następujący fragment uzasadnienia wyroku Izby z 4 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1562/11): *Reasumując, cena rażąco niska jest więc cena nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.*

Następnie Odwołujący powołał się na to, że według utrwalonego w orzecznictwie stanowiska najlepszym odzwierciedleniem cen rynkowych przedmiotu zamówienia jest porównanie badanych cen z cenami pozostałych wykonawców biorących udział w tym samym postępowaniu {w odwołaniu zacytowano fragment uzasadnienia jednego wyroku Izby}.

Odwołujący powtórzył, że zarówno poszczególne ceny ujęte w tabelach wskaźnikowych, jak również średnia cena wskaźnikowa wyliczona na ich podstawie w sposób znaczny odbiega od średniej ceny wskaźnikowej obliczonej przez Konsorcjum

PKP Cargo (o niemal 26%), a biorąc pod uwagę ceny uwzględnione przez Konsorcjum CTL w tabeli dealerskiej w przedziale do 1000 ton, różnice sięgają dwukrotności.

Odwołujący podał, że zgodnie z § 6 ust.1 wzoru umowy jednostką rozliczeniową za wykonanie usług jest 1 Mg (jedna tona) przewiezonego węgla. Stosownie natomiast do § 6 ust. 2 wzoru umowy wykaz cen netto przewozu jednej tony węgla z poszczególnych stacji nadania do poszczególnych odbiorców zamawiającego określa załącznik nr 2 do umowy (załącznik nr 2a i 2b).

Odwołujący skonstatował, że ceny ujęte w tabelach wskaźnikowych mają istotne przełożenie na wynagrodzenie, które będzie należne wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wywiódł, że ze względu na przyjętą formę wynagrodzenia i sposób wyliczania ceny, zaniżone ceny z tabel wskaźnikowych przekładają się na rażąco niską cenę realizacji przedmiotu zamówienia, gdyż zaoferowane przez Konsorcjum CTL stawki nie umożliwiają pokrycia wszystkich kosztów świadczonych usług, co świadczy to zarówno o rażąco niskim charakterze ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak również o niedopuszczalnym oferowaniu usług poniżej kosztów ich świadczenia.

Powyższa – jak to określił Odwołujący – analiza jednoznacznie jego zdaniem wskazuje, że ceny ujęte w tabelach wskaźnikowych i wyliczona na ich podstawie średnia cena wskaźnikowa:

- są cenami nierealistycznymi, nieadekwatnymi do zakresu i kosztów prac składających się na przedmiot zamówienia;
- wskazują na realizację zamówienia poniżej kosztów realizacji usługi, gdyż za tak określone ceny nie jest możliwe zrealizowanie przewozu przesyłek w pojedynczych wagonach i grupach wagonowych.

{ad pkt 7 listy zarzutów}

Odwołujący zarzucił, że zawiązanie Konsorcjum CTL na potrzeby tego postępowania o udzielenie zamówienia stanowi znowę przetargową w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, co zobowiązywało Zamawiającego do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp.

Odwołujący przytoczył brzmienie art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik i dodał, że znowa przetargowa uznawana jest przez ustawodawcę za jedną z najcięższych postaci naruszenia reguł konkurencji (art. 7 ust. 3 uokik), a w konsekwencji jest ono zakazane z uwagi na sam cel, a dla jego stwierdzenia nie jest konieczne wykazywanie zaistnienia antykonkurencyjnego skutku.

Analiza orzecznictwa Izby {w odwołaniu wskazano na 4 wyroki} doprowadziła

Odwołującego do wniosku, że zmowa przetargowa, o której mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, jest uznawana za postać czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 uznk, mieszcząca się w ramach przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp.

Odwołujący upatruje naruszenie interesu Zamawiającego w utrudnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty w warunkach uczciwej konkurencji, polegające na zmniejszeniu liczby uczestników przetargu i jego efektywności cenowej. Naruszenie interesów innych uczestników przetargu (w tym przypadku PKP Cargo) ma polegać na tym, że zmuszeni są konkurować w przetargu na warunkach zniekształconych (nierównych, nieuczciwych), gdyż uczestnicy niedozwolonego konsorcjum przetargowego rezygnują z rywalizacji pomiędzy sobą i podejmują nieuzasadnioną współpracę w celu złożenia wspólnej oferty.

Odwołujący dostrzegł, że powoływanie konsorcjum dla udziału w postępowaniu przetargowym jest dozwolone przez obowiązujące przepisy, a podstawą jego funkcjonowania na gruncie pzp jest art. 23 {który został w odwołaniu przytoczony} obowiązującego prawa.

Odwołujący podniósł jednakże {powołując się na następujące publikacje}, że:

– Umowa konsorcjum jest formą współpracy, która może mieścić się w pojęciu porozumienia antykonkurencyjnego w rozumieniu art. 6 uokik. Utworzenie przez konkurentów konsorcjum stanowi zakazane przez przepis art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik porozumienie ograniczające konkurencję, gdy konsorcjum utworzone bez obiektywnego uzasadnienia, a konsorcjanci mogliby złożyć oferty oddzielnie, mając realną szansę wygrania {A. Zawłocka-Turno, *Zmowa przetargowa czy działanie zgodne z prawem? Problemy na styku prawa konkurencji i prawa zamówień publicznych*, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2012, nr 4 (1), str. 46 - 47)}.

– Gdy konsorcja wykorzystywane są przez wykonawców, których działalność jest komplementarna względem siebie, wówczas zachodzi małe prawdopodobieństwo naruszenia regulacji antymonopolowej. W przypadku konsorcjum zawieranego przez bezpośrednich konkurentów ryzyko naruszenia zasad konkurencji jest szczególnie wysokie. Jeśli konsorcjantami są konkurenci, powoduje to zazwyczaj ograniczenie konkurencji, zawiązanie konsorcjum zmniejsza bowiem liczbę potencjalnych uczestników przetargu, czyli wywołuje tzw. efekt zmniejszonej konkurencji (tzw. reduced competition effect) i promuje mniej agresywną licytację, skutkując wyższą ceną dla zamawiającego, a zatem ma negatywne skutki dla konkurencji {OECD, *Public Procurement. The Role of Competition Authorities in Promoting Competition*, DAF/COMP(2007)34, str. 34, dostępne na: <http://www.oecd.org/dataoecd/25/48/39891049.pdf>; S. Lee, *Implementing Reasonable ...*, op. cit., str. 5-6; V. Mares, M. Shor, *On the Competitive Effects of Bidding Syndicates*,

forthcoming in the B.E. Journal of Economic Analysis & Policy [Foundations] 2012, s. 4, dostępne na: <http://www.mikeshor.com/research/cvauctions/syndicates.pdf>

– punktem wyjścia do prawnej oceny konsorcjum powinno być ustalenie, czy poszczególni członkowie danego konsorcjum przetargowego są w stanie (lub nie) samodzielnie dostarczyć żądane przez zamawiającego usługi. Konsorcjum zawiązane pomiędzy uczestnikami tego samego rynku, realizującymi zadanie, które nie wymaga daleko idącej współpracy między nimi i mogłoby zostać wykonane bez większych dodatkowych kosztów przez każdego z nich, należy uznać za zakazane porozumienie, prowadzące do ograniczenia konkurencji. Jeśli zatem konsorcjum utworzono bez obiektywnego uzasadnienia, a konsorcjanci mogliby złożyć oferty oddzielnie, mając realną szansę wygrania przetargu, to działanie takie stanowi zakazane porozumienie ograniczające konkurencję {UOKiK *Zmowy przetargowe*, wydanie drugie zaktualizowane, Warszawa 2013, <https://uokik.gov.pl/download.php?plik=11132>}.

Odwołujący zaznaczył, że CTL Logistics sp. z o.o., DB Schenker Rail Polska S.A. oraz Rail Polska Spółka z o.o. należy uznać za bezpośrednich konkurentów.

W ocenie Odwołującego poszczególni członkowie Konsorcjum CTL, w szczególności CTL Logistics sp. z o.o. {dalej również: „CTL”} oraz DB Schenker Rail Polska S.A. {dalej również: „DB Schenker”}, posiadali potencjał przewozowy i techniczny pozwalający na samodzielny udział w tym przetargu w zakresie części II zamówienia.

Do takiego wniosku doprowadziła Odwołującego analiza dotychczasowej praktyki tych podmiotów na podstawie istotnych postępowań przetargowych przeprowadzonych w latach 2011 - 2015, zarówno w reżimie ustawy pzp, jak i w procedurach wewnętrznych zamawiających. Odwołujący wskazał, że w okresie 2011-2014 DB Schenker i CTL i Rail Polska w żadnym z postępowań nie składali wspólnej oferty, natomiast startowali samodzielnie, rywalizując ze sobą o zamówienie (był jeden przypadek, że przetargu organizowanym przez Tauron Polska Energia S.A. na przewozy w latach 2012 - 2014 w zadaniu nr 2 CTL złożył wspólną ofertę z Rail Polska). Dopiero w przetargach na usługi transportu węgla ogłoszonych w 2015 r. przez PGE, a następnie PGNiG Termika oraz w tym najbliżsi konkurenci Konsorcjum PKP Cargo po raz pierwszy zawiązali konsorcja przetargowe.

Według Odwołującego powyższe wskazuje na silną współpracę w zakresie ustalania cen i innych warunków składanych ofert pomiędzy bezpośrednimi konkurentami.

Dla Odwołującego jest to niezrozumiałe, skoro w poprzednim okresie CTL, DB Schenker i Rail Polska uczestniczyli samodzielnie w postępowaniach przetargowych, niezależnie od masy zamówionej do przewiezienia, wymogów technicznych odnośnie posiadanego taboru, czy innych warunków dotyczących zabezpieczeń umownych czy

wymogów w zakresie doświadczenia. Dla Odwołującego niezrozumiałe jest – a co jego zdaniem nie zostało także wykazane przez Konsorcjantów w wyjaśnieniach z 26 listopada 2015 r. złożonych Zamawiającemu – co się zmieniło, że obecnie nie są zdolni do złożenia samodzielnej oferty w tym postępowaniu.

Dla przykładu Odwołujący porównał poprzednie postępowanie zorganizowane przez Zamawiającego dot. przewozów węgla w latach 2012-2014 z wymogami właściwymi dla tego postępowania:

- aktualnie Konsorcjum CTL złożyło wspólną ofertę na obie części zamówienia, w których łączna masa do przewiezienia wynosi 13.890.000 ton (część I – 8,5 mln ton, część II – 5,39 mln ton), co oznacza, że rocznie do przewiezienia jest mada: dla części I – 4,25 mln ton, a dla części II – 2,695 mln ton;
- poprzednio były 4 części, w których łączna masa do przewiezienia wynosiła 29.165.000 ton, co rocznie dawało masę: część II – 915 - 975 tys. ton, część III – 2,065 mln ton, część IV – 2,065 mln ton, a samodzielnie oferty złożyli na następujące części: DB Schenker – od II do IV, CTL – III i IV (w konsorcjum ze spółką zależną CTL Train), a na część II CTL złożyło ofertę wspólną z Rail Polska;
- startując w 3 częściach DB Schenker był gotów przewieźć w skali roku 5.105.0000 ton w 2012 r. oraz po 5.045.000 ton w 2013 r. i w 2014 r. (zsumowanie rocznych mas do przewozu z 3 zadań objętych przetargiem);
- CTL gotowy był przewieźć samodzielnie 4.130.000 ton w skali każdego roku, natomiast kolejne niespełna 1 mln ton w konsorcjum z Rail Polska;
- aktualnie dla przewiezienia 2,695 mln ton w części nr II zawiązane zostało konsorcjum ww. trzech Wykonawców.

Odwołujący wywiódł z powyższego, że w poprzednim postępowaniu DB Schenker i CTL Logistics składali samodzielnie oferty na przewiezienie większej masy niż w obecnym przetargu, w którym występują wspólnie. Według Odwołującego – jak to określił – *historyczna analiza aktywności konsorcjantów na rynku* nie pozwala na twierdzenie, że CTL oraz DB Schenker nie posiadali wystarczającego potencjału do samodzielnej realizacji zadania nr II, a zatem ich udział w jednym konsorcjum wypełnia znamiona właściwe dla umowy przetargowej.

Odwołujący zakwestionował ponadto adekwatność wyjaśnień Konsorcjum CTL, które wskazało, że przyczyną współpracy bezpośrednich konkurentów był brak potencjału przewozowego w zakresie lokomotyw spalinowych oraz wagonów samowyładowczych typu F (nadmieniając, że nie przedstawiono żadnych danych i dowodów dotyczących posiadanego w tym zakresie potencjału). Według Odwołującego porównanie z poprzednim

postępowaniem, ogólnodostępne informacje oraz zasady logiki przeczy prawdziwości takiego wyjaśnienia.

Odwołujący stwierdził, że w poprzednim i aktualnym przetargu wymogi odnośnie taboru były tożsame, tj. wagony węglarki 4-osiowe serii E lub węglarki 4-osiowe budowy specjalnej F (wyłącznie z pneumatycznym sposobem rozładunku).

Odwołujący wskazał, że była wymagana następująca liczba wagonów i lokomotyw:
– poprzednio w poszczególnych częściach: nr II – 550 wagonów i 20 lokomotyw, nr III i IV – 800 wagonów i 50 lokomotyw;
– aktualnie poszczególnych częściach: nr I – 750 wagonów i 20 lokomotyw, nr II – 480 wagonów i 12 lokomotyw.

Odwołujący wywiódł z powyższego, że choć poprzednio wymogi odnośnie taboru były wyższe niż w przypadku obecnego przetargu, DB Schenker i CTL złożyli samodzielne oferty, rywalizując pomiędzy sobą o zamówienie.

Odwołujący podniósł, że DB Schenker na swojej stronie internetowej wskazuje na fakt przynależności do grupy kapitałowej Deutsche Bahn, która posiada największą flotę pociągów w Europie: *Z około 114 000 wagonami towarowymi i 3 400 lokomotywami, DB Schenker jest właścicielem największej floty pociągów. Prawie 34 000 osób zatrudnionych w Europie pracuje codziennie nad zapewnieniem skutecznych przewozów przez granice. Jesteśmy zorientowani na Klienta i świadczymy usługi przyjazne dla środowiska – na przykład dzięki nieemitującej dwutlenku węgla opcji EcoPlus, co jeszcze bardziej wzmacnia pozycję pociągu, jako najbardziej ekologicznego środka transportu* {jako dowód nr 1 zgłoszono wydruk powyższej informacji ze strony internetowej: [https:// www.rail.dbschenker.pl/rail-polska-pl/products_services/advantage.html](https://www.rail.dbschenker.pl/rail-polska-pl/products_services/advantage.html) (załącznik nr 6 do odwołania)}.

Odwołujący wskazał, że ponieważ od 1 stycznia 2007 r. rynek kolejowych przewozów towarowych Unii Europejskiej został otwarty, o realizację przedmiotowego zamówienia mogą ubiegać się również wykonawcy z innych krajów UE. Zdaniem Odwołującego DB Schenker jako członek koncernu Deutsche Bahn może korzystać z parku taborowego swojej spółki matki lub spółek siostrzanych należących do grupy DB.

Odwołujący zastrzegł, że nie ma ograniczeń technicznych, które nie pozwalałyby wykorzystywać lokomotyw spalinowych i elektrycznych wielosystemowych (czyli posiadających możliwość realizacji przewozów pod siecią trakcyjną o różnych napięciach) używanych w innych krajach Unii Europejskiej, w szczególności w Niemczech. Według Odwołującego potwierdzają to najnowsze doniesienia w prasie branżowej, według których DB Schenker właśnie rozpoczął proces sprowadzania nowoczesnych lokomotyw

spalinowych od holenderskiego oddziału DB Schenker Rail {jako dowód nr 2 zgłoszono wydruk publikacji prasowej ze strony internetowej: http://www.RynekKolejowy.pl/60440/db_schenker_sprawdzi_w_polsce_oszczedne_lokomotywy.htm (załącznik nr 7 do odwołania)}.

Odwołujący dodał, że z publicznie dostępnych informacji wynika, że DB Schenker dysponuje 202 szt. lokomotyw, z czego 154 to lokomotywy spalinowe {jako dowód nr 3 zgłoszono wydruk takiej informacji ze strony internetowej: https://pl.wikipedia.org/wiki/DB_Schenker_Rail_Polska (załącznik nr 8 do odwołania)}.

Według Odwołującego również z innych doniesień medialnych wynika, że DB Schenker nie cierpi nad deficyt lokomotyw spalinowych, gdyż według notatki prasowej z 2012 r. już w 2011 r. rozpoczął proces rozszerzania ich floty o lokomotywy typu Class66 {jako dowód nr 3 zgłoszono wydruk publikacji prasowej ze strony internetowej: <http://kurierkolejowy.eu/aktualnosci/8548/DB-Schenker-RP-wymieni-lokomotywy.html> (zał. nr 9 do odwołania)}.

Według Odwołującego powyższe informacje jednoznacznie wskazują, że DB Schenker posiadał potencjał techniczny do samodzielnej realizacji zadania nr 2, gdzie wymagane było posiadanie 12 lokomotyw (przy czym liczba ta obejmuje zarówno lokomotywy spalinowe i elektryczne łącznie).

Odwołujący dodał, że według aktualnych informacji przekazanych do mediów w 2016 r. DB Schenker planuje na niespotykaną dotychczas skalę wysprzedawać wagony F i lokomotywy manewrowe {jako dowody nr 3 i 4 zgłoszono wydruki publikacji prasowych ze stron internetowych: http://www.rynek-kolejowy.pl/56232/db_schenker_rp_sprzedaje_lokomotywy_i_wagony.htm oraz <http://biznes.pl/magazyny/transport/db-schenker-rp-wyprzedaje-lokomotywy-i-wagony/hxdzb> (załączniki nr 10 i 11 do odwołania)}.

Według Odwołującego z przedstawionych informacji wynika, że DB Schenker nie posiada ograniczeń w dostępie do parku taborowego, a ewentualne dodatkowe wagony mógłby pozyskać od spółki matki. W związku z powyższym niezasadny jest argument o deficycie w zakresie potencjału technicznego DB Schenker.

W odniesieniu do CTL Logistics Odwołujący podniósł, że z ogólnodostępnych informacji wynika, że przewoźnik ten posiada 90 szt. lokomotyw, w tym 20 lokomotyw spalinowych {jako dowód nr 7 zgłoszono wydruk informacji ze strony internetowej: https://pl.wikipedia.org/wiki/CTL_Logistics (załącznik nr 12 do odwołania)}.

W ocenie Odwołującego potencjał ten jest wystarczający dla samodzielnej realizacji zamówienia w zakresie zadania 2.

W ocenie Odwołującego przy braku sprecyzowania liczby wymaganych lokomotyw

spalinowych, z informacji przedstawionych w SIWZ wynika, że faktycznie dla wykonania zadania nr 2 konieczne jest posiadanie następującej liczby lokomotyw spalinowych:

- 3 do obsługi bocznic kolejowych Tauron Ciepło, w tym 2 szt. do przewozów i pracy manewrowej w Zakładach Wytwarzania Tauron Ciepło (ZW Tychy, ZW Bielsko-Biała EC 1 i EC 2) oraz 1 do obsługi manewrowej ZW Katowice, gdyż zasadniczo przewozy w poszczególnych relacjach mogą być realizowane przy udziale elektrowozów, a jedynie praca manewrowa na niezelektryfikowanych bocznicach wymaga wyłącznego angażowania lokomotyw spalinowych;
- 4 dla dostarczenia towarów na bocznicę Tauron Wytwarzanie – po jednej na każdą lokalizację.

Zdaniem Odwołującego włączenie do przedmiotowego postępowania obsługi niezelektryfikowanych bocznic kolejowych nie powoduje, wbrew twierdzeniom Konsorcjum CTL, konieczności tak dużego zaangażowania lokomotyw spalinowych, a w szczególności zaangażowanie to nie przekracza potencjału technicznego DB Schenker i CTL Logistics.

Odwołujący wskazał, że każdy z członków Konsorcjum CTL ma doświadczenie w realizacji przewozów na rzecz Tauron i podmiotów o podobnym profilu, które każdorazowo wymagają posiadania przez przewoźnika specjalistycznych wagonów samowyładowczych typu F. Jak stwierdził Odwołujący: *Wagony takie bez wątpienia znajdują się w ofercie Konsorcjantów.* Odwołujący zwrócił uwagę, że jak zauważyło samo Konsorcjum CTL wagony takie wymagane są jedynie w 25% zamówionych usług. Odwołujący podał, że w przypadku zadania 2 wagony Fals wymagane są dla przewozów masy o wartości 1.850.000 ton, podczas gdy całkowita masa do przewiezienia w ramach tego zadania wynosi 5.390.000 ton.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że zarówno wagony typu F, jak i lokomotywy spalinowe mogą być swobodnie wydierżawione na rynku, przy czym w Polsce zajmują się dzierżawą:

- wagonów Fals – np. Zx Benet, ORV Moers, VTG, Sped Trans, GATX Rail Poland sp. z o.o., Ermewa, Touax, Lokotrans {jako dowód nr 8 zgłoszono przykładowe oferty na dzierżawę wagonów typu F (załącznik nr 13 do odwołania)};
- lokomotyw spalinowych – np. Zakłady Produkcyjno-Naprawcze Taboru Maszyn i Urządzeń Tabor M. D. sp. j. Dębica, PPHU Tabor, P.H.U. Lokomotiv B. P., CZ Loko, Wiskol sp. z o.o. , F.H.U. Orion Kolej K. W. i Przewozy Regionalne {jako dowód nr 9 zgłoszono przykładowe oferty na dzierżawę lokomotyw spalinowych (załącznik nr 14 do odwołania)}.

Odwołujący stwierdził, że z jego rozeznania rynkowego wynika, że koszty wynajęcia lokomotyw spalinowych w stosunku do kosztów posiadania oraz utrzymania lokomotyw spalinowych – jak to określił – *nie stanowią bariery do stworzenia konkurencyjnej oferty*, gdyż

są serie lokomotyw, które można pozyskać na rynku po cenie zarówno wyżej, jak i niższej w porównaniu do kosztów ponoszonych przez PKP Cargo.

Odwołujący podsumował, że w związku z powyższym przedstawione przez Konsorcjum CTL uzasadnienie dla jego zawiązania do realizacji przedmiotowego zamówienia w odniesieniu do zadania 2 należy uznać za niezgodne z prawdą.

Dla Odwołującego niewątpliwe jest, że Konsorcjanci konstruując ofertę w ramach postępowania wymieniali się strategicznymi informacjami w zakresie cen i innych warunków świadczenia przewozów, a ponieważ taka forma kooperacji narusza reguły właściwe dla prawa konkurencji, według Odwołującego uznać należy, że uzgodnienie cen i warunków oferty złożonej w ramach przedmiotowego postępowania stanowi niedozwolone porozumienie.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że dopuszczenie takiej formy współpracy pomiędzy DB Schenker oraz CTL w przedmiotowym postępowaniu może rodzić ryzyko wykształcenia się na przyszłość nieprawidłowej praktyki rynkowej pozwalającej na dowolne i niczym nieograniczone wymienianie się strategicznymi informacjami pomiędzy przewoźnikami kolejowymi będącymi bezpośrednimi konkurentami, co w perspektywie długoterminowej może zniekształcić konkurencję na rynku.

7 stycznia 2016 r. wpłynęła do Izby pisemna odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o jego oddalenie, w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko odnośnie poszczególnych zarzutów odwołania {z uwagi na cofnięcie zarzutów z pkt 1 - 3 listy zarzutów odwołania, poniżej pominięto przedstawione w odpowiedzi na odwołanie stanowisko odnośnie tych zarzutów}.

{ad pkt 4 listy zarzutów}

Zamawiający podniósł następujące argumenty generalne przemawiające za koniecznością wzięcia pod uwagę nie tylko tłumaczenia, ale i dokumentu oryginalnego w języku obcym:

- prowadzenie postępowania w języku polskim (art. 9 ust. 2 pzp) oraz wymóg składania dokumentów obcojęzycznych wraz z tłumaczeniem na język polski (pkt 4.2.2.4 SIWZ) ma na celu umożliwienie sprawnego przeprowadzenia postępowania, czemu służy zwolnienie zamawiającego z konieczności czasochłonnego tłumaczenia obszernych lub specjalistycznych dokumentów;
- ustawodawca rezygnując z konieczności przedkładania w postępowaniu o udzielenie zamówienia tłumaczeń przysięgłych, wziął pod uwagę, że składane tłumaczenia nie zawsze

będą precyzyjnymi przekładami sporządzonymi przez profesjonalnych tłumaczy, a co za tym idzie, mogą w nich pojawić się również omyłki czy nieścisłości; mogą one się pojawić również w tłumaczeniach sporządzonych przez tłumaczy przysięgłych;

– kiedy wykonawca złoży dokument wystawiony za granicą, zamawiający może zwrócić się do właściwych organów kraju, w którym dokument wydano, z wnioskiem o udzielenie niezbędnych wyjaśnień dotyczących przedłożonego dokumentu (§ 4 ust. 4 rozporządzenia o dokumentach).

Zamawiający podkreślił, że istniejące nieścisłości pomiędzy oryginałem zaświadczenia o niekaralności sporządzonym w języku angielskim a jego polskim tłumaczeniem były dla niego na tyle oczywiste, a przy tym nieistotne, że brak było potrzeby ich wyjaśniania, zwłaszcza że nie miały one żadnego negatywnego wpływu na ocenę niekaralności ww. osoby, która jego zdaniem jest bezdyskusyjna. Zamawiający zrelacjonował, że w oryginalnym dokumencie znajduje się następujące stwierdzenie w języku angielskim: *A search of federal, state and local records indicate that there are no wants, warrant or other criminal records {podkreślenie za odwołaniem} for E. A. B.* Według Zamawiającego z powyższego nawet osoba władająca językiem angielskim w stopniu podstawowym jest w stanie wywieść, że w oświadczeniu tym chodzi o brak „wpisów w rejestrach karnych”, czyli innymi słowy wpisów oznaczających skazanie za popełnione przestępstwa.

Zamawiający dodał, że skoro dla niego treść złożonego zaświadczenia zestawiona z załączonym tłumaczeniem nie budziła wątpliwości co do okoliczności wynikających z tego dokumentu, nie musiał dopytywać Przystępującego, co stanowiłoby przejaw zbędnego formalizmu, nieprzekładającego się w żaden sposób na ocenę złożonego zaświadczenia.

{ad pkt 5 i 6 listy zarzutów}

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazał, że przyjęcie kryteriów i ich wag wynikało z jego obiektywnych potrzeb, gdyż przedmiot zamówienia obejmował transport kolejowy węgla w relacjach zarówno szczegółowo opisanych w SIWZ, jak i nieznanymi i niezdefiniowanymi na etapie przetargu. Stąd przyjęte rozbięcie ceny i przewidzenie odrębnych tabel do wypełnienia przez wykonawców. Konsekwentnie transport dla kierunków niezdefiniowanych będzie (zgodnie z § 6 wzoru mowy) rozliczany w oparciu o podaną w ofercie cenę jednostkową netto 1 Mg (jedna tona) przewiezonego węgla, różną w zależności od wielkości składu pociągu (do 1000 Mg, powyżej 1000 Mg do 1500 Mg, powyżej 1500 Mg do 2000 Mg oraz powyżej 2000 Mg) oraz odległości od stacji nadania do stacji przeznaczenia. Ustalając zaś wagę kryterium K₂ na 8% bazował na danych historycznych uzyskanych za 2014 r. w odniesieniu do transportu dla kierunków

niezdefiniowanych i ich rzeczywistego udziału w całości wykonywanych w tym roku przewozów.

Według Zamawiającego skoro o wygranej Konsorcjum CTL zadecydowała łączna liczba punktów obliczona zgodnie z przyjętymi w SIWZ i niekwestionowanymi wcześniej kryteriami i ich wagami, zaś Konsorcjum CTL wyliczyło oba punktowane elementy zgodnie z wymaganiami, nie można mu czynić z tego powodu jakiegokolwiek zarzutu. Takie działanie Konsorcjum CTL jest w pełni legalne – zgodne z przyjętymi w postępowaniu regułami oceniania ofert.

Zdaniem Zamawiającego nie sposób twierdzić, że jest ono sprzeczne z dobrymi obyczajami, zwłaszcza że ceny przyjęte przez Konsorcjum CTL w tabeli nr 2 oraz 4, na których podstawie wyliczano średnią cenę wskaźnikową, nie zostały sztucznie zaniżone, lecz są to ceny rynkowe. Tym samym działanie Konsorcjum CTL opierało się o pobudki ekonomiczne, a uzyskany w postępowaniu wynik jest następstwem normalnej, uczciwej konkurencji między wykonawcami.

Nie zostały zatem spełnione przesłanki działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami.

W opinii Zamawiającego chybione jest porównywanie cen zaoferowanych w zadaniu nr I i II dla innych odbiorców poczynione w odwołaniu (tabela na str. 9), gdyż oba zadania mają odmienny zakres i warunki realizacji:

- w zadaniu I w znacznej mierze dotyczy to sieci tzw. dealerskiej charakteryzującej się dużą liczbą małych stacji z wolnym rozładunkiem, zaś liczba wagonów w składach przewożących zazwyczaj średnie i grube asortymenty wynosi od kilku do kilkunastu wagonów, co generuje dla wykonawcy znacznie wyższe koszty jednostkowe; ponadto składy pociągowe większe niż 1000 Mg są zazwyczaj składane z wagonów załadowanych na Zakładzie Górniczym Janina i Zakładzie Górniczym Sobieski, które są łączone w skład całopociągowy w stacji Jaworzno Szczakowa, co dodatkowo generuje dla wykonawcy wyższe koszty;
- w zadaniu nr II kierunki niezdefiniowane to zazwyczaj kopalnie lub hurtowi dostawcy węgla obsługiwani przez jednolite składy pociągowe, których logistyka jest znacznie prostsza niż dla zadania I.

Zdaniem Zamawiającego przy stawianiu zarzutu rażąco niskiej ceny każdorazowo konieczne jest odniesienie ceny kwestionowanej do cen ofertowanych na rynku, w tym przez innych wykonawców, czego Odwołujący zaniechał, a przez co postawiony przez niego zarzut jest niezasadny {Zamawiający odesłał do orzecznictwa Izby przywołanego na str. 15 odwołania}. W rezultacie według Zamawiającego bezprzedmiotowe są rozważania bazujące na cenach z tabeli dealerskiej zaoferowanych przez Konsorcjum CTL dla zadania nr 1.

Zamawiający powołał się na to, że według ugruntowanego orzecznictwa Izby decyzja o uznaniu ceny oferty za rażąco niską nie może opierać się wyłącznie na podstawie oceny realności poszczególnych składników ceny, gdyż ocenie podlega cena globalna oferty. Istotne jest zatem, jaki charakter ma zaoferowana przez Konsorcjum CTL średnia cena wskaźnikowa, podlegająca ocenie w ramach kryterium. Różnica wynosząca ok. 26% nie budzi wątpliwości Zamawiającego, jako objaw normalnej i jak najbardziej pożądanej konkurencji, którą chciał wywołać przewidując dodatkowe punkty w kryterium K₂ i co przyniosło oczekiwany efekt.

Według Zamawiającego zaoferowana przez Konsorcjum CTL średnia cena wskaźnikowa nie odbiega przy tym istotnie od średnich cen wskaźnikowych obowiązujących w ramach aktualnych umów zawartych przez wykonawców z Tauron Wytwarzanie oraz Tauron Ciepło na zakres analogiczny jak ten objęty niniejszym przetargiem, a które wynoszą odpowiednio: 32,07 zł/Mg oraz 28,92 zł/Mg (co daje w sumie 60,99 zł/Mg) {Zamawiający przyznał na rozprawie, że po doliczeniu kwoty podatku VAT wskaźnik ten wynosi aktualnie 75,02 zł/Mg}. Podczas gdy średnie ceny wskaźnikowe zaoferowane przez Konsorcjum CTL w tym postępowaniu wynoszą odpowiednio 23,73 zł/Mg i 29,46 zł/Mg (co daje w sumie 65,42 zł/Mg) {w tym przypadku Zamawiający doliczył kwotę podatku VAT}.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie wykazał ani nawet nie uprawdopodobnił, że wykonanie usługi transportu na poszczególnych odległościach dla kierunków niezdefiniowanych nie jest możliwe za ceny zaoferowane przez Konsorcjum CTL, czy też że oznaczałoby wykonanie tej usługi poniżej ponoszonych kosztów. Dowód taki jest zaś bezwzględnie wymagany dla stwierdzenia ceny rażąco niskiej, a co potwierdza orzecznictwo Izby przywołane przez samego Odwołującego, z którego wynika m.in. iż cena rażąco niska to cena nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac, cena niewystępująca na rynku, punktem zaś odniesienia dla badania charakteru ceny oferty powinny być m.in. ceny zaoferowane przez innych wykonawców, czy ceny ofert zbliżonych zamówień {Zamawiający ponownie odesłał do orzecznictwa Izby przywołanego na str. 15 odwołania}.

Dla Zamawiającego znamienne jest, że kwestionując ceny zawarte w tabelach wskaźnikowych Odwołujący nie przyrównał ich nawet do cen, które sam zaoferował, czy do cen obowiązujących aktualnie na rynku. Tymczasem według Zamawiającego z porównania takiego wynika, że o ile największe różnice zauważyć można w zakresie cen oferowanych dla składu o wielkości do 1000 Mg, o tyle dla kolejnych większych składów (powyżej 1000 Mg, powyżej 1500 Mg oraz powyżej 2000 Mg) ceny te są bardzo zbliżone, a w niektórych przypadkach ceny zaoferowane przez Konsorcjum CTL są nawet wyższe niż te zawarte w

ofercie Odwołującego {jako dowód Zamawiający zgłosił załączone do odpowiedzi na porównanie cen jednostkowych dla kierunków niezdefiniowanych z tabeli 2 (dla Tauron Wytwarzanie) oraz tabeli nr 4 (dla Tauron Ciepło)}.

Zamawiający dodał, że jak wynika z poczynionego porównania, ceny zaoferowane przez Konsorcjum CTL nie odbiegają również istotnie od cen, za jakie analogiczna usługa transportu była realizowana na rzecz poszczególnych spółek w 2015 r., na podstawie umów zawartych odpowiednio przez: (1) Tauron Wytwarzanie S.A. oraz Tauron Polska Energia S.A. z PKP Cargo S.A. oraz (2) Tauron Ciepło Sp. z o.o. i Tauron Polska Energia S.A. z konsorcjum w składzie: CTL Logistics sp. z o.o., Rail Polska sp. z o.o.

Ponadto Zamawiający zwrócił uwagę, że załączone porównanie z cenami obowiązującymi aktualnie dla Tauron Wytwarzanie, dla którego usługę transportu do końca 2015 r. realizowało PKP Cargo S.A., potwierdza również inną prawidłowość – niektóre z cen zaoferowanych w tym postępowaniu przez Odwołującego na tożsamą usługę są (jak ocenił Zamawiający z niewiadomych przyczyn) wyższe niż ceny, za które usługa ta była dotychczas realizowana przez PKP Cargo S.A. Przykładowo dla składów większych niż 1000 Mg dla odległości, na których przewozy są najczęściej realizowane (tj. do 80 km), aktualnie są wyższe nawet o kilkadziesiąt procent.

Zamawiający ocenił, że w rezultacie zawyżenie cen PKP na kierunkach niezdefiniowanych powoduje nieuzasadniony, sztuczny wzrost różnicy w cenach między ofertą PKP a ofertą Konsorcjum CTL, na czym Odwołujący zbudował zarzut rzekomego zaoferowania przez Konsorcjum CTL rażąco niskiej ceny. Gdyby Odwołujący zaoferował w tym postępowaniu ceny zbliżone do dotychczasowych, ceny Konsorcjum CTL byłyby tylko nieznacznie niższe, a co w ocenie Zamawiającego może być uzasadnione np. dużymi spadkami cen oleju napędowego (używanego do lokomotyw spalinowych), czy też cenami energii elektrycznej.

Zamawiający oświadczył, że badając ofertę Konsorcjum nie miał wątpliwości, że zarówno ceny jednostkowe z tabel wskaźnikowych, jak i średnia cena wskaźnikowa są na rynkowym poziomie i obejmują wszystkie koszty niezbędne do prawidłowego wykonania usługi transportu kolejowego. W tym, że ceny wskaźnikowe z tabeli nr 4 oprócz przewoźnego pokrywają również koszty obsługi bocznic spółki Tauron Ciepło, o czym świadczy chociażby fakt, że są nieco wyższe od cen z tabeli nr 2, sporządzanej w odniesieniu do usługi transportu dla spółki Tauron Wytwarzanie, która nie obejmowała obsługi bocznic przez wykonawcę.

Zdaniem Zamawiającego nieuprawnione jest twierdzenie Odwołującego, jakoby rzekomo zaniżone ceny z tabel wskaźnikowych przekładały się na rażąco niską cenę

realizacji przedmiotu zamówienia jako takiego, a to z uwagi na przyjęty w umowie sposób rozliczania (tj. w oparciu o ceny jednostkowe). Zamawiający ponownie powołał się na to, że przedmiotem badania winna być cena oferty za realizację całego zamówienia, a nie cena za pojedynczy element. Natomiast o tym, jakie wynagrodzenie otrzyma ostatecznie Konsorcjum CTL z tytułu realizacji całego przedmiotu zamówienia w zakresie zadania II, decydować będą nie tylko ceny z tabel wskaźnikowych lecz również, a raczej przede wszystkim, ceny zaoferowane za świadczenie usługi transportu w relacjach zdefiniowanych, które były punktowane w ramach Kryterium K₁ (waga 92%), a które w odwołaniu nie są kwestionowane.

Dodatkowo Zamawiający podniósł, że niezgodne z przepisami ustawy pzp byłoby odrzucenie oferty z uwagi na rażąco niską cenę przed uruchomieniem procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1 pzp. Tymczasem Odwołujący nie zarzuca Zamawiającemu zaniechania w zakresie wezwania Konsorcjum CTL do wyjaśnień odnośnie zaoferowanej ceny. Ponieważ Izba jest związana zarzutami odwołania i nie może orzekać co do zarzutów nie zawartych w odwołaniu (art. 192 ust. 7 pzp), zarzut zaniechania odrzucenia oferty już z tego powodu powinien zostać oddalony.

{ad pkt 7 listy zarzutów}

Zamawiający podał, że zobowiązał Konsorcjum CTL do ustosunkowania się do wątpliwości wyrażanych w piśmie Konsorcjum PKP wskazującym na możliwe naruszenie przepisów ustawy pzp i uokik. W odpowiedzi z 26 listopada 2015 r. Konsorcjum CTL złożyło obszernie wyjaśnienia, które były spójne i przekonujące, a zawarte w nich omówienie obecnej sytuacji rynkowej, jak również potencjału poszczególnych konsorcjantów, w wystarczającym stopniu uzasadniało potrzebę zawiązania konsorcjum celem złożenia w postępowaniu konkurencyjnej oferty.

W pierwszej kolejności Zamawiający zauważył, że nie posiada instrumentów pozwalających w kompleksowy sposób zweryfikować twierdzeń Konsorcjum CTL, gdyż jego wiedza o rynku kolejowym jest ograniczona i dotyczy wyłącznie rynku przewozów węgla z kopalni położonych na terenie Śląska do zakładów energetycznych położonego w tym samym regionie. Zamawiający oceniając treść złożonych wyjaśnień oparł się więc na swojej wiedzy i dotychczasowych doświadczeniach wynikających z wcześniejszej współpracy z wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu.

Natomiast organem kompletnym do oceny, czy zawiązanie Konsorcjum CTL stanowiło sprzeczne z prawem konkurencji porozumienie, a tym samym także czyn nieuczciwej konkurencji, jest Prezes Urzędu Ochrony Konsumentów i Konkurencji {dalej

również „Prezes UOKiK”), który został zresztą zawiadomiony przez Odwołującego (jak sam wcześniej podawał) o możliwości zaistnienia zмовы przetargowej. Ewentualne rozstrzygnięcie Prezesa UOKiK w tym zakresie będzie wiążące dla Zamawiającego, a zatem jeżeli zostanie stwierdzone, że zawiązanie Konsorcjum CTL było niezgodne z przepisami uokik, Zamawiający odrzuci złożoną przez nie ofertę. Zamawiający zastrzegł, że dotychczas Prezes UOKiK nie zajął stanowiska w tej sprawie.

Niezależnie od powyższego Zamawiający ocenił, że Odwołujący przedstawia bardzo restrykcyjne spojrzenie na zasadność tworzenia konsorcjum, ograniczające się do jednego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast całkowicie pomija przy tym cel tworzenia konsorcjum, jakim jest zgodna z prawem i akceptowalna dywersyfikacja portfela zleceń, ograniczenia ryzyka biznesowego czy optymalizacja zasobów. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie wykazał w żaden sposób braku tych przesłanek zawiązania konsorcjum w tej sprawie, lecz ograniczył się jedynie do (spekulatywnego) twierdzenia, że każdy z członków Konsorcjum CTL mógł samodzielnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Według Zamawiającego przyjmowanie takiego założenia jest zbytnim uproszczeniem, a stosowanie go w praktyce wyeliminowałoby znaczną część konsorcjów powstających na potrzeby uczestnictwa w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w sektorze budowlanym, drogowym czy transportowym.

Zamawiający nie zgodził się z poglądem Odwołującego, że podmioty tworzące konsorcjum mają obowiązek wyczerpania wszelkich możliwości samodzielnego wykonania zamówienia, a utworzenie konsorcjum jest ostatecznością, gdyż taka interpretacja zmuszałaby wielu przedsiębiorców do samodzielnego składania ofert za wszelką cenę, także kosztem ich konkurencyjności. Zdaniem Zamawiającego kluczowe znaczenie ma to, czy utworzenie konsorcjum pozwala na złożenie konkurencyjnej, także cenowo, oferty (np. na skutek optymalizacji zasobów). Odwołujący nie wykazał, że złożenie indywidualnych ofert pozwoliłoby na zachowanie konkurencyjności, w szczególności, że postulowane przez niego działania (np. wynajem lokomotyw) miałyby racjonalne uzasadnienie.

Ponadto zdaniem Zamawiającego argumentacja odwołania jest niespójna, gdyż Odwołujący najpierw twierdzi, że dla ustalenia, czy zawiązanie konsorcjum pomiędzy konkurencyjnymi przedsiębiorcami stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, nie jest konieczne zaistnienie określonego skutku, a następnie jako uzasadnienie dla takiego zakazu wskazuje, że złożenie wspólnej oferty może skutkować wyższą ceną dla zamawiającego.

W opinii Zamawiającego Odwołujący jednak nie wykazał, że zawiązanie Konsorcjum CTL mogło mieć jakkolwiek negatywny wpływ na zachowanie uczciwej konkurencji, a gdyby

jego członkowie zdecydowali się na złożenie osobnych ofert, nie byłyby tak korzystne dla Zamawiającego, jak jedna wspólna oferta. Jeżeli zawiązanie Konsorcjum CTL miało jakikolwiek wpływ na konkurencję – zarówno w tym konkretnym postępowaniu, jak i na całym rynku usług kolejowego transportu węgla – efekt ten miał wyłącznie charakter pozytywny, skoro została złożona oferta korzystniejsza od oferty Odwołującego – podmiotu posiadającego 80% udziałów w rynku usług transportu kolejowego, a co jednocześnie w pewnym stopniu przeciwdziała marginalizacji tych słabszych podmiotów.

Zdaniem Zamawiającego twierdzenia i wyliczenia Odwołującego co do możliwości samodzielnego wykonania zamówienia przez każdego z Wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum CTL w oparciu o własny potencjał mają spekulatywny charakter i opierają się na błędnych założeniach.

Odwołujący zestawiając aktualnie prowadzone postępowanie z prowadzonym 4 lata wcześniej, nie bierze jednak pod uwagę tego, że wolumen usług świadczonych przez poszczególnych Wykonawców mógł ulec zwiększeniu względem 2011 r., a zmniejszeniu mogły ulec posiadane zasoby (w tym głównie tabor). Oczywistym jest, że wskutek uzyskania większej liczby zamówień odpowiedniej redukcji ulegają wolne zasoby, które mogłyby zostać spożytkowane do obsługi następnych klientów. Podobnie tabor posiadany w 2011 r. mógł ulec liczebnemu ograniczeniu w stosunku do chwili obecnej, co również ograniczyłoby potencjał własny wykonawcy. Odwołujący nieprawidłowo nie bierze zatem pod uwagę, że zarówno liczba świadczonych usług, jak i posiadanych zasobów może być zmienna w czasie (szczególnie na tak specyficznym rynku), a zatem proste zestawianie ze sobą informacji z poprzednich postępowań z bieżącym postępowaniem prowadzi do oczywiście błędnych wniosków.

Według Zamawiającego nie można też brać poważnie pod uwagę przedstawianych w odwołaniu danych odnośnie liczby lokomotyw i wagonów posiadanych przez członków Konsorcjum CTL. Jak wskazał Odwołujący, źródłem tych informacji jest wyłącznie Wikipedia, tj. popularnonaukowa encyklopedia otwarta do redakcji przez ogół internautów, zawierająca informacje o różnym poziomie wiarygodności i aktualności. Zamawiający podkreślił, że sam (a jak wynika z treści odwołania – również Odwołujący) może czerpać wiedzę o obecnie dostępnych zasobach tych Wykonawców wyłącznie z ich oświadczeń zawartych w ofercie. W ocenie Zamawiającego Przystępujący przedstawił przekonujący i wiarygodny opis posiadanego potencjału przez każdego z konsorcjantów, jak również należycie uzasadnił, dlaczego z perspektywy ekonomicznej konieczne jest złożenie jednej wspólnej oferty.

Dla Zamawiającego zaskakujący, jak również chybiony, jest argument, że skoro żaden z członków Konsorcjum CTL nie posiada dostępnego taboru, mógł skorzystać z usług

dzierżawy lub najmu pojazdów kolejowych. Konsekwencją powyższego twierdzenia jest, jak to wyraził Zamawiający, absurdalny wniosek, że nawet jeśli wykonawca nie posiada potencjału wystarczającego do wykonania zamówienia, nie może wejść w konsorcjum z innym wykonawcą, aby wspólnie spełnić warunki udziału w postępowaniu, lecz powinien zdecydować się na najem pojazdów, bez względu na ekonomiczne uzasadnienie takiego postępowania. Dla Zamawiającego niezrozumiałe jest również twierdzenie, jakoby najem pojazdów był bardziej opłacalny niż nabycie i utrzymanie własnego taboru, tym bardziej, że jak przyznaje sam Odwołujący, PKP Cargo S.A. posiada własne pojazdy. Powyższy argument w żadnym zaś przypadku nie może przeczyć celowości zawiązania konsorcjum właśnie z przyczyn finansowych.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący pomija również okoliczność, że Konsorcjum CTL ubiegało się o uzyskanie obu części zamówienia, co wymagało uzyskania odpowiedniej kumulacji potencjału posiadanego indywidualnie przez każdego z wykonawców. Nie można też wykluczyć, że jeżeli każdy z Konsorcjantów zdecydowałby się na złożenie indywidualnej oferty na wszystkie dwie części, wówczas Odwołujący kwestionowałby możliwość samodzielnego wykonania obu części, twierdząc, że ograniczone zasoby danego wykonawcy, zaangażowane w wykonanie jednej części, nie mogą być jednocześnie wykorzystywane dla realizacji drugiej części zamówienia. Gdyby zaś członkowie Konsorcjum CTL zdecydowali, że każdy z nich złoży ofertę na inną część, Odwołujący podniósłby wtedy konieczność odrzucenia tych ofert z uwagi na niedopuszczalną znowę, polegającą na niezgodnym z prawem podzieleniu się częściami zamówienia. W każdym zatem przypadku złożenie wspólnej oferty bądź kilku indywidualnych byłoby kwestionowane przez Odwołującego, jako niezgodne z prawem.

W opinii Zamawiającego wywody Odwołującego o taborze należącym do konkurentów nie pozwalają zakwestionować ekonomicznej i technicznej zasadności zawiązania Konsorcjum CTL ani tym bardziej nie dowodzą, że w postępowaniu miała miejsce znowa przetargowa. W odwołaniu nie przedstawiono dowodów, które kwestionowałyby prawdziwość twierdzeń Przystępującego zawartych w piśmie z 26 listopada 2015 r.

Zamawiający odniósł wrażenie, że odwołanie wniesione przez Wykonawców posiadających od 50 do 80% udziałów w rynku usług transportu kolejowego (w zależności od przyjętej metodologii), ma wyłącznie na celu wyeliminowanie z postępowania podmiotów, których udział w tym rynku jest nieproporcjonalnie mniejszy. Jeżeli zatem jakieś działanie mogło negatywnie wpłynąć na zachowanie uczciwej konkurencji, to właśnie byłoby nim odrzucenie jedynej oferty konkurencyjnej względem oferty Konsorcjum PKP.

14 grudnia 2015 r. do Prezesa Izby wpłynęło zgłoszenie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: CTL Logistics sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, DB Schenker Rail Polska S.A. z siedzibą w Zabrze, Rail Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Ponieważ powyższe przystąpienie zostało zgłoszone w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu (od przekazania kopii odwołania przez Zamawiającego) i wymogu przekazania jego kopii obu stronom, a także nie zgłoszono co do niego opozycji, Izba nie miała podstaw do stwierdzenia jego nieskuteczności.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp, nie zgłoszono również w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowisko, z tym zastrzeżeniem, że Odwołujący wycofał odwołanie w zakresie zarzutów z pkt 1 - 3 listy zarzutów. Wycofane zarzuty nie były przedmiotem rozstrzygnięcia Izby.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia i piśmie z 7 stycznia 2016 r., a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę. Jednocześnie objęte zarzutami odwołania naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp dotyczą wybranej oferty, a zatem mogą Odwołującego narażać na szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby liczyć na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz rozpoznając sprawę w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż nie znalazł potwierdzenie żaden z tych zarzutów.

{ad pkt 4 listy zarzutów – naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 8 i 11 pzp
w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. b rozporządzenia o dokumentach w zw. z art. 26 ust. 3 pzp}

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 8 i 11 pzp 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 mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego;
- wykonawców będących spółką jawną, spółką partnerską, spółką komandytową, spółką komandytowo-akcyjną lub osobą prawną, których odpowiednio wspólnika, partnera, członka zarządu, komplementariusza lub urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej — przez okres 1 roku od dnia uprawomocnienia się wyroku.

Z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. b rozporządzenia o dokumentach wynika, że jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast Dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 2 pkt 5 i 7 {czyli zamiast aktualnej informacji z

Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 oraz pkt 10 i 11 pzp – składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 10 i 11 ustawy pzp.

Na mocy § 7 ust. 4 rozporządzenia o dokumentach dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski. Tłumaczenie nie jest wymagane, jeżeli zamawiający wyraził zgodę, o której mowa w art. 9 ust. 3 ustawy pzp {czyli wyraził zgodę na złożenie oferty oraz innych dokumentów również w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym}.

Według treści art. 26 ust 3 pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, albo którzy złożyli takie dokumenty zawierające błędy, 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 nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Sprecyzowany w odwołaniu zarzut Izba uznała za oczywiście niezasadny z następujących powodów.

Zarzut sprowadza się do zakwestionowania wyłącznie tłumaczenia, a nie oryginału zaświadczenia departamentu policji w Kenilworth w Illinois. Nie jest zatem kwestowana sama możliwość wykazania takim dokumentem, że prezes zarządu Rail Polska sp. z o.o., który ma miejsce zamieszkania w tej miejscowości, jest niekarany za przestępstwa, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 i 11 pzp.

Skoro Odwołujący sam wskazuje na niedoskonałości tłumaczenia w stosunku do oryginału, pośrednio przyznaje w ten sposób, że jest w stanie odczytać treść oryginału i nie budzi ona jego zastrzeżeń.

Ze stanowiska Zamawiającego jednoznacznie wynika, że również był w stanie na podstawie porównania tłumaczenia z oryginałem dokumentu jednoznacznie stwierdzić, że została potwierdzona niekaralność urzędującego członka organu zarządzającego spółki w wymaganym w art. 24 ust. 1 pkt 8 i 11 pzp zakresie.

Dodatkowo Odwołujący pominął pierwsze zdanie zasadniczej treści tłumaczenia, który brzmi następująco: *...zostaliśmy poproszeni o dostarczenie dokumentacji o niekaralności dla osoby wymienionej powyżej.* Należy zgodzić się ze stanowiskiem

Przystępującego, że podnoszony przez Odwołującego dalszy fragment tłumaczenia nie może być rozpatrywany w oderwaniu od wcześniejszego fragmentu. Natomiast z całości rozpatrywanej łącznie wynika, że została potwierdzona niekaralność w każdym zakresie, w jakim to było w mocy wystawiającego zaświadczenie organu.

Skoro dla Odwołującego oczywiste jest, że w tłumaczeniu wskazano nieprawidłowo personalia osoby, która podpisała zaświadczenie w stosunku do oryginału dokumentu, a także nie wiadomo, jaki w związku z tym Odwołujący stawia zarzut, kwestia ta nie ma znaczenia, gdyż również ta niestaranność tłumaczenia nie wpływa na możliwość ustalenia stanu rzeczy potwierdzanego przez oryginał dokumentu.

Finalnie Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że w tych okolicznościach nie było konieczne wzywanie Konsorcjum CTL do uzupełnienia złożonego zaświadczenia o poprawione tłumaczenie w trybie art. 26 ust. 3 pzp, a takie żądanie ze strony Odwołującego jest wyrazem niczemu nie służącego nadmiernego formalizmu.

{ad pkt 5 i 7 listy zarzutów – naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp}

Odwołanie zawiera dwa zasadnicze zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum CTL, której złożenie miałoby stanowić czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Według art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) {dalej również: „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” lub „uznk”} czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jest to tzw. klauzula generalna, do której można się odwołać, jeżeli dane zachowanie nie wypełnia znamion żadnego ze stypizowanych w dalszych przepisach uznk czynów nieuczciwej konkurencji, które zbiorczo zostały wymienione w art. 3 ust. 2 uznk. Izba w pełni podziela zatem w tym zakresie wywody generalne zawarte w odwołaniu, które prezentują w tym zakresie dorobek doktryny i orzecznictwa, w tym Krajowej Izby Odwoławczej.

{ad pkt 5 listy zarzutów – naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk}

Konsorcjum CTL miałoby się dopuścić się czynu nieuczciwej konkurencji co prawda niestypizowanego, ale wypełniającego hipotezę klauzuli generalnej z art. 3 ust. 1 uznk, który miałby, po pierwsze, polegać na manipulowaniu cenami w ramach kryteriów oceny ofert w celu zwiększenia łącznej oceny punktowej.

Zaniżenie cen będących podstawą do wyliczenia średniej ceny wskaźnikowej, która stanowiła drugie kryterium oceny ofert (o wadze 8%) w części II zamówienia, prowadzące do uzyskania maksymalnej liczby punktów w tym kryterium, a w konsekwencji wyższej łącznej punktacji, miałoby być działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami. Naruszenie interesu Konsorcjum PKP Cargo miałoby przejawiać się w tym, że choć prawidłowo i rzetelnie wyceniło wszystkie koszty podlegające ocenie w ramach obu kryteriów oceny ofert, nie uzyskało zamówienia. Z kolei naruszenia interesu Zamawiającego Odwołujący upatruje w tym, że ostatecznie za realizację zamówienia Zamawiający będzie musiał zapłacić więcej, gdyż udział usług wycenianych w ramach drugiego kryterium oceny ofert jest niewielki, a decydujące znaczenie dla wysokości wynagrodzenia ma – oceniana w ramach pierwszego kryterium oceny ofert (o wadze 92%) – cena oferty brutto, którą Konsorcjum CTL zaoferowało wyższą niż Konsorcjum PKP.

Izba zważyła, że zaprezentowane w odwołaniu fakty co do wysokości cen wskazanych w obu ofertach i przyznanej na tej podstawie punktacji, choć bezsporne, w żaden sposób nie dowodzą zarzucanej manipulacji, a jedynie odzwierciedlają stan rzeczy wynikły z oceny złożonych ofert przez pryzmat kryteriów oceny określonych w specyfikacji, co trafnie skonstatował Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie.

Koronnym i jedynym „dowodem” zarzucanej manipulacji jest zestawienie cen jednostkowych ładunków w przedziale do 1000 Mg dla tych samych odległości zaoferowanych przez Konsorcjum CTL, które w części I zamówienia dla tzw. innych odbiorców są około dwukrotnie wyższe niż w części II zamówienia dla tzw. kierunków niezdefiniowanych, co ma prowadzić do wniosku, że te ostatnie zostały sztucznie zaniżone, gdyż – w przeciwieństwie do tych pierwszych – stanowiły podstawę do oceny w odrębnym kryterium oceny ofert.

Odwołujący czyni w ten sposób założenie, że zarówno w przypadku transportu węgla dla innych odbiorców, jak i dla kierunków niezdefiniowanych występuje tożsamość warunków realizacji usługi. W ocenie Izby Zamawiający i Przystępujący skutecznie wykazali, że w świetle tego, co wynika z postanowień s.i.w.z. nie jest ono adekwatne. Po pierwsze – inna jest liczba punktów odbioru węgla (stacji przeznaczenia) – 129 w części I przy 10 w części II, przy czym tylko owe 10 stacji przeznaczenia, związanych z zakładami Zamawiającego (elektrowniami Tauron Wytwarzanie lub elektrociepłowniami Tauron Ciepło), jest wspólna dla

obu części i skupiona na ograniczonym obszarze, natomiast pozostałe 119 stacji, związane z tzw. siecią dilerską Tauronu, jest rozproszone na terenie całego kraju. Po drugie – na tych 119 stacjach właściwych tylko dla części I zamówienia występują mniej korzystne warunki rozładunku, zarówno pod względem logistycznym (dokładnie niesprecyzowanymi w s.i.w.z., spodziewany relatywnie wolny rozładunek czerpakami, konieczność dzielenia przesyłki na mniejsze części, konieczność użycia w każdym pociągu i w każdej strefie odległości dodatkowej lokomotywy spalinowej), jak i kosztowym (konieczność ponoszenia dodatkowych kosztów infrastruktury nienależącej do Zamawiającego, a należącej np. do Cargotor sp. z o.o., podmiotu zależnego PKP Cargo). Po trzecie – odmienna przewidywana wielkość składów przyjmowanych przez odbiorców, która została podana wyłącznie dla II części zamówienia, przy braku jej sprecyzowania dla I części, w której dominują odbiorcy z wspomnianej sieci dilerskiej, co do których zasadne jest zakładanie występowania transportów obejmujących od kilku do kilkunastu wagonów, a nawet pojedyncze wagony.

Szczególnie ta ostatnia okoliczność jest istotna w kontekście uzasadnienia zarzutu zawartego w odwołaniu, gdyż według Odwołującego ustalenie przedziału wielkości ładunku do 1000 Mg oznacza możliwość zlecenia również przewozów tylko 1 tony 1 wagonem, których koszt jednostkowy (nawet przy ładunku 6-wagonowym) jest znaczenie wyższy niż przewozu kilkuset ton zwartym składem wielowagonowym. Odwołujący na takim założeniu oparł zakwestionowanie cen jednostkowych w tym przedziale jako sztucznie zaniżonych i nierealnych.

Jednakże umknęło uwadze Odwołującego, że w przeciwieństwie do części I, gdzie w ogóle nie sprecyzowano warunków technicznych dla tzw. innych odbiorców, opis przedmiotu zamówienia dla części II precyzuje warunki techniczne występujące u odbiorców Zamawiającego (czyli w poszczególnych elektrowniach i elektrociepłowniach), w tym co do liczby wagonów 4-osiowych w przyjmowanych składach (limitowanych pojemnością danej bocznicy), która nigdzie nie jest niższa niż 17 {7 kolumna tabel od 2 do 11 w lit. A oraz B pkt 2.2.2.2 s.i.w.z.}. Z kolei niesporne było, że 17 wagonów w praktyce przekłada się na ładunek o masie zbliżonej do górnej granicy określonego przedziału 1000 Mg. Ponadto Zamawiający oświadczył na rozprawie, a co nie zostało zaprzeczone przez Odwołującego, który dotychczas wykonywał zamówienie w tym zakresie, że w praktyce mniejsze składy występują sporadycznie – jeżeli jakiś wagon składu pociągu ulegnie awarii.

Tymczasem inni odbiorcy w części I zamówienia to rozproszone na terenie kraju punkty tzw. sieci dealerskiej, dla których podano jedynie wykaz 119 stacji przeznaczenia {załącznik nr 3 do wzoru umowy stanowiącego załącznik 9.1 do s.i.w.z.} oraz z góry zastrzeżono, że transport węgla będzie się odbywał w pojedynczych wagonach, grupach

wagonowych lub zwartych składach – wg indywidualnych zamówień tych odbiorców {patrz § 4 ust. 1 ppkt 1 lit. b załącznika 9.1 do s.i.w.z.}. Jest to spójne ze sposobem określenia wielkości ładunków dla innych odbiorców, którą odrębnie podano dla każdej odległości odrębnie, przy czym dla wielu z nich nawet łączna masa ładunku do przewiezienia jest znacznie niższa niż 1000 {2 kolumna tabeli 2 załącznika nr 1.2 do formularza oferty}.

Natomiast kierunki niezdefiniowane z części II zamówienia przewidziane zostały na wypadek konieczności poszerzenia kierunków dostaw węgla dla elektrowni i elektrociepłowni Zamawiającego o inne źródła niż kopalnie wprost wskazane {w tabeli 1 i 3 załącznika nr 1.1 do formularza oferty}, w tym o kierunki trudne do określenia przy zawarciu umowy, co może również oznaczać transport z portów morskich lub od granicy państwowej {patrz § 1 ust. 2 załącznika nr 9.2 do s.i.w.z. oraz § 1 ust. 3 załącznika nr 9.3 do s.i.w.z.}. Stąd dla kierunków niezdefiniowanych części II zamówienia dokonano jedynie podziału na 4 przedziały wielkości ładunków, nie określając choćby szacunkowo ile przypadnie na poszczególne przedziały wielkości, a zatem zupełnie odmiennie niż w części I dla innych odbiorców. Przy czym określenie najniższego z nich jako „do 1000 Mg włącznie” należy odczytywać w kontekście sprecyzowanej wielkości składów przyjmowanych przez poszczególnych odbiorców, a także biorąc pod uwagę, że są nimi elektrownie i elektrociepłownie Zamawiającego pracujące w ruchu ciągłym i wymagające zapewnienia niezakłóconej ciągłości dostaw, co wiąże się z koniecznością optymalizacji ich logistyki.

Biorąc pod uwagę powyższe informacje zawarte w s.i.w.z. uprawnione było zatem przyjęcie założenia, że również w tym przedziale co do zasady zlecane będą przewozy ładunków odpowiadające pojemności bocznic poszczególnych odbiorców. A w każdym razie Przystępujący mógł racjonalnie przyjąć na podstawie informacji zawartych w s.i.w.z. takie założenia, jak opisane powyżej, i odmiennie wycenić transport dla innych odbiorców części I zamówienia niż dla kierunków niezdefiniowanych części II zamówienia, nawet dla formalnie tych samych przedziałów wielkości i stref odległości. Z punktu widzenia oceny zachowań Konsorcjum CTL nie bez znaczenia jest również podnoszona przez Przystępującego okoliczność, że specyfika przewozów do elektrowni i elektrociepłowni Zamawiającego jest mu znana z uwagi na posiadane doświadczenie, w przeciwieństwie do specyfiki przewozów do innych odbiorców z części I, którą na przestrzeni ostatnich kilku lat wykonywało PKP Cargo, co mogło mieć również wpływ na odmiennie skalkulowanie stawek w obu częściach.

Natomiast wywodzenie manipulacji wyłącznie na podstawie wyrwanego z kontekstu zestawienia stawek dla dwóch oddzielnych części zamówienia ma charakter spekulatywny i nie uwzględnia odmiennej specyfiki tych zadań oraz uwarunkowań, którymi dodatkowo mogło kierować się Konsorcjum CTL.

Z kolei podnoszona w odwołaniu okoliczność dodatkowego uwzględnienia w części II kosztu obsługi bocznic Tauron Ciepło, jak wynika z porównania cen zawartych w tabeli 4 w stosunku do tabeli 2 (Tauron Wytwarzanie) formularza cenowego Konsorcjum CTL została uwzględniona, gdyż w tym pierwszym przypadku przyjęte stawki dla tych samych przedziałów wagowych i odległości są wyższe, co umknęło uwadze Odwołującego.

Niezależenie od powyższego w ocenie Izby nieadekwatne, bo co najmniej stanowiące nieuprawnione uproszczenie, jest twierdzenie Odwołującego, że w części I ceny dla innych odbiorców nie były oceniane w kryterium oceny ofert, w przeciwieństwie do cen określonych dla kierunków niezdefiniowanych części II.

W części I jedyne kryterium najniższej ceny oferty brutto odnosi się do ceny oferty będącej sumą wartości usług dla odbiorców zdefiniowanych (tabela 1 formularza cenowego z załącznika 1.1 do formularza oferty) i innych odbiorców (tabela 2 formularza cenowego z załącznika 1.1 do formularza oferty), przy czym w obu przypadkach wycenie podlegały sprecyzowane tam ilości (tabela 1 – łącznie 7 mln Mg, tabela 2 – łącznie 1,5 mln Mg), czyli udział przewozów dla innych odbiorców w ogólnej ilości objętej częścią I wynosi niespełna 18% . Jednakże z uwagi na specyfikę innych odbiorców udział wartościowy tych przewozów w cenach obu ofert jest znacznie wyższy i wynosi odpowiednio: Konsorcjum PKP – blisko 32%, Konsorcjum CTL – ponad 37%. I w takim właśnie zakresie wycena dla innych odbiorców składała się na cenę oferty, która była oceniana w ramach kryterium najniższej ceny oferty.

Z kolei w części II pierwsze kryterium najniższej ceny oferty brutto odnosi się wyłącznie do łącznej wyceny ilości podanych dla kierunków zdefiniowanych (tabele 1 i 3 formularza cenowego z załącznika 1.2 do formularza oferty – łącznie 5,39 mln Mg), co nie stanowi łącznej ceny oferty, gdyż wycena kierunków niezdefiniowanych (tabele 2 i 4 formularza cenowego z załącznika 1.2 do formularza oferty – bez sprecyzowania ilości) jest przedmiotem oceny w drugim kryterium {por. pkt 4.5.1 s.i.w.z. zawierający opis kryteriów oceny ofert}.

Tym samym bałamutne są twierdzenia Odwołującego, że nie uzyskał zamówienia w części II, pomimo że cena jego oferty była niższa, gdyż była taka wyłącznie w odniesieniu do kierunków zdefiniowanych, natomiast dla kierunków niezdefiniowanych, a także łącznie – niższa była cena oferty Przystępującego. Przy braku kwestionowania założeń, które legły u podstaw przyjętych kryteriów oceny ofert, czyli oszacowania na podstawie danych historycznych udziału transportu na kierunkach niezdefiniowanych w całości, niezrozumiałe jest spekulowanie przez Odwołującego, że w razie wyboru oferty Konsorcjum CTL realizacja zamówienia okaże się droższa. Warto zauważyć, że równie dobrze można spekulować,

że w razie faktycznego wzrostu udziału transportu na kierunkach niezdefiniowanych wybrana przez Zamawiającego oferta będzie dla niego jeszcze korzystniejsza, a oferta Konsorcjum PKP okazałaby się jeszcze mniej korzystna, niż to wynikało z jej oceny w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert. W ten sposób nie sposób stwierdzić, że oferta złożona przez Konsorcjum CTL jest działaniem na niekorzyść Zamawiającego.

Odwołujący nie przedstawił przy tym żadnych dowodów, które świadczyłyby o tym, że ceny zaoferowane przez Konsorcjum CTL w zadaniu II za przewozy na kierunkach niezdefiniowanych są nierealne, gdyż ograniczył się do wspomnianego zestawienia ich z cenami za przewozy do innych odbiorców w zadaniu I, podsumowując je stwierdzeniem, że te pierwsze są rażąco niższe od tych drugich. Z uwagi na powyżej opisaną odmienną specyfikę obu części zamówienia, trudno uznać je za adekwatne.

Ponieważ Odwołujący nie wskazał żadnych innych okoliczności, a tym bardziej dowodów, nie ma podstaw, aby stwierdzić, że Konsorcjum CTL dopuściło się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami przez dokonaną wycenę dla kierunków niezdefiniowanych w części II zamówienia. Warto przy tym dodać, że Odwołujący nawet nie zadał sobie trudu sprecyzowania, jakie dobre obyczaje miałyby zostać w tym przypadku naruszone. Z kolei naruszenie interesu Konsorcjum PKP sprowadza się do tego, że w zadaniu II korzystniejsza, choć nieznacznie, okazała się jednak oferta konkurenta.

Zdaniem Izby w tej sprawie Odwołujący w nieuzasadniony sposób usiłował wpasować branie pod uwagę przy kalkulacji oferty kryteriów oceny ofert przyjętych w s.i.w.z. przez Zamawiającego, co jest zjawiskiem normalnym, pod zarzut manipulacji cenami w świetle kryteriów oceny ofert, który w praktyce orzeczniczej Izby orzekany jest w zupełnie odmiennych okolicznościach, w których jednoznacznie można stwierdzić, że doszło do w tym zakresie do nadużycia, a sposób wyceny oferty pozostaje w pełnym oderwaniu od jej przedmiotu. Warto zauważyć, że Odwołujący, pomimo obszerności odwołania i szerokiego odwoływania się do dorobku doktryny i orzecznictwa, nie przywołał żadnej sprawy, w której przy zbliżonych okolicznościach faktycznych została stwierdzona przez Izbę zasadność takiego zarzutu.

Reasumując, Odwołujący nie wykazał żadnej z przesłanek klauzuli generalnej z art. 3. ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a tym samym za bezpodstawny należy uznać zarzut, że złożenie przez Konsorcjum CTL oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na manipulacji cenami. Zaznaczyć przy tym należy, że to na Odwołującym spoczywał ciężar udowodnienia spełnienia tych przesłanek, zgodnie z ogólnym rozkładem ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym, który wynika z art. 190 ust. 1 pzp, a która jest odzwierciedleniem w tym postępowaniu reguły wynikającej z art. 6

kodeksu cywilnego, według której ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne.

{ad pkt 6 listy zarzutów – naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp}

W konsekwencji za niezasadny należy uznać również zarzut, że Konsorcjum CTL złożyło ofertę zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż został on oparty na tych samych okolicznościach faktycznych, co zarzut nieuczciwej manipulacji cenami.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U, Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Na tle poprzedniego brzmienia art. 90 ust. 1 pzp {*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*} w orzecznictwie i doktrynie wskazywano na zasadność wszczęcia procedury wyjaśniającej cenę oferty jeżeli odbiega ona o 10% od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20% od wartości szacunkowej zamówienia.

Dostrzegano jednocześnie że są to generalne i niewiążące wskazania, wprost niewynikające z art. 90 ust. 1 pzp ani innych przepisów dotyczących zamówień publicznych, które nie muszą być adekwatne w okolicznościach każdego konkretnego przypadku. W szczególności w wyroku z 28 kwietnia 2011 r. (sygn. akt 814/11) Izba zauważyła, że: *Ustalenie jakichkolwiek sztywnych wskaźników nie jest {na gruncie art. 90 ust. 1 pzp} możliwe i dopuszczalne (...) Brak wskazania przez ustawodawcę tychże wskaźników ma chronić przed wszelkim automatyzmem i bezrefleksyjnym („na wszelki wypadek”, czy „z*

ostrożności) wdrażaniem postępowania wyjaśniającego w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Analogiczne stanowisko pojawiło się również w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu wyroku z 14 czerwca 2010 r. (sygn. akt XIX Ga 230/10) Sąd Okręgowy w Katowicach stwierdził, co następuje: *Przepis art. 90 ust. 1 Pzp upoważnia zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej, jeżeli poweźmie uzasadnione wątpliwości dotyczące ceny oferty. Przyjęcie zatem wyłącznie arytmetycznego kryterium i automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie jest niedopuszczalne. Zainicjowanie procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 Pzp pozostawione zostało zamawiającemu. Podkreślić należy, iż wymieniony przepis nie nakłada żadnych warunków, kiedy to postępowanie należy wdrożyć. Zamawiający zatem nie ma obowiązku wdrożenia postępowania sprawdzającego w każdym przypadku. Nie można podzielić zarzutów skargi, że obowiązek wykazania, iż cena oferty jest rażąco zaniżona nałożony jest na zamawiającego co wynika z art. 90 ustawy Pzp. (...) Jeżeli zamawiający nie poweźmie wątpliwości co do tego czy cena oferty jest rażąco zaniżona to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe w tym art. 6 k.c., zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Przy czym wspomniany wyrok zapadł na tle stanu faktycznego, w którym wszystkie złożone oferty zawierały ceny niższe od oszacowania dokonanego przez zamawiającego, jednocześnie cena najtańszej oferty odbiegała od pozostałych dwóch ofert nie więcej niż o 16%. Było to podstawą do uznania, że ceny usług na rynku przewozowym uległy obniżeniu w stosunku do oszacowania dokonanego przez zamawiającego, a różnice pomiędzy cenami złożonych ofert nie uzasadniają powstania wątpliwości co do rażącego zniżenia ceny w wybranej ofercie.*

W aktualnym stanie prawnym zmieniło się jedynie tyle, że wprowadzono sztywne kryteria 30% różnicy w stosunku do oszacowania wartości zamówienia przez zamawiającego {co należy rozumieć w tym przypadku jako wartość uwzględniającą kwotę podatku od towarów i usług} lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert – wystąpienie jednego z nich zostało podane jako przykład sytuacji, w której cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i ma wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez niego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, co obliguje do wezwania wykonawcy do wyjaśnień.

W przedmiotowym postępowaniu wartość części II zamówienia została przez Zamawiającego oszacowana na 84.718.010,00 zł (65.167.700,00 zł powiększone o 30% opcjonalnego zwiększenia wartości zamówienia), a bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie tej części zamówienia kwotę

80.156.271,00 zł (co stanowi 65.167.700 zł powiększone o kwotę VAT wg stawki 23%, czyli nie uwzględnia opcjonalnego zakresu zamówienia).

Ilość przewożonego węgla w części II zamówienia została określona łącznie na 5.390.000 Mg (z opcją +/- 30%) (§2 ust. 1 i 2 wzorów umów stanowiących załączniki nr 9.2 i 9.3 do s.i.w.z., co znalazło odzwierciedlenie również w tabelach załączników do umowy oraz formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 1.2 do formularza oferty}, przy czym jest to suma ilości od poszczególnych kopalń nadawców zdefiniowanych {wyszczególnionych w załącznikach nr 1 i 2a do tych wzorów umów}. W przeliczeniu daje to średnio 12,09 zł/Mg (14,87 zł/Mg brutto).

Zamawiający nie podał w s.i.w.z. szacowanej wielkości przewozów na kierunkach niezdefiniowanych. Ewentualne poszerzenie kierunków dostaw o kierunki niezdefiniowane ma się mieścić – jak to określono – w ramach tolerancji ilościowej dla przewozów węgla przewidzianych w Umowie {patrz § 1 ust. 2 załącznika nr 9.2 do s.i.w.z. oraz § 1 ust. 3 załącznika nr 9.2 do s.i.w.z.}, czyli musi się zmieścić w ramach opcji +/- 30% od powyżej wskazanej ilości.

Wg kryteriów oceny ofert wycena dostaw z kierunków zdefiniowanych ma wagę 92%, zaś według oświadczenia Zamawiającego 8% waga kryterium dotyczącego wyceny kierunków niezdefiniowanych została ustalona na podstawie ich rzeczywistego udziału w całości przewozów wykonanych w 2014 r. Zamawiający nie wyjaśnił, czy miał na myśli udział ilościowy czy wartościowy, które – podobnie jak w przypadku części I zamówienia – mogą odmiennie się kształtować (należy się spodziewać, że przewozy na kierunkach niezdefiniowanych będą średnio droższe niż dla kierunków zdefiniowanych).

Z przełożenia wagi kryteriów na oszacowanie wynika, że wartość zamówienia (odpowiednio kwota przeznaczona na sfinansowanie) dla kierunków zdefiniowanych wynosi 59.954.284,00 zł (odpowiednio 73.743.769,32 zł brutto), a dla kierunków niezdefiniowanych – 5.213.416,00 zł (odpowiednio 6.412.501,68 zł brutto). Z uwagi na brak

Konsorcjum CTL zaoferowało przewiezienie 5.390.000 Mg na kierunkach zdefiniowanych za 77.626.530,00 zł, co daje średnio 14,40 zł/Mg {zastrzec jednak należy, że jest to tylko przeliczenie z tych łącznych wielkości, gdyż dla każdej zdefiniowanej relacji przewozowej należało podać odrębnie stawkę jednostkową}. Jednocześnie średnia wskaźnikowa cena brutto dla kierunków niezdefiniowanych została określona na średnio 23,73 zł/Mg netto (tabela 2 – Tauron Wytwarzanie) i 29,46 zł/Mg netto (tabela 4 – Tauron Ciepło) {ich suma po powiększeniu o kwotę podatku VAT wynosząca 64,42 zł/Mg podlega ocenie według przyjętego kryterium oceny ofert}. Oznacza to, że przewóz na kierunkach niezdefiniowanych będzie średnio o tyle droższy niż na kierunkach zdefiniowanych.

Z kolei Konsorcjum PKP zaoferowało przewiezienie 5.390.000 Mg na kierunkach zdefiniowanych za 76.735.026,00 zł, co daje średnio 14,24 zł/Mg {przy zastrzeżeniu jak wyżej}. Jednocześnie średnia wskaźnikowa cena brutto dla kierunków niezdefiniowanych została określona na średnio 33,90 zł/Mg (tabela 2 – Tauron Wytwarzanie) i 37,35 zł/Mg (tabela 4 – Tauron Ciepło) {ich suma po powiększeniu o kwotę podatku VAT wynosząca 87,64 zł/Mg podlega ocenie według przyjętego kryterium oceny ofert}. Oznacza to, że przewóz na kierunkach niezdefiniowanych będzie średnio o tyle droższy niż na kierunkach zdefiniowanych.

Jak widać z powyższych danych, w rozstrzyganej sprawie nie zachodzi żadne z przywołanych powyżej kryteriów. Oczywiście jest, że według aktualnego brzmienia art. 90 ust. 1 pzp cena oferty złożonej przez Konsorcjum CTL nie wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie musiała budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w s.i.w.z. Również według zastrzonych kryteriów przyjmowanych dotychczas w doktrynie i orzecznictwie nie ma podstaw do powstania takich wątpliwości – łączna cena oferty Konsorcjum CTL odbiega nieznacznie od ceny oferty Konsorcjum PKP, nawet po uwzględnieniu wyceny kierunków niezdefiniowanych. Jednocześnie obie ceny ofert są zbliżone do kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na część II zamówienia, a biorąc pod uwagę wycenę kierunków niezdefiniowanych, która w przypadku obu Wykonawców faktycznie podwyższa cenę oferty – nawet ją przewyższają.

Zarówno ustawa pzp, jak również prawo unijne nie definiują pojęcia „rażąco niskiej ceny”. Zgodnie z orzecznictwem sądów powszechnych 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 publiczne {wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08}. Pogląd taki prezentuje również Krajowa Izba Odwoławcza w szeregu orzeczeń dotyczących rażąco niskiej ceny. W okolicznościach rozstrzyganej sprawy nie zachodzi wątpliwość co do możliwości zrealizowania przedmiotowego zamówienia za cenę określoną w ofercie Konsorcjum CTL.

Trudno oczekiwać, aby Zamawiający powziął takie wątpliwości co do stawek zaoferowanych przez Konsorcjum CTL w części II dla kierunków niezdefiniowanych, skoro są one na zbliżonym poziomie do stawek, za które dotychczas CTL samodzielnie realizowało przewozy na takich kierunkach dla Tauronu Ciepło {co obrazuje tabelaryczne zestawienie załączone do odpowiedzi na odwołanie – tabela oznaczona nr 4}. Jednocześnie stawki zaoferowane przez Konsorcjum PKP w tym postępowaniu na tych kierunkach są wyższe niż

te, za które PKP Cargo samodzielnie dotychczas realizowało przewozy dla Tauronu Wytwarzanie {co obrazuje tabelaryczne zestawienie załączone do odpowiedzi na odwołanie – tabela oznaczona nr 2}.

Zgodnie z ugruntowaną linią orzecznictwa istotne jest to, że przy ocenie, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną należy brać pod uwagę cenę całkowitą oferty, a nie ceny za poszczególne elementy oferty, chyba że okoliczności dotyczące postępowania wskazują na szczególne znaczenie cen jednostkowych. Jest tak w szczególności, gdyby przedmiotem zamówienia obejmuje agregację szeregu odrębnych i niezależnych od siebie usług (czynności), co do których nie ma pewności, czy i w jakiej skali wystąpią na etapie realizacji zamówienia (np. świadczenie usług zimowego lub letniego oczyszczania ulic czy usług utrzymania zieleni). Stąd szczególne znaczenie cen jednostkowych dla poszczególnych czynności, które mogą być badane pod kątem rażąco niskiej ceny.

W tym postępowaniu część II zamówienia obejmuje niepodzielenie przewóz określonej ilości ładunków, którego niewielka część – jak sam podkreślał Odwołujący – będzie przewożona z kierunków niezdefiniowanych. Wobec tego niższe stawki za przewozy na tych kierunkach nie przekładają się na możliwość stwierdzenia, że zaoferowana cena jest rażąco zaniżona w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący musi zdawać sobie z tego sprawę. Po pierwsze – *de facto* nie twierdził, że cena oferty Konsorcjum CTL jest rażąco zaniżona w stosunku do całości usług objętych przedmiotem zamówienia. Po drugie – skupiając się wyłącznie na niektórych cenach jednostkowych za przewozy na kierunkach niezdefiniowanych, nie sformułował zarzutu, że powinno być to podstawą do wezwania w trybie art. 90 ust. 1 pzp.

Jednakże brak takiego zarzutu powoduje, że Odwołujący nie może skutecznie domagać się odrzucenia oferty Konsorcjum CTL z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, zarówno krajowym, jak i europejskim, wymaga to uprzedniego umożliwienia złożenia wyjaśnień wykonawcy, co do którego oferty zachodzi podejrzenie, że zawiera rażąco niską cenę.

Jednocześnie przy takim sformułowaniu zarzutu, to na Odwołującym spoczywał ciężar udowodnienia spełnienia tych przesłanek, zgodnie z ogólnym rozkładem ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym, który wynika z art. 190 ust. 1 pzp, gdyż w ocenie Izby nie znajdzie w tym przypadku zastosowanie szczególny rozkład ciężaru dowodu, o którym mowa w art. 190 ust. 1a pzp, którego nie można rozpatrywać w oderwaniu od art. 90 ust. 2 pzp.

{ad pkt 7 listy zarzutów – naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp

w zw. z art. 3 ust. 1 uznk oraz z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik}

Według Odwołującego drugim odrębnym powodem do odrzucenia oferty Konsorcjum CTL na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp jest popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu klauzuli generalnej art. 3 ust. 1 uznk, polegającego na tym, że zawiązanie tego konsorcjum stanowi przejaw uzgadniania przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny, czyli zakazanego na mocy art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik porozumienia, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym.

Artykuł 6 ust. 1 uokik stanowi, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Z przywołanego przepisu wynika, że dla ustalenia, czy przedsiębiorca naruszył zakaz zawierania antykonkurencyjnych porozumień, konieczne jest kumulatywne wykazanie: po pierwsze – faktu zawarcia pomiędzy przedsiębiorcami porozumienia, po drugie – którego celem lub skutkiem było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym (po trzecie – braku wystąpienia przesłanek wyłączających spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, o których mowa w art. 7 i 8 uokik).

Zaznaczyć przy tym należy, że w tej sprawie na Odwołującym spoczywał ciężar udowodnienia zaistnienia dwóch pierwszych wyszczególnionych powyżej przesłanek, zgodnie z ogólnym rozkładem ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym, który wynika z art. 190 ust. 1 pzp. Skoro Zamawiający nie stwierdził podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum CTL jako stanowiącej przejaw zmowy przetargowej, Odwołujący, który chciał wywieść taki skutek, miał obowiązek wykazania, że istnieją ku temu podstawy. Z tego względu za bezskuteczne należało uznać podejmowane przez Odwołującego próby przerzucenia na Przystępującego ciężaru dowodu wykazania zasadności zawiązania Konsorcjum CTL w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegające na podnoszeniu, że udzielone uprzednio Zamawiającemu lub w piśmie procesowym wyjaśnienia nie są wystarczające. Skoro Zamawiający uznał je za wystarczające dla usunięcia wątpliwości wywołanych przez Konsorcjum PKP, na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania, że zawiązanie Konsorcjum CTL stanowi zakazane porozumienie o charakterze antykonkurencyjnym.

W przypadku konsorcjum zawiązanego na potrzeby ubiegania się o udzielenie zamówienia oczywiste jest, że jego uczestnicy uzgadniają ze sobą warunki składanej oferty, stąd okoliczność składająca się na pierwszą z powyżej wyszczególnionych przesłanek

w ogóle nie wymaga dowodzenia. W przeciwieństwie do typowych zmów przetargowych, gdzie wykazanie faktu uzgadniania warunków składanych oddzielnie ofert przez odrębnie występujących wykonawców stanowi zasadniczy problem dowodowy (pomimo że zgodnie z definicją porozumienia z art. 4 pkt 5 uokik są to nie tylko umowy zawierane między przedsiębiorcami, ale wszelkie uzgodnienia w tym zakresie, dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców).

Skoro samo zawarcie porozumienia ukierunkowanego na ograniczenie konkurencji jest zakazane, w razie wykazania takiego celu nie ma konieczności badania skutków takiego porozumienia. W przypadku typowych zmów przetargowych może stanowić to istotne ułatwienie przy wykazywaniu zaistnienia drugiej z powyżej wyszczególnionych przesłanek. Odmiennie przedstawia się sytuacja w przypadku konsorcjum występującym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ponieważ wspólne występowanie wykonawców w takim postępowaniu wprost znajduje oparcie w art. 23 ustawy pzp (*Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia*), samo złożenie wspólnej oferty w ramach konsorcjum nie może być kwalifikowane jako antykonkurencyjne.

Sąd Okręgowy w Warszawie (działający w charakterze sądu ochrony konkurencji i konsumentów, w skrócie: „SOKiK”) w uzasadnieniu wyroku z 10 marca 2015 r.(sygn. akt XVII Ama 73/13; Lex nr 1711479) wyraził wręcz stanowisko, że jako zakazane w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik można uznać jedynie te porozumienia, które zawierane są przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu osobno. Natomiast co do zasady naruszeniem zakazu porozumień nie będzie działalność konsorcjów przetargowych, tworzonych w celu wspólnego przedłożenia ofert. Zdaniem SOKiK warunkiem dopuszczalności konsorcjum jest to, aby uczestnicy konsorcjum wystąpili z jedną wspólną ofertą, a nie tylko uzgodnili warunki własnych ofert.

Warto zauważyć, że powyższy wyrok zapadł w sprawie odwołania od decyzji Prezesa UOKiK z 31 grudnia 2012 r. nr RLU-38/2012, w której uznał on, że utworzenie konsorcjum na potrzeby przetargu na odbiór i transport odpadów komunalnych w Białymstoku przez dwóch największych przedsiębiorców prowadzących działalność na obszarze tego miasta, stanowiło zakazane porozumienie konkurencyjne. Z kolei jest to przykład antykonkurencyjnego konsorcjum przetargowego wskazany w przywołanej w odwołaniu publikacji UOKiK {*Zmowy przetargowe*, wydanie drugie zaktualizowane, Warszawa 2013}.

Powyższy wyrok spotkał się generalnie z aprobatą doktryny {zob. głosę autorstwa M. Sieradzkiej}, która krytycznie odnosi się do praktyki decyzyjnej organu antymonopolowego uznawania konsorcjum przetargowego za ograniczające konkurencję już w sytuacji gdy przedsiębiorcy wchodzący w jego skład mogą samodzielnie wykonać zamówienie publiczne

{szerzej na ten temat zob. M. Sieradzka, *Zmowy przetargowe w świetle zamówień publicznych oraz prawa konkurencji*, Warszawa 2015}. Podkreśla się bowiem, że niedopuszczalne jest automatyczne kwalifikowanie złożenia wspólnej oferty w ramach konsorcjum jako zakazanego porozumienia przetargowego, nawet w sytuacji gdy konsorcjanci samodzielnie spełniają warunki udziału w postępowaniu lub mogą samodzielnie wykonać zamówienie. Wskazuje się, że taki pogląd stałby w sprzeczności z *ratio legis* art. 23 pzp, który nie wprowadza żadnych ograniczeń w udziale konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Celem regulacji z art. 23 ust. 1 pzp jest umożliwienie zarówno uzyskania zamówienia wykonawcom, którzy z różnych przyczyn nie są zdolni do samodzielnego wykonania samodzielnie, jak i wykonania zamówienia przez wykonawców zdolnych do jego uzyskania i samodzielnego wykonania, jeżeli samodzielne wykonanie zamówienia byłoby ekonomicznie nieuzasadnione.

Tymczasem takie uproszczone założenie, wywiedzione z wybranego fragmentu wspomnianej publikacji UOKiK (mającej charakter wyłącznie informacyjno-popularyzatorski) legło u podstaw zarzutu sformułowanego w tej sprawie. Odwołujący co prawda na wstępie zastrzegł, że ustalenie, czy poszczególni Wykonawcy są w stanie samodzielnie dostarczyć zamawiane usługi, stanowi punkt wyjścia dla prawnej oceny Konsorcjum CTL, jednak w dalszych wywodach, pomimo ich obszerności, *de facto* na nim poprzestał. Ponieważ Odwołujący nie przeprowadził żadnej analizy ekonomicznej opłacalności złożenia oddzielnych ofert w porównaniu do oferty złożonej wspólnie, już z tego względu zarzut zawarty w odwołaniu należy uznać za niezasadny, gdyż nie zostało wykazane, że złożenie przez Konsorcjum CTL oferty nie ma w tym postępowaniu ekonomicznego uzasadnienia.

Warto zauważyć, że wątek ten pojawił się w wyjaśnieniach Konsorcjum CTL złożonych Zamawiającemu (pismo z 26 listopada 2016 r.), *de facto* w odpowiedzi na pismo Konsorcjum PKP, które już wtedy domagało się stwierdzenia zmowy przetargowej. Odwołanie zawiera polemikę z tymi wyjaśnieniami, ale zasadniczo nie w aspekcie ekonomicznego uzasadnienia złożenia wspólnej oferty. Nie zostało zatem zakwestionowane, że obsługa potencjalnie 240 relacji przewozowych dostaw dla tzw. innych odbiorców wymaga siatki połączeń, której obsługa dzięki nałożeniu połączeń obsługiwanych przez poszczególnych wykonawców jest mniej kosztowna niż budowanie takiej sieci przez każdego z nich odrębnie.

Z kolei nie zostało dowiedzione przez Odwołującego twierdzenie (skądinąd enigmatyczne), jakoby w odniesieniu do lokomotyw spalinowych koszty ich wynajęcia w porównaniu do kosztów eksploatacji własnych *nie stanowią bariery do stworzenia konkurencyjnej oferty*. Odwołujący poprzestał na załączeniu przykładowych ofert dzierżawy

lokomotyw, nie prezentując żadnych konkretnych faktów, ani dowodów na wysokość kosztów własnych.

Przede wszystkim Odwołujący przemilczał również wskazane w wyjaśnieniach fakty odnośnie zajmowanej przez siebie pozycji, to jest że biorąc pod uwagę statystyki Urzędu Transportu Kolejowego za okres od stycznia do września 2015 r., udziały PKP Cargo w rynku przewozów towarowych w Polsce wynoszą: odnośnie pracy przewozowej – przekraczają 50% (podczas gdy udział członków Konsorcjum CTL łącznie wyniósł 13,52%), odnośnie przewiezionej masy – wynoszą 47,61% (udział członków Konsorcjum CTL łącznie wyniósł 24,58%). W wyjaśnieniach wskazano również, że zasadniczo zachowały zacytowane tam ustalenia raportu UOKiK, że grupa PKP, niezależnie od sposobu jego obliczania (a więc również z uwagi osiągnięte przychody), ma udziały w rynku transportu towarów kolejną w wysokości wskazującej na możliwość istnienia pozycji dominującej, a w każdym razie pozycja grupy PKP jako największego podmiotu na rynku powinna zostać uznana za bardzo silną. Pozycja, którą zajmują przedsiębiorcy w kontekście zмовы przetargowej nie jest bez znaczenia, o czym świadczy fakt, że dominująca pozycja członków konsorcjum na rynku lokalnym była istotnym elementem stanu faktycznego, w którym Prezes UOKiK w powyżej przywołanym przykładzie stwierdził zмовę przetargową.

Odwołujący abstrahuje również od faktu, że wygrał to postępowanie (na przewóz węgla w latach 2016 - 2017) w zakresie I części zamówienia, obejmującej przewóz łącznie 8.500.000 Mg (+/- 30%) węgla, a więc uzyskał większą część zamówienia niż Konsorcjum CTL, gdyż II część zamówienia obejmuje przewóz łącznie 5.390.000 Mg (+/- 30%) węgla. Nawet zatem w skali tego zamówienia zachował przewagę nad konkurentami, którzy połączyli swe siły. Jednocześnie może to wskazywać pośrednio, że dzięki temu byli w stanie przynajmniej w jednej części zamówienia skutecznie konkurować z grupą PKP.

Natomiast w zaprezentowanej w odwołaniu – jak to określono – historycznej analizie aktywności konsorcjantów na rynku Odwołujący pomija fakt, że w tym postępowaniu Konsorcjum CTL ubiegało się o udzielenie zamówienia w obu częściach, czyli w przeliczeniu na rok zamierzało się podjąć przewozy 6,95 Mg węgla. W połączeniu z faktami podanymi w odwołaniu odnośnie poprzedniego postępowania na przewozy węgla w latach 2012 - 2014 dla Tauronu (gdzie już Odwołujący skrzętnie uwzględnił wszystkie części, o które ubiegali się poszczególni wykonawcy), okazuje się zatem, że ani DB Schenker, ani CTL samodzielnie podejmowali się przewozy rocznie takiej masy węgla. Błędny jest zatem wysnuty przez Odwołującego wniosek, że w poprzednim przetargu organizowanym przez Tauron DB Schenker i CTL składali samodzielnie oferty na przewiezienie większej masy niż w obecnym przetargu, w którym występują wspólnie, gdyż przedstawione przez samego Odwołującego

liczby temu przeczą.

Dodać należy, że odwołanie, choć formułuje określone wnioski, zawiera jedynie zaczątek zapowiedzianej historycznej analizy aktywności Wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum CTL, a Odwołujący na rozprawie wycofał koronny dowód w postaci tabelarycznego zestawienia, która miała obejmować wiele czy nawet wszystkie postępowania na przestrzeni ostatnich lat. Natomiast Przystępujący w toku rozprawy dowiódł, że również przez 2015 r. zdarzało się, że CTL i DB Schenker wspólnie występowali w postępowaniach obejmujących przewóz węgla (np. w prowadzonym w 2010 r. przez poprzednika prawnego Zamawiającego, Południowy Koncern Energetyczny S.A., przetargu na przewozy w latach 2011 - 2012), a nawet następnie wykonywali zamówienia w postępowaniach na przewóz węgla, np. na rzecz PGE Górnictwo i Energia Konwencjonalna S.A. – Oddział Zespół Elektrowni Dolna Odra {umowa w sprawie zamówienia publicznego z 21 lutego 2011 r., umowa konsorcjum z 13 grudnia 2010 r.}, czy na rzecz podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej Azoty (na podstawie umów z 2 lutego 2012 r. i 18 stycznia 2013 r.).

Z kolei obszerne wywody odwołania poświęcone potencjałowi technicznemu w zakresie lokomotyw i wagonów, choć tym razem uwzględniające fakt ubiegania się przez Konsorcjum CTL o obie części zamówienia, nie mogą zostać uznane za wykazanie, że aktualnie CTL lub DB Schenker dysponowali w tym zakresie samodzielnie odpowiednim potencjałem. Odwołujący kwestionuje wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum CTL jako nieprezentujące konkretnych danych odnośnie posiadanego potencjału przewozowego, jednak sam również ich nie prezentuje. Powołanie się na informacje zamieszczone w Wikipedii odnośnie liczby lokomotyw i wagonów posiadanych przez DB Schenker i CTL, ogólne informacje o potencjale grupy kapitałowej DB Bahn, fakt otwarcia unijnego rynku przewozu towarowych, wybiórcze doniesienia medialne na temat posunięć DB Schenker w zakresie lokomotyw lub wagonów, nie pozwalają na jednoznaczne stwierdzenie, jakim konkretnie potencjałem i na jaki moment dysponował każdy z tych podmiotów. Odwołujący nie dysponuje żadną konkretną i pewną wiedzą co do zaangażowania i wykorzystania przez CTL i DB Schenker posiadanego potencjału technicznego, skoro był w stanie przedstawić tylko tego typu informacje. Świadczy o tym również dodatkowe powołanie się na możliwość wynajmu ewentualnych brakujących lokomotyw lub wagonów.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał zatem nieprawdziwości złożonych Zamawiającemu wyjaśnień Konsorcjum CTL, że aktualnie każdy z jego uczestników cierpi na deficyt lokomotyw spalinowych, zarówno manewrowych, jak i spalinowych, w kontekście faktu, że mniej niż 1% tonaży zamówienia (dla elektrowni w Stalowej Woli) jest wykonywane

wyłącznie trakcją elektryczną, a dodatkowo w stosunku do poprzedniego postępowania doszła praca lokomotyw spalinowych na bocznicach zakładów Tauron Ciepło. Nie została również wykazana nieprawdziwość tych wyjaśnień odnośnie zakontraktowania takim stopniu przez każdego z uczestników Konsorcjum CTL posiadanych wagonów typu Fals, że tylko łącząc potencjały nie było konieczne pozyskanie droższych wagonów z rynku.

Dodać również należy, że według stanowiska wyrażonego przez SOKiK w przywołanym powyżej orzeczeniu, które znalazło aprobatę w doktrynie, w świetle art. 22 ust. 1 pzp nie można narzucać wykonawcy określonego sposobu dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia publicznego, czyli do wykonawcy należy decyzja, w jaki sposób uzyska potencjał niezbędny do ubiegania się i realizacji zamówienia.

Reasumując, Odwołujący nie wykazał, że zawiązanie Konsorcjum CTL na potrzeby tego postępowania stanowiło przejaw zakazanego na mocy art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik antykonkurencyjnego porozumienia. W szczególności nie wykazał, że złożenie wspólnej oferty przez CTL, DB Schenker i Rail Rolska nie miało w tym postępowaniu ekonomicznego uzasadnienia. W orzecznictwie antymonopolowym akcentuje się, że nawet jeśli konsorcjum eliminuje konkurencję pomiędzy jego uczestnikami w danym obszarze, korzyści dla potencjalnych lub rzeczywistych kontrahentów konsorcjum – w postaci obniżenia kosztów lub poprawy jakości – wynikające z porozumienia co najmniej rekompensują straty związane z mniejszą konkurencją {zob. uzasadnienie przywołanej powyżej decyzji Prezesa UOKiK z 31 grudnia 2012 r.}. Stąd w doktrynie podkreśla się, że istnienie ekonomicznego uzasadnienia złożenia wspólnej oferty wyłącza antykonkurencyjny charakter konsorcjum, gdyż wówczas wyłączenie konkurencji między wykonawcami składającymi wspólną ofertę jest niejako rekompensowane korzyściami dla kontrahentów konsorcjum.

Badanie skutków długofalowej współpracy pomiędzy DB Schenker oraz CTL, w szczególności jej wpływu na konkurencję na rynku leży kompetencji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Natomiast wykracza poza kognicję Izby, która ogranicza się do badania, czy w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia złożenie konkretnej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

{ad pkt 8 listy zarzutów – naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 pzp}

Zarzuty wyszczególniony na końcu listy zarzutów, wskazujący na naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp mają charakter niesamoistny, gdyż nie opiera się na odrębnych okolicznościach, a jako taki – również musi zostać uznany za niezasadny.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 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) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, które zasądzone na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy, z ograniczeniem jego wysokości do maksymalnej kwoty wynikającej z § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

.....