

WYROK
z dnia 20 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek

Członkowie: Grzegorz Mazurek

Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18.11.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **PCC RAIL Spółka Akcyjna (lider), 43-602 Jaworzno, ul. Bukowska 12** oraz **ARRIVA POLSKA Spółka z o.o., 02-954 Warszawa, ul. Marconich 11/5** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samorząd Województwa Kujawsko-Pomorskiego w którego imieniu postępowanie prowadzi Urząd Marszałkowski w Toruniu, 87-100 Toruń, Plac Teatralny 2** protestu z dnia **8 października 2008 r.**

przy udziale **PKP Przewozy Regionalne Spółka z o.o., 02-021 Warszawa, ul. Grójecka 17/513** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża PCC RAIL Spółka Akcyjna (lider), 43-602 Jaworzno, ul. Bukowska 12 oraz ARRIVA POLSKA Spółka z o.o., 02-954 Warszawa, ul. Marconich 11/5 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **PCC RAIL Spółka Akcyjna (lider), 43-602 Jaworzno, ul. Bukowska 12 oraz ARRIVA POLSKA Spółka z o.o., 02-954 Warszawa, ul. Marconich 11/5;**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **PCC RAIL Spółka Akcyjna (lider), 43-602 Jaworzno, ul. Bukowska 12 oraz ARRIVA POLSKA Spółka z o.o., 02-954 Warszawa, ul. Marconich 11/5;**

U z a s a d n i e

Zamawiający prowadzi w trybie art. 101 ust. 1 pkt 2 ustawy postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiot objęty jest umową ramową zawartą na okres od 1 września 2008 roku do 11 grudnia 2010 roku na *świadczenie usług publicznych w zakresie regionalnych kolejowych przewozów osób w okresie od 14 grudnia 2008 roku do 12 grudnia 2009 roku* (numer referencyjny AD.V.333/56/2008).

W dniu 2 października 2008 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o. Na czynność zaniechania odrzucenia oferty PKP PR, protest do Zamawiającego wniosło konsorcjum wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia PCC Rail S.A. oraz Arriva Polska Sp. z o.o. Zamawiający oddalił przedmiotowy protest przekazując rozstrzygnięcie w dniu 17 października 2008 r., a w związku z powyższym, konsorcjum w dniu 22 października 2008 roku wniosło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W dniu 18 listopada 2008 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiło PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy przez przyjęcie oferty z rażąco niską ceną. W ocenie Odwołującego kwota oczekiwanego dofinansowania do pociągokilometra w wysokości 10,73 PLN została skalkulowana poniżej kosztów wykonania usługi. Składając ofertę w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umów ramowych, PKP PR zaoferowało kwotę dofinansowania równą 13,93 PLN, a po upływie niecałych dwóch miesięcy zaoferowała kwotę niższą o przeszło 22 %, co nie znajduje uzasadnienia w poziomie spadku kosztów ponoszonych przez PKP PR w okresie

ostatnich dwóch miesięcy. W ocenie Odwołującego cena obecnie zaproponowana została skalkulowana poniżej kosztów, co potwierdza ma kalkulacja Odwołującego oparta na danych dostępnych na stronie internetowej WWW.pr.pkp.pl oraz danych rynkowych dotyczących poziomu kosztów poszczególnych składników, przy założeniu 2.500.000,00 PLN dofinansowania od Zamawiającego, świadczenia usługi przy pomocy 3 pojazdów (2 w ruchu oraz 1 w rezerwie). Na podstawie przeprowadzonego wyliczenia, Odwołujący twierdzi, iż kwota dofinansowania do jednego pociągokilometra jest niższa od poziomu ponoszonych przez PKP PR kosztów o 17,01 %, a wykonawca ponosić będzie stratę w wysokości 0,41 PLN na każdym kilometrze świadczenia usługi.

Zamawiający oddalając protest wskazał, iż w toku postępowania protestacyjnego wezwał PKP PR do wskazania wszelkich elementów oferty i okoliczności mających wpływ na wysokość ceny. Z przedstawionej w odpowiedzi kalkulacji wynika, iż PKP PR nie będzie ponosiło strat w związku z świadczeniem przedmiotowych usług. W ocenie Zamawiającego przedstawione wyjaśnienia potwierdzają, że planowane koszty kształtują się na poziomie rynkowym, natomiast prognozowane przychody skalkulowane zostały na podstawie strategii oraz prognoz, których trafność możliwa jest do zweryfikowania dopiero po rzeczywistym uruchomieniu trasy, na której świadczone będą przedmiotowe usługi. Jako błędne Zamawiający ocenił porównywanie ceny zaoferowanej w postępowaniu, którego celem było zawarcie umowy ramowej, z ceną zaproponowaną w ofercie na świadczenie usługi w konkretnym okresie czasu. Wysokość dopłaty wynikająca z umowy ramowej stanowi maksymalny i nieprzekraczalny poziom dopłaty, jakiej żądać może ten wykonawca w całym okresie obowiązywania umowy ramowej, a nie realną cenę, racjonalnie skalkulowaną w chwili składania oferty na świadczenie usługi w konkretnym okresie czasu. Zamawiający wskazał, iż różnica pomiędzy ofertami konkurencyjnymi w wysokości dopłat wynosi około 10 % i nie świadczy ona o rażąco niskiej cenie. Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty na podstawie informacji i danych jakie uzyskał w toku wyjaśnień.

W odwołaniu Odwołujący się odniósł do wyliczenia kosztów i szacunku przychodów przedstawionych przez PKP PR, kwestionując wysokość opłaty dodatkowej, jak i kosztów drużyn trakcyjnych i konduktorskich, które powinny być podwyższone z tytułu corocznego wzrostu dodatku stażowego. Ponadto PKP zakłada brak dodatkowych kosztów, które jednak w ocenie Odwołującego się będą musiały wystąpić z tytułu przynajmniej kosztów odblokowania punktów taryfowych i wprowadzenia taryfy specjalnej dla reaktywowanej linii, a także wzrostu kosztów ogólnozakładowych. PKP pominęła zupełnie koszty kilometrów technicznych, które mogą podwyższyć wartość kosztów nawet o 5 %, a także nie uwzględniła kosztów postojów, ubezpieczenia pojazdów, wydruku biletów, a także marketingu. Zdaniem konsorcjum PKP zawyżyło prognozowane przychody posługując się przeciętnymi przychodami uzyskiwanymi z dotychczas obsługiwanych linii, a nie przychodów

z odcinków, na których w ostatnim czasie wznowiono przewozy lokalne, gdzie przychody ze sprzedaży biletów są na bardzo niskim poziomie. Podobnie, PKP przyjęła zbyt optymistyczne prognozy co do ilości pasażerów. Z porównania kosztów usługi z przychodami na jednym pociągokilometrze, wynika, iż PKP nie założyło uzyskiwania marży, a tym samym zysków z obsługiwanego reaktwowanej linii. Przedstawione kalkulacje pokazują, że jest to sprzedaż poniżej kosztów zmiennych, co już wypełnia przesłanki nieuczciwej konkurencji. Zamawiający nie dokonał oceny planowanych przez PKP przychodów oraz zakładanych kosztów pod kątem ich realności, a także zupełnie pominął fakt pominięcia marży handlowej. Trudno jest uznać taką ofertę za cenę rynkową, którą charakteryzuje to, że jest ona wyliczona według zasady „koszty plus marża”. Oferta PKP powinna być odrzucona, gdyż jej cena jest rażąco niska, niezależnie od przymiotów indywidualnych PKP PR.

Na podstawie oryginału dokumentacji postępowania, a także stanowisk stron, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający prowadzi postępowanie w celu udzielenia zamówienia objętego umowami ramowymi zawartymi z dwoma wykonawcami, obecnie Odwołującym i Przystępującym. Umowy ramowe o świadczenie usług publicznych w zakresie regionalnych kolejowych przewozów osób zostały zawarte na okres od 1 września 2008 roku do 11 grudnia 2010 roku i opiewające na kwoty dofinansowania do pociągokilometra w wysokości 11,77 zł (konsorcjum PCC Rail S.A., Arria Polska Sp. z o.o.) oraz 13,93 zł. (PKP PR Sp. z o.o.). Obaj wykonawcy zostali następnie zaproszeni do złożenia ofert na świadczenie usługi w okresie od 14 grudnia 2008 roku do 12 grudnia 2009 roku. W odpowiedzi na zaproszenie złożone zostały oferty z kwotami dofinansowania do pociągokilometra w wysokości 11,77 zł. (konsorcjum PCC Rail S.A., Arria Polska Sp. z o.o.) oraz 10,73 zł. (PKP PR Sp. z o.o.). W chwili obecnej na odcinku Bydgoszcz Główna – Chełmża, usługi przewozu osób świadczone są na rzecz Zamawiającego przez PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o. za kwotę dofinansowania do pociągokilometra w wysokości 10,59 zł.

Zarzut rażąco niskiej ceny – kwoty dofinansowania do pociągokilometra w wysokości 10,73 zł., zaoferowanej przez PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o., Odwołujący się opiera na kalkulacji kosztów oraz przychodu. Odwołujący całość swojej argumentacji sprowadzał do wykazania, że PKP PR skalkulowało wysokość dopłaty poniżej kosztów i przy założeniu zbyt wysokiej kwoty przychodów, a także bez uwzględnienia marży handlowej. Zgodnie z wyliczeniami Odwołującego się przy takiej wysokości dopłaty, PKP PR ponosić będzie straty na jednym pociągokilometrze w wysokości 4,09 zł. Tym samym o taką kwotę powinna być wyższa oferta PKP PR. Tymczasem PKP PR twierdziło, iż wysokość dotacji została przez

niego oszacowana w sposób należyty z uwzględnieniem charakteru reaktywowanego połączenia kolejowego. W celu prawidłowego oszacowania wielkości kwoty dofinansowania, Przystępujący przeprowadził ankiety wśród mieszkańców, dla których zostało przywrócone połączenie, z wyników której uzyskał wiedzę o potencjalnej ilości pasażerów, którzy będą z tego połączenia korzystać. Ponadto obecna wysokość wpływów ze sprzedaży biletów na tym odcinku potwierdza, iż założenia Zamawiającego co do oczekiwanego przychodu były słuszne.

W tych okolicznościach sprawy, skład orzekający Izby uznał, iż oferta PKP PR nie zawiera rażąco niskiej ceny i nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy prawo zamówień publicznych. Stanowisko Izby wynika zarówno z braku przedstawienia dowodów przez Odwołującego na okoliczność skalkulowania przez PKP PR ceny poniżej kosztów, jak również z poziomu różnicy w wysokości dofinansowania pomiędzy obiema ofertami złożonymi w postępowaniu. Izba nie przyznała za udowodnioną okoliczność zaniżenia kosztów oraz zawyżenia wysokości przychodu w ofercie PKP PR, gdyż stanowisko Odwołującego się opierało się wyłącznie na jego własnej kalkulacji składników mających wpływ na wysokość ceny, przeprowadzonej w oparciu o ogólne dane dostępne na stronie internetowej PKP PR (tj. biznesplanu na lata 2008-2009 oraz obecnego rozkładu jazdy oraz obowiązującego cennika stawek jednostkowych opłat za korzystanie z infrastruktury kolejowej PKP PLK SA obowiązujący od 14 grudnia 2008 roku). W ocenie składu orzekającego informacje te nie są wystarczające dla wykazania niewłaściwego przyjęcia podstaw wyceny kwoty dofinansowania. W zależności od czasu sporządzania oraz danych wejściowych rachunek kalkulacyjny określa się kalkulacją wstępną sporządzaną przed rozpoczęciem procesu gospodarczego lub wynikową opracowywaną po zakończeniu procesu gospodarczego na podstawie danych rzeczywistych ujętych w ewidencji. W tym drugim przypadku ewidencja księgową jest źródłem danych dla kalkulacji kosztów produktów. Odwołujący się opierał wycenę kosztów PKP PR na podstawie danych ogólnych obrazujących wielkości globalne nie dotyczące bezpośrednio kosztów świadczenia usługi na odcinku Bydgoszcz Główna – Chełmża.

Przyjmując za zasadny sposób kalkulacji przedstawiony przez Odwołującego, kwotę dofinansowania ustaloną w ofercie PKP PR w wysokości 10,73 zł., należałoby powiększyć o kwotę 4,09 zł., co w sumie dawałoby wysokość dofinansowania ustaloną na poziomie 14,82 zł. za pociągokilometr. Tym samym oferta PKP PR byłaby wyższa od oferty Odwołującego się o 3,05 zł. W takiej sytuacji mógłby budzić wątpliwość sposób kalkulacji kwoty dofinansowania zgłoszonej w ofercie przez Odwołującego się, w tym sposobu obliczenia kosztów i przychodów. Ponadto, co potwierdza stanowisko Odwołującego zaoferowana przez niego kwota dofinansowania zawiera marżę, której nie uwzględniło PKP w swojej ofercie. W tym miejscu należy również pamiętać, iż ustawodawca zastrzegł w art. 101 ustępnym

3 ustawy pzp., że oferta składana w wyniku zaproszenia, o którym mowa w ust. 1 pkt 2, nie może być mniej korzystna od oferty złożonej w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej. Tym samym należy uznać, iż cena przyjęta w umowie ramowej zawartej z PKP PR opiewająca na kwotę 13,93 zł., jest ceną maksymalną, jakiej może domagać się wykonawca za wykonanie zamówienia w okresie związania umową ramową. Odwołujący utrzymał cenę wskazaną w umowie ramowej, natomiast PKP PR obniżyła kwotę dofinansowania do pociągo-kilometra w stosunku do określonej w umowie ramowej. Jest ona jednak wyższa w stosunku do obecnie realizowanej umowy o świadczenie usługi na tym samym odcinku, którego dotyczy przedmiotowe postępowanie. Okoliczność ta wskazuje, iż kwota dofinansowania zaproponowana w ofercie PKP PR jest kwotą, za którą przedsiębiorstwo jest w stanie świadczyć przedmiotową usługę.

Również nie znalazła uznania argumentacja Odwołującego się o obowiązku uwzględnienia w ofercie PKP PR marży handlowej. Powołane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, orzeczenie Sądu Antymonopolowego, znajduje w ocenie składu orzekającego zastosowanie w przedmiotowej sprawie. W ocenie Sądu podmiot o pozycji dominującej może stosować niższe ceny niż koszty produkcji swego konkurenta, jednakże nie niższe niż koszty własne podmiotu dominującego. O fakcie, iż sprzedaż usług po cenach nie uwzględniających marży handlowej nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji świadczy również treść art. 15 ust. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który zabrania takiej praktyki jedynie w stosunku do małych przedsiębiorstw w rozumieniu ustawy z dnia 19 listopada 1999 roku – Prawo działalności gospodarczej (wyrok z dnia 12 października 1994 roku XVII Amr 30/94).

Przechodząc do ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę, w pierwszej kolejności należy porównać wysokość cen zaoferowanych w postępowaniu obrazujących ceny rynkowe. Różnica pomiędzy wysokością dopłaty w obu ofertach nie przekracza 10 %. Tym samym, należało stwierdzić, iż nie jest ona rażąca, tym bardziej, że Odwołujący, który utrzymał cenę z umowy ramowej, mógł spodziewać się, że konkurent będzie dążył do uzyskania zamówienia przez jej obniżenie, co nie jest zabronione i nie wypełnia w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy, przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Toruniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*