

Sygn. akt KIO/UZP 81/10

**WYROK**  
**z dnia 16 marca 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Członkowie: Marek Koleśnikow**  
**Jolanta Markowska**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 marca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Freightliner PL spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością (lider konsorcjum), CTL Logistics spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą dla lidera konsorcjum 02 – 797 Warszawa, Al. Komisji Edukacji Narodowej 36 lok. 200** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Elektrownię Kozienice Spółkę Akcyjną, 26 – 900 Świerże Górne, Kozienice 1**, protestu z dnia **23 grudnia 2009 r.**

przy udziale **Polskich Kolei Państwowych CARGO Spółki Akcyjnej, 02 – 021 Warszawa, ul. Grójecka 17** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie**

**2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: Freightliner PL spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością (lider konsorcjum), CTL Logistics spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą dla lidera konsorcjum 02 – 797 Warszawa, Al. Komisji Edukacji Narodowej 36 lok. 200 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Freightliner PL spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością (lider konsorcjum), CTL Logistics spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą dla lidera konsorcjum 02 – 797 Warszawa, Al. Komisji Edukacji Narodowej 36 lok. 200**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: Freightliner PL spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością (lider konsorcjum), CTL Logistics spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą dla lidera konsorcjum 02 – 797 Warszawa, Al. Komisji Edukacji Narodowej 36 lok. 200** na rzecz **Elektrowni Kozienice Spółki Akcyjnej, 26 – 900 Świerże Górne, Kozienice 1**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10.556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Freightliner PL spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (lider konsorcjum), CTL Logistics spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą dla lidera konsorcjum 02 – 797 Warszawa, Al. Komisji Edukacji Narodowej 36 lok. 200**

### **U z a s a d n i e**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie usługi przewozu węgla energetycznego dla Elektrowni "Kozienice" S.A. transportem kolejowym w okresie 24 miesięcy licząc od daty podpisania Umowy w łącznej przewidywanej ilości 8 500 000 ton, znak 10/ZP/TWK-262-1/09 prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1650 ze zm.) [dalej ustawa lub PZP] w trybie przetargu nieograniczonego. Odwołanie w niniejszym postępowaniu od oddalenia protestu zostało wniesione przez Konsorcjum wykonawców [Freightliner PL Sp. z o.o. z Warszawy, CTL

Logistics sp. z o.o. z Warszawy], reprezentowane przez Freightliner PL sp. z o.o., reprezentowane przez pełnomocnika Roberta Kantka. W odwołaniu podobnie jak w proteście odwołujący się wykonawca zarzucił zamawiającemu - Elektrownia „Kozienice” S.A. - Świerże Górne - gmina Kozienice naruszenie przepisów ustawy Pzp w następującym zakresie:

1. art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie do udziału w postępowaniu i wybór oferty wykonawców [PKP Cargo oraz DB Schenker], którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu;
2. art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie do udziału w postępowaniu i wybór oferty wykonawców (PKP Cargo oraz DB Schenker), którzy podlegają wykluczeniu z postępowania;
3. art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia PKP Cargo i DB Schenker mimo nie spełniania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp;
4. § 1 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej „Rozporządzenie”) poprzez uznanie dokumentów złożonych przez PKP Cargo, a nie odpowiadających treścią wymogom określonym w Rozporządzeniu, za spełniające te warunki;
5. art. 7, art. 8 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie jawności informacji, których zastrzeżenia PKP Cargo oraz DB Schenker nie mogli żądać, a Zamawiający nie miał prawa zatwierdzić, przez co odwołującemu uniemożliwiono udział w postępowaniu na równi z innymi wykonawcami oraz uniemożliwiono korzystanie ze środków ochrony prawnej,
6. art. 7 i art. 8 ustawy Pzp w związku z art. 15 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 89 ust.1 pkt.3 ustawy Pzp poprzez nie odrzucenie ofert PKP Cargo oraz DB Schenker, pomimo faktu że ich złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, albowiem po pierwsze w sposób nieuprawniony zostały w tych ofertach zastrzeżone dane nie będące tajemnicą przedsiębiorstwa, a po drugie ich złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji ze względu na rażąco niską cenę w nich podaną;
7. art. 8 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust.1 pkt.1 ustawy Pzp, poprzez nieodrzućenie ofert PKP Cargo oraz DB Schenker pomimo tego, że oferty złożone przez tych wykonawców zawierały zastrzeżenie jawności informacji, których zastrzeżenia ci wykonawcy żądać nie mogli, a Zamawiający nie miał prawa zatwierdzić;
8. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez nie odrzucenie ofert PKP Cargo oraz DB Schenker, które zawierają rażąco niskie ceny;
9. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez nie odrzucenie ofert PKP Cargo oraz DB Schenker, które podlegają wykluczeniu w niniejszym postępowaniu;

Wskazując na powyższe odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty i dokonanie ponownej oceny ofert, nakazanie zamawiającemu wykluczenia z postępowania PKP Cargo i ewentualnie nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty PKP Cargo, a także nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty DB Schenker oraz wybór oferty konsorcjum Freightliner PL Sp. z o.o. i CTL Logistics Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej nie podlegającej odrzuceniu. W ocenie odwołującego braki w dokumentach wykonawców nie podlegają uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i zamawiający powinien zaniechać wzywania wskazanych wykonawców do ich złożenia, jednak z ostrożności odwołujący, w przypadku gdyby KIO nie podzielił powyższego stanowiska, wniósł o wezwanie PKP Cargo do złożenia sprawozdań finansowych podpisanych przez osobę, której powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych oraz pełny skład zarządu, wezwanie DB Schenker do złożenia dokumentów potwierdzających, że przewozy wskazane w wykazie zostały wykonane należycie oraz dokumentów zawierających oświadczenie DB Schenker o posiadaniu ilości lokomotyw oraz wagonów niezbędnych do wykonania zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca wskazał, iż w dniu 30 grudnia 2009 r. odwołujący otrzymał rozstrzygnięcie protestu na wybór oferty PKP Cargo S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „PKP Cargo”) oraz zaniechanie odrzucenia ofert PKP Cargo oraz DB Schenker Rail Polska S.A. z siedzibą w Jaworznie (dalej „DB Schenker”), w którym Zamawiający oddalił protest Odwołującego w całości. W opinii odwołującego nie sposób zgodzić się z argumentacją Zamawiającego dla oddalenia protestu, albowiem:

- I. PKP Cargo nie wykazało, że posiada dostęp do środków finansowych w wymaganej wysokości, gdyż opinia bankowa nie zawiera minimum wymaganej treści, została podpisana przez osobę nieuprawnioną. Ponadto zdaniem odwołującego PKP Cargo nie złożyło wymaganych w SIWZ sprawozdań finansowych.

Co do zarzutu braku w opinii bankowa minimum wymaganej treści, wykonawca wskazał, że zgodnie z pkt 5.4.2 SIWZ wykonawca musi mieć dostęp do środków finansowych lub zdolność kredytową w wysokości minimum 30.000.000 z informacją banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Dalej wskazał, iż zapis SIWZ w takim brzmieniu jest refleksem protestu Freightliner PL sp. z o.o. na treść SIWZ - pierwotne brzmiał on bowiem: Wykonawca musi mieć dostęp do środków finansowych lub zdolność kredytową, w wysokości minimum 30.000.000 zł, potwierdzoną przez Bank, w którym Wykonawca posiada podstawowy rachunek bankowy.

Zapis ten był niezgodny z Rozporządzeniem i został zmieniony. PKP Cargo nie przystępowało do postępowania toczącego się w wyniku złożenia protestu na SIWZ ani sama nie zgłaszała zastrzeżeń co do treści SIWZ, zmienionej w trybie art. 38 ust. 4 Ustawy, w zakresie dotyczącym treści informacji banku. Uznać zatem należy, że PKP Cargo była w pełni świadoma co powinno być zawarte w treści opinii, a złożona przez nią opinia winna być traktowana jako informacja banku, o której mowa w Rozporządzeniu. Złożona przez PKP Cargo opinia nie może być tymczasem uznana jako odpowiadająca wymogom określonym w tym Rozporządzeniu. Zgodnie z § 2 pkt 2 Rozporządzenia w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, zamawiający może żądać informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert. Z punktu 4 opinii bankowej PKP Cargo wynika tymczasem, że Firma znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej, która zapewnia jej środki finansowe lub zdolność kredytową w kwocie 30.000.000,00 PLN (słownie: trzydzieści milionów złotych). Z treści opinii nie wynika, że PKP Cargo posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wymaganej wysokości, a poświadczenia tego faktu wymaga cytowany wyżej przepis Rozporządzenia. Znajdowanie się w sytuacji ekonomicznej i finansowej która zapewnia środki finansowe lub zdolność kredytową w kwocie 30.000.000,00 PLN (słownie: trzydzieści milionów złotych), w praktyce nie dowodzi, że wykonawca rzeczywiście posiada takie środki finansowe lub zdolność kredytową. Bank nie stwierdził wprost, że PKP Cargo posiada środki finansowe w wysokości 30.000.000 PLN, ani że PKP Cargo posiada w tymże banku zdolność kredytową w wysokości 30.000.000 PLN, czy też że posiada w sumie środki finansowe oraz zdolność kredytową w wysokości 30.000.000 PLN (np. środki finansowe w wysokości 20.000.000 PLN oraz zdolność kredytową w wysokości 10.000.000 PLN). W praktyce więc opinia nie określa wysokości środków posiadanych przez PKP Cargo ani wysokości posiadanej przez tego wykonawcę zdolności kredytowej. Użyte w opinii PKP Cargo określenie zapewnia jej środki finansowe lub zdolność kredytową może w praktyce oznaczać np. przyszłą a niepewną możliwość uzyskania pożyczki od spółki powiązanej lub otrzymania dotacji państwowej. W żadnym wypadku zwrot sytuacja zapewniająca środki nie jest równoznaczny ze zwrotem posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w określonej wysokości. Zdaniem wykonawcy, chybione są przy tym twierdzenia zamawiającego, który w rozstrzygnięciu protestu stwierdził, że nie żądał i nie ma do tego prawa, wydania przez bank informacji określonej treści i według określonego wzoru. W ocenie wykonawcy, zamawiający zdaje się nie zauważać, że niezbędną treść opinii określa

§ 2 pkt 2 Rozporządzenia, który stwierdza wyraźnie, że informacja ma określać wysokość posiadanych środków finansowych lub wysokość posiadanej zdolności kredytowej wykonawcy. Tymczasem załączona przez PKP Cargo opinia bankowa nie zawiera takich danych – wykonawca podkreśla, że załączona opinia nie zawiera żadnych kwot wskazujących na wysokość posiadanych środków czy też na wysokość zdolności kredytowej PKP Cargo. Tym samym opinia ta nie spełnia wymogów określonych w Rozporządzeniu, a więc nie może być traktowana jako dokument potwierdzający posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w odpowiedniej wysokości.

Podsumowując, wykonawca stwierdził, że złożona przez PKP Cargo opinia bankowa nie stwierdza, że wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Warunkiem uznania, że wykonawca spełnia ten warunek, zgodnie z wymogiem Zamawiającego określonym w pkt 5.4.2 SIWZ, było okazanie informacji banku potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy. PKP Cargo przedstawiło opinię, która nie stwierdza, że wykonawca ten rzeczywiście posiada takie środki finansowe lub zdolność kredytową. Nie wytrzymują zatem krytyki – zdaniem wykonawcy - twierdzenia zamawiającego, że PKP Cargo udowodniło spełnianie warunków wymaganych od wykonawców dla udziału w postępowaniu. Odwołujący zwrócił także uwagę, że opinia bankowa załączona przez PKP Cargo została podpisana przez osoby nieuprawnione. W imieniu banku podpisali ją Grzegorz M. i Katarzyna B. Z załączonych przez PKP Cargo do oferty pełnomocnictw nr 12/06 oraz 1011/07 dla wskazanych wyżej osób wynika, że nie są one uprawnione do składania tego typu oświadczeń w imieniu banku. Pełnomocnictwa te zawierają w pkt 4 uprawnienie do podpisywania ofert, listów intencyjnych oraz innych dokumentów zawierających zobowiązania majątkowe lub mogące skutkować powstaniem zobowiązań majątkowych. Do tej kategorii nie zalicza się wystawianie opinii bankowych. W odpowiedzi na protest zamawiający stwierdził, że nie żądał i nie miał do tego prawa (cyt. wyżej Rozporządzenie nie przewiduje dokumentów potwierdzających uprawnienie osób, które podpisały opinię). Należy się zgodzić z tym twierdzeniem. Zdaniem wykonawcy, zamawiający nie miał jednak również prawa żądania załączenia pełnomocnictw i odpisu KRS do gwarancji wadialnej, a mimo wszystko dokumenty takie były wymagane. Skoro już jednak PKP Cargo zadośćuczyniło jego żądaniu i przedłożyło dokument (pełnomocnictwa) stwierdzający wadliwość wystawionej opinii, to Zamawiający powinien wziąć tę okoliczność pod uwagę i uznać, że opinia nie została wystawiona przez bank. Wobec powyższego, nawet gdyby jedynie czysto hipotetycznie przyjąć, że złożona przez PKP Cargo opinia bankowa spełnia kryteria określone w Rozporządzeniu i SIWZ, to nie może być ona traktowana jako informacja banku a jedynie jako prywatna ocena osób podpisanych pod tym oświadczeniem. Wobec zaś braku wymaganej przez zamawiającego informacji banku, uznać należy, że PKP Cargo nie złożyło

wymaganego dokumentu. W odniesieniu do nieprzedłożenia sprawozdań finansowych przez PKP Cargo wykonawca wskazał, że zamawiający do tego zarzutu podniesionego w proteście nie ustosunkował się. W treści rozstrzygnięcia stwierdził jedynie, że zdaniem zamawiającego dokumenty przedstawione przez PKP CARGO S.A. spełniają przesłanki, o których mowa w § 1 ust. 3 pkt 2 „Rozporządzenia” i punktach 5.4 i 5.4.1. SIWI, a nadto zostały podpisane przez Wykonawcę zgodnie z § 4 ust. 1 ww. „Rozporządzenia”. Jednakże zdaniem odwożącemu się, zamawiający nie odniósł się do meritum podniesionego w proteście zarzutu - tj. złożenia dokumentów nie odpowiadających treścią przepisom regulującym sposób ich tworzenia. Ponownie wyjaśnienia wymaga zatem, że zgodnie z art. 52 ust. 2 ustawy z dnia 29 września 1994 roku o rachunkowości, sprawozdanie finansowe podpisuje - podając zarazem datę podpisu - osoba, której powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych, i kierownik jednostki, a jeżeli jednostką kieruje organ wieloosobowy - wszyscy członkowie tego organu. Odmowa podpisu wymaga pisemnego uzasadnienia dołączonego do sprawozdania finansowego. W przedmiotowym postępowaniu złożono dokumenty, z których żaden nie został podpisany „przez” osobę, której powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych, a część prawdopodobnie podpisali wszyscy członkowie "zarządu." Tym samym dokumenty te zostały "sporządzone" w sprzeczności z przepisami regulującymi sposób ich tworzenia, a co za tym idzie - nie mogą być traktowane jako sprawozdanie finansowe. Złożone dokumenty mogą być co najwyżej traktowane jako oświadczenie wykonawcy, a nie wymagane sprawozdania finansowe. Dalej wykonawca wskazuje, że chybione są przy tym twierdzenia zamawiającego, że wykonawca dołączył również załącznik Nr A6 podpisany przez uprawnione osoby, z którego niedwuznacznie wynika spełnianie przez wykonawcę warunku osiągnięcia odpowiedniego przychodu (co najmniej 60.000.000 zł w jednym z trzech ostatnich pełnych lat obrotowych). O ile bowiem rzeczywiście PKP Cargo złożyło taki załącznik, to warunkiem wykazania się odpowiednim przychodem było, zgodnie z pkt 5.4.1 SIWZ, załączenie do oferty sprawozdania finansowego. Stwierdzenie, że sprawozdania finansowe jednak nie są potrzebne dopiero po dokonaniu wyboru oferty jest znacznie spóźnione i stanowi wyraz niekonsekwencji w działaniach zamawiającego - skoro dla Zamawiającego wystarczające jest złożenie jedynie oświadczenia wykonawcy, to powinien on nie zamieszczać takiego warunku w SIWZ. Ponadto, użycie takiej argumentacji przez zamawiającego zdaje się potwierdzać, że złożone przez PKP Cargo dokumenty nie są sprawozdaniami finansowymi - zamawiający zachowawczo stwierdza bowiem, że nawet jeśli z treści sprawozdania finansowego nie wynika spełnianie warunku osiągnięcia przychodu to wynika to z treści oświadczenia. Wydaje się zatem, że zamawiający sam nie jest przekonany co do treści załączonych dokumentów.

II. Wskazując na podstawy wykluczenia z postępowania wykonawcy DB Schenker Rail Polska S.A. oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy odwołujący podniósł, że ten wykonawca nie wykazał, że posiada odpowiednie doświadczenie, oraz wymagany tabor.

Co do nie wykazania posiadania odpowiedniego doświadczenia przez DB Schenker Rail Polska S.A. odwołujący się wykonawca podniósł, że zgodnie z pkt 5.3.1. SIWZ o udzielenie zamówienia publicznego mogą się ubiegać wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 3 lat, przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali samodzielnie lub wspólnie z innymi Wykonawcami, usługę przewozu transportem kolejowym węgla energetycznego lub materiałów podobnych, np. kruszywa, ruda żelaza, kamień wapienny, klinkier w łącznej ilości nie mniejszej niż 4 250 000 ton (wykaz dostaw należy przedstawić w Załączniku Nr A 5 do Formularza „Oferta”). Na potwierdzenie wykonania wyżej wymienionych przewozów wykonawca miał załączyć potwierdzenie od wykazanych odbiorców, że usługa przewozu węgla została wykonana z należytą starannością. Zdaniem odwołującego, wbrew stanowisku zamawiającego, wyrażonemu w rozstrzygnięciu protestu, DB Schenker, nie spełniła wymogu załączenia potwierdzenia od wykazanych w Zestawieniu odbiorców, że usługa przewozu węgla została wykonana z należytą starannością. Wśród załączonych przez DB Schenker dokumentów znajdują się bowiem: list referencyjny DB Schenker Rail Coaltran sp. z o.o. z dnia 30 października 2009 roku, z którego wynika, że spółka ta zlecała przewoźnikom prywatnym, w tym PCC Rail S.A. przewozy na rzecz Vatenfall Heat Poland S.A. list referencyjny PGE Południowego Koncernu Energetycznego S.A. z dnia 30 października 2009 roku, z którego wynika, że spółka ta współpracowała z PCC Rail S.A., list referencyjny Praterm S.A. z sierpnia 2009 roku, z którego wynika, że PCC Rail S.A. transportowała węgiel do ciepłowni wchodzących w skład grupy kapitałowej Praterm S.A. oraz list referencyjny Vatenfall Heat Poland S.A z dnia 4 września 2009 roku, z którego wynika, że PCC Rail S.A. wykonywała przewozy na rzecz tej spółki. Załączone przez DB Schenker listy referencyjne nie są zatem zgodne z wymogami określonymi w Rozporządzeniu oraz w SIWZ. Wprawdzie – zdaniem wykonawcy - zamawiający słusznie stwierdza, że nie ma obowiązującego wzoru referencji, jednak niewątpliwie z treści dokumentów musi wynikać, że dane usługi zostały wykonane należycie. W ocenie wykonawcy - z żadnego z załączonych do oferty DB Schenker listów referencyjnych nie wynika, że usługi te zostały w ogóle wykonane - a już w szczególności, że zostały wykonane należycie. Powołując się na orzecznictwo odwołujący podnosi, że z treści dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia winno wynikać, iż zidentyfikowane w sposób jednoznaczny zamówienie, zostało zrealizowane należycie. Listy referencyjne przedstawione przez DB Schenker nie tylko nie wykazują jednoznacznie, że przewozy zostały należycie wykonane, ale z ich treści w ogóle nie wynika, że zostały wykonane. Treść listów referencyjnych określa



jedynie, że usługi były zlecane lub wykonywane. Użycie formy niedokonanej świadczyć może zatem, że usługi te nie zostały finalnie w ogóle wykonane. Oczywistym jest bowiem, że samo zlecenie lub wykonywanie usługi nie jest równoznaczne z jej wykonaniem. Uznać zatem należy, że dokumenty załączone przez DB Schenker nie potwierdzają wykonania usług, a tym samym DB Schenker nie spełnia wymogu określonego w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Dalej wykonawca wskazuje, że dwa z załączonych listów referencyjnych stwierdzają świadczenie przewozów na rzecz tego samego podmiotu - Vatenfall Heat Poland S.A. Oba listy referencyjne datowane są na zbliżony okres - wrzesień-październik 2009 roku. Listy te, zgodnie z wymogami SIWZ oraz ich treścią, poświadczają, że PCC Rał zlecane były usługi w latach 2006 - 2008. W praktyce oznacza to, zdaniem wykonawcy, że DB Schenker załączyło dwa listy referencyjne dotyczące tej samej usługi.

Fakt nie spełniania przez DB Schenker wymogu posiadania odpowiedniego doświadczenia, zdaniem odwołującego, potwierdza również brak zestawienia przewozu węgla lub materiałów podobnych z lat 2006-2008 (dalej Zestawienie). Wprawdzie DB Schenker złożyło tak zatytułowany dokument jednakże nie został on podpisany przez tegoż wykonawcę. Dokument ten, wcześniej utajniony, został udostępniony odwołującemu dopiero w dniu 29 grudnia 2009 roku (Załącznik nr A 5 do Formularza Oferta) (dalej Zestawienie) - a więc już po upływie terminu do wniesienia protestu. Tym samym odwołujący nie miał wcześniej możliwości w ocenie odwołującego przedmiotowe Zestawienie nie spełnia wymogów SIWZ, ponieważ nie zostało podpisane przez osoby upoważnione do reprezentacji Wykonawcy. W związku z powyższym należy uznać, że nie zostało w ogóle złożone oświadczenie DB Schenker w zakresie zrealizowanych przez tego Wykonawcę przewozów, potwierdzających wymagane przez Zamawiającego doświadczenie.

Wobec wskazanych wyżej okoliczności (tj. załączenie przez DB Schenker listów referencyjnych oraz brak złożenia Zestawienia) nie mogą być traktowane jako potwierdzające posiadanie doświadczenia przez DB Schenker. W praktyce więc DB Schenker nie wykazała za pomocą dokumentów określonych w SIWZ oraz Rozporządzeniu, że takie doświadczenie posiada. W tej sytuacji Zamawiający powinien odrzucić ofertę DB Schenker, a przynajmniej wezwać DB Schenker, stosownie do treści art. 26 ust. 3 Ustawy, do złożenia odpowiednich dokumentów.

Co do nie wykazania przez DB Schenker posiadania wymaganego taboru, odwołujący się wykonawca podniósł, że w rozstrzygnięciu protestu zamawiający wskazał, że DB Schenker w jego ocenie wykazał się dysponowaniem wymaganym w SIWZ taborem i oddalił zarzuty i żądania odwołującego w tym zakresie. W ocenie odwołującego nie sposób zgodzić się z powyższym stanowiskiem zamawiającego. W załączniku B7 do SIWZ określono bowiem, że wykonawca musi przedstawić Zestawienie ilości wagonów i lokomotyw

(opracuje Wykonawca wraz z Załączonym oświadczeniem, że wagony i lokomotywy, którymi dysponuje Wykonawca spełniają wymogi określone w art. 23 ust. 1 i art. 24 ust. 1 Ustawy o transporcie kolejowym), celem potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu tj. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. DB Schenker nie załączyło do oferty takiego Zestawienia, albowiem dokument zatytułowany Wykaz lokomotyw dotyczy lokomotyw spółki PCC Rail S.A Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu nie brał udziału żaden wykonawca o tej nazwie. Wprawdzie DB Schenker jest następcą prawnym spółki PCC Rail S.A., jednakże jest to odmienna nazwa niż wskazana w wykazie. Zamawiający powinien powziąć zatem wątpliwości co do spełniania przez DB Schenker wymogu posiadania odpowiedniego potencjału technicznego. Załączenie wykazu nie biorącej udziału w postępowaniu spółki PCC Rail S.A. nie może bowiem potwierdzać posiadania niezbędnego dla wykonania przedmiotu zamówienia taboru kolejowego. Dalej wykonawca wskazuje, że zamawiający w treści rozstrzygnięcia protestu nie odniósł się w ogóle do tegoż zarzutu, więc nie sposób stwierdzić jaka była przyczyna takiego uznania. Niemniej jednak złożenie dokumentu potwierdzającego spełnianie wymogu przez spółkę nie biorącą udziału w postępowaniu winno skutkować uznaniem, że DB Schenker nie złożyło wymaganego wykazu lokomotyw. Wykonawca podniósł także, że wykazy lokomotyw i wagonów zostały podpisane odpowiednio przez: Kierownika Działu Lokomotyw Biura Zarządzania Majątkiem Produkcyjnym, inż. Rafała Hejmo oraz Sztygara Zmianowego Działu Wagonów Biura Zarządzania Majątkiem Produkcyjnym, mgr inż. Piotra Drzewieckiego. Zatem, przedmiotowe dokumenty zostały podpisane przez osoby nieuprawnione do reprezentacji danego podmiotu. W treści SIWZ wyraźnie określono, że wykaz opracować miał Wykonawca. Z treści załączonego odpisu KRS wynika zaś, że do reprezentacji spółki niezbędne jest działanie dwóch członków zarządu łącznie. Nie zmienia przy tym sytuacji fakt, że wykazy zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem przez członków zarządu DB Schenker -poświadczenie za zgodność dokumentu podpisanego przez osobę nieuprawnioną nie jest bowiem w żaden sposób tożsame ze złożeniem oświadczenia przez DB Schenker. Dokumenty te nie mogą zatem zostać uznane za potwierdzające posiadanie odpowiedniego potencjału technicznego. Zamawiający nie ustosunkował się w Rozstrzygnięciu protestu do przedstawionych wyżej zarzutów. Nie sposób stwierdzić zatem – zdaniem wykonawcy - czym kierował się zamawiający nie odrzucając oferty DB Schenker. Twierdzenie, że fakt złożenia oświadczenia potwierdzającego spełnianie przez tabor wykonawcy wymogów określonych w art. 23 ust. 1 i art. 24 ust. 1 Ustawy o transporcie kolejowym, jest wystarczające jest niczym nieuprawnione. Dalej wykonawca wskazał, że zamawiający w SWIZ wyraźnie zażądał na potwierdzenie warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym przedłożenie zarówno odpowiedniego oświadczenia wykonawcy składającego ofertę jak i wykazu lokomotyw oraz wagonów, sporządzonych

przez takiego wykonawcę. Dlatego też (..) niezrozumiałe wydaje się stanowisko zamawiającego, że oświadczenie DB Schenker zawarte w załączniku nr B 7 jest wystarczające, ponieważ w jego treści zawarto odesłanie do wykazu lokomotyw i wagonów w Załączniku, a zatem uprawnieni członkowie zarządu Wykonawcy potwierdzili tym samym, że Wykonawca posiada przedstawiony w załączonym wykazie tabor. W treści SIWZ zamawiający wyraźnie bowiem wskazał, że dla potwierdzenia posiadania odpowiedniego potencjału technicznego wymagane jest łączne złożenie zestawienia ilości wagonów i lokomotyw i oświadczenia, że posiadane lokomotywy i wagony spełniają wymogi określone w art. 23 ust. 1 i art. 24 ust. 1 Ustawy o transporcie kolejowym. Oświadczenie, że posiadane przez wykonawcę lokomotywy spełniają te wymogi w żaden sposób nie odnosi się do wykazu. W tej sytuacji w żaden sposób nie można uznać załączonych do oferty DB Schenker za zgodne z wymaganiami SIWZ. Wobec powyższego, zdaniem wykonawcy, w przedmiotowym postępowaniu nie zostało złożone wymagane w SIWZ oświadczenie DB Schenker dotyczące posiadanego przez nią taboru.

- III. W odwołaniu podniesiono również zarzut bezprawnego zastrzeżenia informacji, co uniemożliwiło odwołującemu pełną ocenę spełniania warunków przez pozostałych wykonawców, a tym samym - skorzystanie ze środków ochrony prawnej. Zdaniem wykonawcy, zamawiający nie odniósł się w ogóle w treści uzasadnienia do kwestii podniesionych w uzupełnieniu protestu złożonym w dniu 28 grudnia 2009 roku, dotyczących zaniechania odrzucenia ofert PKP Cargo oraz DB Schenker mimo zastrzeżenia przez tych wykonawców informacji, których zastrzec nie można. Odpowiedź zamawiającego zawiera jedynie informacje na temat godzin pracy Zamawiającego w okresie świąteczno-noworocznym. Odnosząc się do twierdzeń zamawiającego, że niemożliwość zapoznania się z zastrzeżoną wcześniej dokumentacją jest wyłącznie winą odwołującego, wykonawca stwierdził, że są one całkowicie bezpodstawne i zamawiający próbuje przerzucić skutki wcześniejszego bezprawnego zastrzeżenia jawności informacji na odwołującego. Tymczasem – jak stwierdził wykonawca - odwołujący nie może ponosić skutków błędnych i bezprawnych decyzji zamawiającego, takich jak zastrzeżenie jawności dokumentów. Fakt, że zamawiający następnie odtajnił treść tych dokumentów oraz powiadomił o tym wykonawcę 23 grudnia 2009 r. po godzinach pracy i jednocześnie wezwał do przejrzenia akt w Wigilię Bożego Narodzenia lub dzień po okresie świątecznym (28 grudnia), nie może oznaczać, że brak możliwości zapoznania się z dokumentami przed upływem terminu do wniesienia protestu (który upływał również 28 grudnia) jest winą odwołującego. Utrudnienia kadrowe związane z okresem świąteczno-noworocznym nie pozwalały na przejrzenie akt w wyznaczonym przez zamawiającego terminie. Jak sam wytłumaczył zamawiający, 28 grudnia był dniem wolnym od pracy w Elektrowni - powinien

zatem zdawać sobie sprawę, że w okresie tym również u innych pracodawców mogą występować utrudnienia kadrowe i wykonawcy mogą nie mieć możliwości oddelegowania osoby do przeglądania akt „z dnia na dzień”. Gdyby zamawiający bezprawnie nie zatwierdził zastrzeżenia jawności dokumentów, to problem by nie powstał - dlatego tym bardziej dziwi twierdzenie, że odwołujący utrudnia przeprowadzenie postępowania. Zamawiający w treści rozstrzygnięcia protestu stwierdził, że termin Świąt Bożego Narodzenia jest powszechnie znany i również Protestujący powinien przewidzieć wszelkie związane z tym niedogodności, w szczególności gdy stara się oprotestować większość czynności zamawiającego. Skoro o niedogodnościach związanych z okresem świątecznym powinien w opinii Zamawiającego wiedzieć Protestujący, to tym bardziej obowiązek taki istnieje po stronie zamawiającego. Wysyłanie wezwania do przejrzania odtajnionych dokumentów 23 grudnia o godz. 23 i wyznaczenie terminu na 8 rano następnego dnia lub na 28 grudnia z pewnością nie uwzględnia tychże niedogodności. W praktyce, nawet gdyby nie istniały trudności kadrowe, to przejrzanie akt byłoby możliwe jedynie 28 grudnia. Wprost oznaczałoby to zatem, że gdyby odwołujący czekał na udostępnienie tychże dokumentów to pozostawałoby mu zaledwie kilka godzin na sporządzenie protestu na wybór najkorzystniejszej oferty (który upływał 28 grudnia). Zamawiający z pewnością zdawał sobie z tego sprawę i niezrozumiałe są twierdzenia, że działania Zamawiającego nie utrudniały Odwołującemu skorzystanie ze środków ochrony prawnej. Pozostawienie odwołującemu zaledwie paru godzin na sporządzenie i złożenie protestu z pewnością jest takim utrudnieniem - a właściwie uniemożliwieniem jego wniesienia. Tym samym zamawiający naruszył art. 7 Ustawy Pzp. Ponadto zamawiający nie odniósł się w ogóle merytorycznie do zarzutów odwołującego dotyczących umożliwienia odwołującemu weryfikacji ofert poprzez bezpodstawne i bezprawne zastrzeżenie jawności dokumentów złożonych przez PKP Cargo oraz DB Schenker, których zastrzeżenia żądać nie mogli, a zamawiający nie mógł takiego zastrzeżenia zatwierdzić. W tym miejscu wykonawca wskazał, że w trakcie postępowania zastrzeżone zostały: dane finansowe DB Schenker, zestawienie przewozów węgla lub materiałów podobnych z lat 2006 - 2009 wykonanych przez DB Schenker, zestawienie ilości lokomotyw i wagonów posiadanych przez PKP Cargo, oraz odpowiedź PKP Cargo na zapytanie o elementy oferty mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Pierwsze z trzech wyżej wymienionych informacji – jak podał wykonawca - zostały odtajnione w dniu 29 grudnia 2009 roku w wyniku protestu wniesionego przez Odwołującego. Ostatnia z zastrzeżonych informacji nie została udostępniona odwołującemu. Podczas przeglądania akt w dniu 7 grudnia 2009 roku nie znajdowała się ona wśród dokumentów okazanych odwołującemu. Odwołującego nie poinformowano również o zastrzeżeniu tejże informacji.

Tym samym odwołującemu uniemożliwiono odniesienie się w pełni do całości materiału postępowania i oceny spełniania warunków oraz prawidłowości złożonej oferty przez pozostałych Wykonawców - czym naruszono art. 7 Ustawy. Dalej wykonawca wskazał, że (...) jak szeroko uzasadniał w uzasadnieniu protestu, zastrzeżenie informacji, które zastrzegane być nie mogą stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp i zastrzeżenie rzekomej tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Nie udostępnienie zatem informacji o właściwościach wykonawców, które mają wpływ na ich możliwość wykonania przedmiotu zamówienia rażąco narusza przepisy Ustawy, w szczególności jej art. 7 oraz art. 8. Czynność ta wpływa na ograniczenie konkurencji i nierówne traktowanie wykonawców w niniejszym postępowaniu. W jej konsekwencji odwołujący nie miał możliwości zweryfikowania czy pozostali wykonawcy faktycznie spełniają stawiane im wymagania, podczas gdy pozostali wykonawcy mieli pełną wiedzę o wszelkich właściwościach odwołującego niezbędnych do udziału w niniejszym postępowaniu. W sposób oczywisty ogranicza to konkurencję i oferty wykonawców zastrzegających informacje, których zastrzec prawa nie mają powinny zostać odrzucone. Uniemożliwiając odwołującemu zapoznanie się z dokumentami, których jawność zastrzeżono zamawiający uniemożliwił również odwołującemu skorzystanie w pełni z przysługujących mu środków ochrony prawnej. Brak możliwości zapoznania się z tymi dokumentami skutkował bowiem brakiem pełnej wiedzy o spełnianiu przez PKP Cargo oraz DB Schenker warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji - brakiem możliwości pełnego skorzystania ze wspomnianych środków ochrony prawnej. Ponadto, sam zamawiający przyznał, że takie zastrzeżenie narusza uczciwą konkurencję. Jak wynika z treści uzasadnienia rozstrzygnięcia protestu na czynność zamawiającego polegającą na bezpodstawnej odmowie udostępnienia informacji z powodu zastrzeżenia ich jawności, zamawiający po wszechstronnej analizie uznał, iż utajnione przez DB Schenker S.A. informacje nie mogą zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający sam uznał zatem, że zastrzeżenie informacji przez PKP Cargo oraz DB Schenker stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. W świetle powyższych uwag, zdaniem wykonawcy, zamawiający miał zatem obowiązek odrzucić oferty PKP Cargo oraz DB Schenker. Zastrzeżenie przedmiotowych informacji przez DB Schenker S.A. oraz PKP Cargo nie tylko narusza zasady uczciwej konkurencji, ale nastąpiło przy tym wbrew przepisom ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz wbrew art. 8 ust. 3 ustawy. Tym samym zastrzeżenia te stanowią rażące naruszenie ustawy Pzp, a zatem powinny skutkować odrzuceniem ofert wskazanych wykonawców również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp - jako ofert niezgodnych z tą ustawą. Oferta taka jest bowiem wprost niezgodna z ustawą, która zakazuje przecież zastrzegania niektórych informacji.

IV. Podnosząc zarzut rażąco niskiej ceny w ofertach złożonych przez PKP Cargo oraz DB Schenker podniesiono, że odwołującemu w dniu 7 grudnia 2009 zapewniono wgląd do dokumentacji przetargowej niniejszego postępowania w siedzibie zamawiającego. Jednakże wbrew twierdzeniom Zamawiającego, odwołującemu nie udostępniono pism Zamawiającego z dnia 27 listopada 2009 z prośbą o udzielenie wyjaśnień, dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny skierowanych do PKP Cargo i DB Schenker oraz wyjaśnień złożonych przez tych wykonawców. Dopiero w dniu 29 grudnia 2009 r. odwołujący miał możliwość zapoznać się z odpowiedzią DB Schenker. Jak już wyżej wspomniano jawność odpowiedzi PKP Cargo została zastrzeżona. Utajenie to – zdaniem odwołującego - miało znaczący wpływ na wynik postępowania. Odwołującemu bezprawnie odmówiono bowiem wglądu w dokumenty, które miał prawo przeglądać. W oczywisty sposób naruszona została zasada równości wykonawców i tym samym odwołującemu uniemożliwiono skorzystanie w pełni z przysługujących mu środków ochrony prawnej. Niezależnie od powyższego odwołujący zaznaczył, że podnosił w proteście zarzut zaofiarowania rażąco niskiej ceny. W przypadku oferty PKP Cargo brak możliwości zapoznania się z odpowiedzią na zapytanie dotyczące ceny nie pozwala na weryfikację jej treści, a w przypadku odpowiedzi DB Schenker to potwierdza ona jedynie podnoszone wcześniej argumenty za złożeniem przez tego wykonawcę oferty zawierającej rażąco niską cenę. Zdaniem wykonawcy, zgodnie z ugruntowanym w doktrynie stanowiskiem wykonawca składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny oferty, powinien wskazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny, a także, w jakim stopniu dzięki wskazanym czynnikom cena została obniżona. Wielkość redukcji ceny może wynikać wyłącznie z czynników, które zostaną przez niego przedstawione. Oceniając wyjaśnienia, zamawiający może uznać za właściwy taki sposób ukształtowania ceny, który wynika wyłącznie z powodów o obiektywnym charakterze tj. takie, które są zgodne z prawem i nie naruszają zasad uczciwej konkurencji. Czynności podejmowane w sprawie ceny rażąco niskiej mają cechy postępowania wyjaśniającego, ale ciężar dowodowy w praktyce został przeniesiony na wykonawcę(...) To wykonawca ma przedstawić dowody, że jego cena nie jest rażąco niska. Takie stanowisko znalazło również odzwierciedlenie w orzecznictwie, z którego wynika, że zaistnienie po stronie wykonawcy obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty powinno być udowodnione. Wykonawca poprzestając jedynie na złożeniu wyjaśnień i odstępując od udowodnienia powoływanych przyczyn czyni to na własne niebezpieczeństwo.

Udzielenie przez wykonawcę odpowiedzi, której nie można ocenić z uwzględnieniem art. 90 ust. 2 p.z.p. prowadzi do przyjęcia, że wyjaśnienia w rozumieniu ustawowym w ogóle nie zostały udzielone. Ponadto wezwanie wykonawcy do udzielenia wyjaśnień na podstawie art.

90 ust. 1 p.z.p. ma charakter jednokrotny i złożone wyjaśnienia nie mogą być uzupełnione poza wyznaczonym przez zamawiającego terminem.

Mając na uwadze powyższe odwołujący podniósł, że wyjaśnienia złożone przez DB Schenker z całą pewnością nie można ocenić z uwzględnieniem art. 90 ust. 2 p.z.p. Informacje zawarte w wyjaśnieniach DB Schenker są bardzo ogólnikowe, w żaden sposób nie stanowią właściwego uzasadnienia dla zaproponowania w ofercie tak niskiej ceny za realizację zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania, nie są poparte żadnymi dowodami. Za gołosłowne, przykładowo wykonawca uznał twierdzenie zawarte w pkt. 6 pisma DB Schenker z dnia 3 grudnia 2009 r., albowiem odwołujący również działa na rynku kolejowym i nie posiada żadnych oficjalnych informacji jakoby stawki dostępu do PKP PLK w 2011 miały obniżyć się o 20%. Nie ma w tym zakresie również żadnej wzmianki na stronach PKP PLK. Ponadto jak wskazano powyżej DB Schenker nie złożyło wymaganych w SIWZ wykazów lokomotyw i wygonów i trudno jest odnieść informacje wskazane w pkt. 5 wyjaśnień do elementów oferty DB Schenker. Jednakże w załączonym wykazie lokomotyw PCC PCC Rail Polska S.A. (nawet gdyby uznać ten dokument za prawidłowy) nie wykazano lokomotyw, które zostały wymienione w wyjaśnieniach DB Schenker z dnia 3 grudnia 2009 (pkt. 5). Dalej odwołujący wskazuje, że Wykonawca nie przedstawił również żadnych dokumentów na potwierdzenie pozostałych twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach, choćby dokumentów potwierdzających wprowadzenie w grupie DB Schenker nowego systemu utrzymania wagonów i lokomotyw czy też innych rozwiązań technologicznych pozwalających na redukcję kosztów. Zdaniem odwołującego należy zatem przyjąć, że DB Schenker nie złożył w zakreślonym przez zamawiającego terminie wymaganych przez ustawę Pzp wyjaśnień, a w konsekwencji zgodnie z art. 90 ust. 3 i 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy PZP oferta Wykonawcy powinna być odrzucona. Wnoszący odwołanie podniósł także, że w dniu 29 grudnia 2009 r. nie udostępniono wykonawcy do wglądu odpowiedzi PKP Cargo złożone na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, z powodu zastrzeżenia jawności tych dokumentów przez PKP Cargo. Także zamawiający nie ustosunkował się w treści rozstrzygnięcia protestu do zarzutów odwołującego dotyczących rażąco niskiej ceny. Mając na uwadze powyższe okoliczności, a także zarzuty i żądania wskazane w proteście oraz stanowisko Zamawiającego wyrażone w rozstrzygnięciu protestu odwołujący ponownie podniósł, że zaoferowane ceny są rażąco niskie w stosunku do szacowanej wartości zamówienia. Porównanie cen zaproponowanych przez PKP Cargo oraz DB Schenker do szacowanej wartości zamówienia pokazuje rażącą dysproporcję. Zgodnie z informacją udzieloną przez zamawiającego, w przedmiotowym postępowaniu wartość zamówienia została oszacowana na kwotę 166.896.000 zł. Stosunek cen zaoferowanych przez PKP Cargo i DB Schenker do szacowanej wartości zamówienia wyniósł zatem odpowiednio - ok. 60% i 66,5%. W sposób

oczywisty wskazuje to jak bardzo zaoferowane przez tych wykonawców ceny odbiegają od szacunków Zamawiającego - składanie ofert o wartości prawie połowie niższej niż szacowana samo w sobie powinno skutkować uznaniem ceny za rażąco niską. Dalej odwołujący podniósł, że ceny zaoferowane przez PKP Cargo i DB Schenker są rażąco niskie w stosunku do stawek rynkowych i nie uwzględniają wzrostu kosztów świadczenia usług. Na rażąco niski poziom cen zaoferowanych przez PKP Cargo i DB Schenker w stosunku do cen rynkowych wskazuje fakt, że mimo wzrostu kosztów własnych, takich jak koszty energii czy koszty dostępu do infrastruktury, stawki zaoferowane przez tychże wykonawców są znacznie niższe niż obowiązujące dotychczas dla przewozów świadczonych na rzecz Zamawiającego na tych samych relacjach. Podniósł również, że w 2009 roku przewozy na rzecz Zamawiającego na tych samych trasach, które są objęte przedmiotem niniejszego postępowania wykonywało PKP Cargo. Cena jednostkowa za przewozy wynosiła: dla relacji z LW Bogdanka - 9,80 zł/tona, a dla relacji z kopalń śląskich - 19,80 zł/tona. Wykonywanie przewozów za powyższe stawki już wówczas stanowiło świadczenie usług na granicy opłacalności. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu PKP Cargo: dla relacji LW Bogdanka - 6,57 zł/tona, a dla relacji z kopalń śląskich - 16,44 zł/tona. Z kolei DB Schenker: dla relacji LW Bogdanka - 7,23 zł/tona, a dla relacji z kopalń śląskich - 18,55 zł/tona. Stawki zaoferowane przez tych wykonawców w niniejszym postępowaniu są zatem nawet 30% niższe niż stosowane w 2009 roku. Wykonywanie przewozów za tę cenę z jednoczesnym osiąganiem zysków jest niemożliwe do zaoferowania z kilku względów. Po pierwsze, w 2010 roku znacząco wzrasta wielkość opłaty podstawowej za dostęp do infrastruktury PKP PLK. W 2009 roku PKP PLK stosowało na tych relacjach następujące stawki: dla relacji LW Bogdanka - 5012,34 zł a dla relacji z kopalń śląskich - 12977,96 zł. W 2010 roku stawki te wyniosą odpowiednio: dla relacji LW Bogdanka - 5516,75 zł, a dla relacji z kopalń śląskich - 13605,62 zł. W ciągu roku stawki dostępu wzrosły zatem o 5 -10 %. Po drugie, w 2010 roku wzrastają również koszty energii. Dla PKP Cargo oraz DB Schenker są to jedne z podstawowych ponoszonych kosztów. Wzrost kosztów energii elektrycznej w 2010 roku nastąpi o 2,2 %. Zestawienie dwóch powyższych faktów prowadzi do wniosku, że mimo wzrostu kosztów dostępu do infrastruktury i energii o 7-12%, stawki oferowane przez PKP Cargo i DB Schenker są nawet o 30% niższe. Koszty te są podstawowymi kosztami zmiennymi i mają znaczący wpływ na oferowaną cenę. Biorąc pod uwagę również inne aspekty, takie jak choćby technologia stosowana przez tych wykonawców, nierealnym jest osiągnięcie zysku z wykonania przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu przy zastosowaniu tak niskich stawek i jednoczesnym wzroście kosztów własnych. Zdaniem wykonawcy, także ceny zaoferowane przez PKP Cargo są rażąco niskie w stosunku do taryfy rynkowej stosowanej przez tegoż przewoźnika. Ceny jakie obowiązywałyby przy uwzględnieniu cen wynikających z oficjalnego cennika PKP Cargo obowiązującego od 1



stycznia 2010 roku, zamieszczonego na stronie internetowej tego wykonawcy, byłyby znacznie wyższe od zaproponowanych w niniejszym postępowaniu. Jak wynika bowiem z § 7 ust. 3 "Taryfy towarowej PKP Cargo SA" Podstawą do obliczania przewoźnego jest "Taryfa towarowa PKP Cargo SA", zgodnie z którą jeżeli szczególne postanowienia taryfowe nie stanowią inaczej, przy ustalaniu przewoźnego stosuje się opłaty podstawowe zawarte w tabeli A -1 oraz współczynniki korygujące zawarte w tabeli A -3. Obliczone w ten sposób przewoźne powiększa się o podatek VAT. Obliczenia dokonane na tej podstawie, przy założeniu ilości towaru 59 ton/wagon, dają następujący wynik: dla przewozów z LW Bogdanka S.A. (odległość taryfowa - 128 km):  $[1.472 \text{ zł (taryfa za odległość z tabeli A-1)} * 2,360 \text{ (współczynnik korygujący ze względu na masę przesyłki - tabela A-3)}] / 59 \text{ ton} = 58,88 \text{ zł/tona netto (71,38 zł/tona brutto)}$ . Z kolei, dla przewozów z kopalń śląskich (odległości od 300 do 400 km, przyjęta średnia odległość 350 km):  $[2952 \text{ zł (tabela A-1)} * 2,360] / 59 \text{ ton} = 118,08 \text{ zł/tona netto (144,06 zł brutto)}$ . Przy zastosowaniu obliczonych w ten sposób stawek cena zaoferowana przez PKP Cargo powinna wynieść ok 795.698.000 zł (siedemset dziewięćdziesiąt pięć milionów sześćset dziewięćdziesiąt osiem tysięcy złotych). Stawki w ofercie złożonej przez PKP Cargo w niniejszym postępowaniu są zatem około 11 - krotnie (dla LW Bogdanka) oraz 8-krotnie (dla kopalń śląskich) niższe niż wynikające z oficjalnego cennika tegoż wykonawcy. Oferta złożona w niniejszym postępowaniu opiewa na ogólną kwotę stanowiącą ok. 13 % kwoty wynikającej ze stosowanego przez tegoż wykonawcę cennika rynkowej. Oczywistym jest, że na tak dużej ilości towaru do przewiezienia stosuje się upusty, ale nigdy w wysokości prawie 90%. Świadczy to jedynie o tym, że PKP Cargo zaoferowało cenę znacznie poniżej kosztów wykonania. Niemożliwe jest bowiem wykonywanie przewozów po cenie ośmiokrotnie niższej niż „normalnie”, przy jednoczesnym osiąganiu z tego tytułu dochodów. Także ceny zaoferowane przez PKP Cargo i DB Schenker nie uwzględniają ograniczeń technologicznych i organizacyjnych tych wykonawców. Technologia używana przez PKP Cargo i DB Schenker nie pozwala na oferowanie tak niskich cen. Zarówno PKP Cargo jak i DB Schenker posługuje się technologią, która nie pozwala na przewożenie ilości, na przewóz których pozwala technologia stosowana przez Odwołującego. Przy stosowanych przez wskazanych wyżej wykonawców rozwiązaniach masa przewożonego ładunku w jednym składzie wynosi średnio 2350 ton. Tymczasem przy stosowanej przez odwołującego technologii możliwe jest przewiezienie jednorazowo 45 wagonów, co daje ok. 2750 ton w jednym składzie. Różnica w wysokości 400 ton wykazuje, że odwołujący jest w stanie przewieźć większe ilości węgla przy mniejszej ilości kursów. W prostej linii przekłada się to na koszty własne, takie jak np. koszty zatrudnienia, koszty zużycia paliwa, koszty utrzymania taboru czy koszty korzystania z torów lub koszty energii trakcyjnej elektrycznej - a co za tym idzie - cenę. Biorąc zaś pod uwagę, że różnica w ilości jednorazowo przewożonego towaru w stosunku do ogólnej ilości

węgla w ramach przedmiotu zamówienia przekłada się na ok. 44 składy do przewiezienia (do wykonania przewozu potrzeba ok. 254 składów odwołującego przy ok. 298 składach PKP Cargo lub DB Schenker) to średnie koszty PKP Cargo czy DB Schenker związane z wykonaniem jednego przewozu są znacznie wyższe. Zarówno PKP Cargo jak i DB Schenker nie posiadają ani rozwiązań technicznych, ani wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia czy też innych obiektywnych czynników, które mogłyby uzasadnić tak niską cenę ofert złożonych przez wskazanych Wykonawców. Także, zdaniem wykonawcy, kondycja finansowa PKP Cargo nie pozwala na oferowanie tak niskich stawek. Na niemożność zaoferowania przewozów po tak niskiej stawce wskazuje również kondycja finansowa PKP Cargo. Jak wynika z ostatnich sprawozdań finansowych PKP Cargo, strata za 2008 rok wyniosła 178.752.793,40 zł. Powyższe samo w sobie wskazuje, że przychody PKP Cargo są niższe od kosztów ich uzyskania. To zaś w dalszej kolejności wskazuje, że stawki stosowane przez PKP Cargo są stawkami zbyt niskimi w stosunku do kosztów. To zaś w dalszej kolejności wskazuje, że stawki stosowane przez PKP Cargo są stawkami zbyt niskimi w stosunku do kosztów, co w sytuacji ubiegania się przez PKP Cargo o pomoc publiczną staje się niedopuszczalną ingerencją Państwa w mechanizmy wolnej konkurencji na rynku przewozów kolejowych. Zdaniem odwołującego niedopuszczalne jest oferowanie przez narodowego przewoźnika cen rażąco niskich dzięki dotacjom od polskich podatników.

V. Na uzasadnienie zarzutu złożenia ofert przez PKP Cargo oraz DB Schenker, co stanowić ma czyn nieuczciwej konkurencji wykonawca podniósł, że jak wykazano powyżej ceny wskazane w ofertach PKP Cargo oraz DB Schenker odbiegają od cen przyjętych na rynku. W ocenie odwołującego skalkulowanie przez PKP Cargo oraz DB Schenker cen w ofertach, może prowadzić do wniosku, że Wykonawcy ci będą realizowali zamówienie poniżej kosztów świadczenia usług. DB Schenker nie wykazała w niniejszym postępowaniu, że cena zaproponowana w ofercie nie jest ceną rażąco niską. Z kolei odwołujący nie miał dostępu do wyjaśnień PKP Cargo, jednak z uwagi na okoliczności podniesione w niniejszym odwołaniu uważa, że PKP Cargo może realizować zamówienie poniżej kosztów świadczenia usług. Niewątpliwie takie skalkulowanie ceny stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Z takim zachowaniem przedsiębiorcy mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Poprzez złożenie przez PKP Cargo oraz DB Schenker ofert zawierających tak niską cenę, cenę nierealną, biorąc pod uwagę sytuację panującą na rynku przewozów kolejowych, również w niniejszym

postępowaniu doszło do naruszenia przez PKP Cargo oraz DB Schenker przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Niewątpliwie poprzez złożenie oferty z ceną rażąco niską, a zatem zaproponowanie świadczenia usług poniżej kosztów, PKP Cargo oraz DB Schenker zmierzają do utrudnienia, a właściwie do wyeliminowania w sposób niezgodny z przepisami prawa innych wykonawców w uzyskaniu niniejszego zamówienia.

W ocenie odwołującego PKP Cargo oraz DB Schenker poprzez zaproponowanie tak niskich cen utrudniają innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, a tym samym eliminują z rynku innych przedsiębiorców (art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

Odwołujący wskazał w konkluzji, że ma interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania, albowiem w przypadku jeżeli zamawiający nie naruszyłby przepisów wskazanych na wstępie, w przedmiotowym postępowaniu wykluczona zostałaby PKP Cargo, a w każdym razie odrzucone zostałyby oferty PKP Cargo oraz DB Schenker. Oferta Odwołującego zostałaaby wówczas wybrana jako najkorzystniejsza spośród złożonych.

**Rozpatrując zarzuty podniesione w odwołaniu Krajowa Izba Odwoławcza biorąc pod uwagę dowody z dokumentacji postępowania, oraz złożone w toku rozprawy wyjaśnienia odwołującego i zamawiającego a także przystępującego do postępowania odwoławczego wykonawcy uznała, iż odwołanie podlega oddaleniu.**

W niniejszej sprawie Izba miała na względzie następujące ustalenia faktyczne i prawne.

Podniesione w odwołaniu zarzuty dotyczą oferty uznanej za najkorzystniejszą wykonawcy - PKP Cargo S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „PKP Cargo”] oraz oferty DB Schenker Rail Polska S.A. z siedzibą w Jaworznie (dalej „DB Schenker”).

Rozpatrując zarzut dotyczący nie spełnienia przez wykonawcę PKP Cargo S.A. wymagania w zakresie pkt 5.4.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), Izba ustaliła, że wykonawca przedstawił w ofercie (str 56) opinię bankową BRE Bank SA z dnia 9 listopada 2009 r. W opinii tej Bank stwierdza, iż wykonawca w banku tym od dnia 26 września 2001 r. posiada rachunek bankowy, a w pkt 5 tej opinii podano, że firma znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej, która zapewnia jej środki finansowe lub zdolność kredytową w kwocie 30.000.000 zł. Zgodnie ze wskazanym postanowieniem specyfikacji, dla potwierdzenia sytuacji finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, zamawiający wymagał wykazania przez wykonawców dostępu do środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości minimum 30.000.000 zł, co wymagało potwierdzenia przez bank, w którym wykonawca posiada podstawowy rachunek bankowy. Zatem podnoszony zarzut

niespełnienia powyższego warunku jest niezasadny, a treść przedłożonej opinii, wbrew twierdzeniom odwołującego się wykonawcy, nie pozostaje w sprzeczności z paragrafem 1 ust.1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane. Także zarzut, iż przedłożona opinia bankowa jest prywatną oceną osób podpisanych pod tym oświadczeniem nie zasługuje na uwzględnienie. Przede wszystkim odwołujący się wykonawca nie przedstawił żadnego dowodu na poparcie swego twierdzenia, iż osoby podpisujące w imieniu Banku załączoną do oferty opinię bankową nie były do tego uprawnione. Z treści pełnomocnictw, przede wszystkim wynika, iż są one uprawnione (według zasad określonych w pełnomocnictwie) do reprezentacji Banku w ramach działalności bankowej bez limitu w przypadku pełnomocnika Pana Grzegorza M., a w przypadku pełnomocnik Pani Katarzyny B. - z limitem 50 mln zł, a zatem znacznie przekraczającym kwotę wymaganą w siwz. Dalej, w treści tych pełnomocnictw zawarto także upoważnienie, dla tych osób m.in. do udzielania kredytów, gwarancji bankowych, podpisywania dokumentów zawierających zobowiązania majątkowe lub mogących skutkować powstaniem zobowiązań, a także pism i dokumentów nie zawierających zobowiązań majątkowych Banku. W ocenie Izby, taka treść pełnomocnictw niewątpliwie uprawniała wskazane osoby działające w imieniu BRE Banku SA do podpisania opinii bankowej dla PKP Cargo SA. Powyższe dodatkowo zostało potwierdzone przez Bank w piśmie z dnia 18 stycznia 2010 r.

Nie zasługuje także na uwzględnienie zarzut dotyczący nie przedłożenia przez wykonawcę PKP Cargo sprawozdania finansowego dla potwierdzenia spełniania warunku wymaganego w pkt 5.4.1 siwz. W tym przypadku Izba przede wszystkim stwierdza, iż zgodnie z przepisem art. 52 ust.2 ustawy o rachunkowości niezasadny jest zarzut odwołującego, iż na sprawozdaniu finansowym spółki brak jest podpisu głównego księgowego. Powołana ustawa w art. 52 ust. 2 wymaga bowiem, aby sprawozdanie finansowe zostało podpisane przez osobę, której powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych, co nie jest równoznaczne ze złożeniem podpisu przez osobę, która jest głównym księgowym spółki. Ponadto Izba zwraca uwagę, iż zgodnie z art. 65 ustawy o rachunkowości w opinii biegły rewident powinien m.in. uwzględnić ocenę czy sprawozdanie zostało sporządzone zgodnie z określonymi ustawą zasadami rachunkowości, oraz dokonać oceny tego sprawozdania w zakresie jego zgodności co do formy i treści z obowiązującymi jednostkę, przepisami prawa, statutem lub umową. Żadne zastrzeżenia do badanych sprawozdań finansowych, co do nie spełnienia proceduralnych wymagań w zakresie art. 52 ust.2 ustawy o rachunkowości nie zostały zgłoszone w opiniach biegłych rewidentów załączonych do oferty. Izba zwraca uwagę, iż na złożonych sprawozdaniach finansowych

wśród zatwierdzających członków zarządu spółki PKP Cargo figuruje podpis członka zarządu – dyrektora ds. Ekonomiki i Finansów.

Także, zdaniem składu orzekającego Izby, kolejny zarzut dotyczący zastosowania przez wykonawcę w ofercie rażąco niskiej ceny nie zasługuje na uwzględnienie. W tym przypadku zarzut ten oparty został na twierdzeniu, że zaoferowane przez PKP Cargo ceny są rażąco niskie w stosunku do szacowanej wartości zamówienia i w stosunku do cen rynkowych bez uwzględnienia wzrostu kosztów świadczenia usług oraz w stosunku do taryfy rynkowej stosowanej przez tegoż przewoźnika, a także, że oferowane ceny nie uwzględniają ograniczeń technologicznych i organizacyjnych wykonawcy, a ponadto kondycja finansowa PKP Cargo nie pozwala na oferowanie tak niskich stawek. W toku rozprawy odwołujący podkreślał, że tylko technologia stosowana przez niego pozwalała na znaczące obniżenie ceny przez niego podanej w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia. Zauważenia, w tym miejscu wymaga, iż zarzut zastosowania w ofercie rażąco niskiej ceny dotyczył również DB Schenker z argumentacją ceny rażąco niskiej w stosunku do szacowanej wartości zamówienia, stawek rynkowych bez uwzględnienia wzrostu kosztów świadczenia usług oraz ograniczeń technologicznych i organizacyjnych wykonawcy.

Jak ustalił skład orzekający Izby, zamawiający wezwał wykonawcę PKP Cargo do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W tych wyjaśnieniach wykonawca stwierdził, iż wartość szacunkowa zamówienia została przeszacowana, co zamawiający przyznał w toku rozprawy, wskazując także na powiększenie szacowanej kwoty wartości zamówienia o rezerwę, z uwagi na obowiązującą w spółce długotrwałą procedurę zatwierdzania kwot wydatków. W złożonych wyjaśnieniach podkreślił również, iż na wysokość zaoferowanej ceny miały wpływ m.in. takie elementy jak efekt skali (masa zlecona do przewozu), efekt czasookresu trwania umowy (okres wykonania zamówienia 24 miesiące), rzeczywisty obrót wagonami i czas ich zaangażowania, przyjęcie do przewozu określonych rodzajów wagonów (niższe koszty związane z eksploatacją węglarek budowy normalnej), efekt doświadczenia (wypracowany sprawny system dostarczania przesyłek), a także wskazano na uwzględnienie kosztów dostępu do infrastruktury PKP PLK S.A., a w toku rozprawy przystępujący do postępowania odwoławczego wykonawca podkreślił wpływ zmian organizacyjnych prowadzonych w spółce na obniżenie kosztów ogólnozakładowych, co zostało również uwzględnione w cenie oferty. W ocenie Izby, wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę – w trybie art. 90 ust.1 PZP - wskazują na brak podstaw do zastosowania art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy PZP, albowiem nie potwierdzają zarzutu, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Izba zwraca w szczególności uwagę, iż zarzut odwołującego co do zastosowania przez PKP Cargo rażąco niskiej ceny został oparty przede wszystkim na twierdzeniu, że tylko technologia i organizacja stosowana

przez odwołującego przy przewozach pozwala na zaproponowanie ceny niższej – tak jak w jego ofercie – w stosunku do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia. W toku rozprawy – jak podano wyżej – ustalono, iż przyjęta wartość zamówienia została przez zamawiającego podwyższona o kwotę rezerwy ze względu na obowiązujące w spółce procedury zatwierdzania wydatkowanych kwot. Jednocześnie Izba stwierdza, iż twierdzenia odwołującego co do stosowanych szczególnych rozwiązań technologicznych i organizacyjnych nie zostały przez wykonawcę poparte dowodami.

Wobec powyższych ustaleń nie zasługuje na uwzględnienie zarzut złożenia przez wykonawcę PKP Cargo oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, albowiem oparty został na przedstawieniu przez PKP Cargo rażąco niskiej ceny, który to zarzut uznany został przez Izbę za niezasadny.

Izba mając na względzie przepis art. 191 ust.3 PZP pozostawiła bez rozpatrzenia zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 1 PZP w związku z art. 8 tej ustawy w zakresie nie odrzucenia oferty PKP Cargo z powodu zastrzeżenia przez wykonawcę informacji zawartych w piśmie z dnia 3 grudnia 2009 r. stanowiących – na podstawie art. 90 ust.1 PZP - wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zarzut zastrzeżenia tych informacji z naruszeniem przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie został podniesiony w proteście wykonawcy i zgodnie z powołanym przepisem art. 191 ust.3 PZP, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. Na marginesie Izba zauważa, iż zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 zamawiający dokonuje oceny czy zastrzeżona przez wykonawcę informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust.4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wynikiem takiej oceny – jak wynika z uzasadnienia tej uchwały - może być stwierdzenie braku skuteczności takiego zastrzeżenia i w konsekwencji może prowadzić do ujawnienia tej informacji innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o zamówienie publiczne, a nie przesądzać o kwalifikacji takiej oferty jako niezgodnej z ustawą i stanowić automatyczną podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 1 PZP.

Rozpatrując zarzut dotyczący oferty wykonawcy DB Schenker Rail Polska S.A. co do nie wykazania przez wykonawcę doświadczenia wymaganego pkt 5.3.1 siwz skład orzekający Izby na podstawie oferty tego wykonawcy stwierdził, iż listy referencyjne przedstawione w ofercie (załącznik nr A5 str 62-65) nie wykazują jednoznacznie, że przewozy zostały należycie wykonane. Należy zgodzić się z odwołującym, że załączone listy

referencyjne mają cechy tylko rekomendacji spółki DB Schenker jako „sprawzonego partnera i godnego polecenia” a zatem nie mogą być traktowane w świetle paragrafu 1 ust.2 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane jako dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług przewozu węgla ujętych w wykazie nr A5 stanowiącym załącznik do oferty (str 61 oferty). Tym samym podniesiony przez odwołującego zarzut jest zasadny i w tym przypadku zamawiający dokonując oceny tego wymagania powinien zastosować procedurę, o której stanowi przepis art. 26 ust. 3 ustawy PZP.

Co do zarzutu nie wykazania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, według pkt 5.3.2 specyfikacji, Izba stwierdziła, iż zarzut ten nie jest zasadny. W tym przypadku wykonawca DB Schenker, uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przedstawił w ofercie (str 135) oświadczenie wraz z załącznikiem podpisane przez dwóch członków zarządu spółki potwierdzające dysponowanie wagonami i lokomotywami wymaganymi wymienionym postanowieniem specyfikacji. Izba zauważyła również, iż zgodnie z odpisem KRS uprawnionymi do reprezentowania spółki jest dwóch członków zarządu wymienionych w KRS, przez których sporne oświadczenie wraz z wykazem – podobnie jak formularz oferty nie kwestionowany – zostało podpisane. Odwołujący nie kwestionował także faktu, iż DB Schenker jest następcą prawnym PCC Rail S.A., a zatem ma tytuł prawny do legitymowania się taborem wskazanym w wykazie.

Kolejny zarzut w zakresie oferty DB Schenker, a dotyczący rażąco niskiej ceny, Izba również uznała za niezasadny. Jak wyżej wskazano zarzut odwołującego z argumentacją ceny rażąco niskiej był odnoszony do szacowanej przez zamawiającego wartości zamówienia, stawek rynkowych bez uwzględnienia wzrostu kosztów świadczenia usług oraz do ograniczeń technologicznych i organizacyjnych wykonawcy. Zdaniem Izby, w wyjaśnieniach zawartych w piśmie z dnia 3 grudnia 2009 r. wykonawca podał obiektywne czynniki związane z organizacją przewozów, wykorzystaniem synergii w przewozach z kopalń Śląska oraz obniżenie kosztów PKP PLK w roku 2011 a także wprowadzenie nowego systemu utrzymania, które to elementy mogły mieć wpływ na wysokość ceny oferty. Jak już wcześniej wskazała Izba - w toku rozprawy - ustalono, iż przyjęta wartość zamówienia została przez zamawiającego podwyższona o kwotę rezerwy ze względu na obowiązujące w spółce procedury zatwierdzania wydatkowanych kwot. Podobnie – jak wcześniej w przypadku PKP Cargo - Izba stwierdza, iż twierdzenia odwołującego co do stosowanych szczególnych rozwiązań technologicznych i organizacyjnych nie zostały przez wykonawcę poparte dowodami. Wobec powyższych ustaleń nie zasługuje także na uwzględnienie zarzut złożenia przez wykonawcę DB Schenker oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, albowiem oparty został na

przedstawieniu przez wykonawcę rażąco niskiej ceny, który to zarzut uznany został przez Izbę za niezasadny.

Dokonując rozstrzygnięcia w przedmiocie zasadnego zarzutu dotyczącego oferty DB Schenker (doświadczenie wymagane pkt 5.3.1siwz), skład orzekający Izby jednocześnie miał na względzie przepis art. 191 ust.1a PZP, zgodnie z którym odwołanie podlega uwzględnieniu, jeżeli stwierdzone naruszenie przepisów ustawy, miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W niniejszym postępowaniu za najkorzystniejszą ofertę uznana została oferta PKP CARGO, do której podnoszone zarzuty przez odwołującego, Izba uznała za niezasadne, a zatem stwierdzone naruszenie przepisów ustawy w ustalonym przez Izbę zakresie, nie ma wpływu na wynik postępowania i tym samym odwołanie nie może być uwzględnione. Izba jednocześnie zauważa, iż zgodnie z oświadczeniem zamawiającego złożonym na rozprawie wykonawca DB Schenker nie przedłużył terminu związania oferty mimo pisemnego wezwania skierowanego do wykonawców.

Uwzględniając powyższe orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 PZP, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego się wykonawcy na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy i ograniczając wysokość wynagrodzenia do kwoty 3600 zł, jako uzasadnione koszty postępowania - § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).



Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Radomiu**

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....