

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 czerwca 2010 r.

Sąd Okręgowy w Lublinie IX Wydział Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący; ŚSO	Sławomir Boratyński (spr.)
Kędziołowie: SO	BeaLa Przeniosło
so	Małgorzata Skoczyńska
ProLokolant:	Sabina Tutalak

po rozpoznaniu w dniu 10 czerwca 2010 roku w Lublinie

na rozprawie

sprawy odwołania od rozstrzygnięcia przez zamawiającego „Elektrowni Kozienice” Spółki Akcyjnej w Świerżach Górnych protestu odwołującego konsorcjum firm: Freightliner PL spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i CML Logistics spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, w Warszawie

prawy udziale zamawiającego „Elektrowni Kozienice\* Spółki Akcyjnej w Warszawie i przystępującego po stronie zamawiającego do odwołania PKP Cargo Spółki Akcyjnej w Warszawie

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 16 marca 2010 r.

sygn. akt K10/UZP81/10

L oddała skargę;

I. zasądza od skarżącego konsorcjum firm: Freightliner PL spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i CTL Logistics spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie solidarnie na rzecz zamawiającego „Elektrowni Kozienice” Spółki Akcyjnej w Świerżach Górnych kwotę 1 200 (tysiąc dwieście) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego;

III. zasądza od skarżącego konsorcjum firm: Freightliner PL spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, w Warszawie i CTL Logistics spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie solidarnie na rzecz przystępującego po stronie zamawiającego do odwołania PKP Cargo Spółki Akcyjnej w Warszawie kwotę 1200 (tysiąc dwieście) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego.

## UZASADNIENIE

HATokicm z dnia 16 marca 2010 r. Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu nfi rozprawie w dniu 11 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez konsorcjum firm; (-'reightliner Pb Sp. z <ó, w Warszawie i CTL Logistics Sp z o.o. w Warszawie osi rozstrzygnięcia zamawiającego Elcklrowni Kozienice Spółki Akcyjnej w Kozienicach, przy udziale Polskich Kolei Paustwowych CARfO Spółki .Akcyjnej w Waiszawie, oddaliła odwołanie (pki 1) zaś kosztami postępowania obciążyła konsorcjum limi : hreighlliner Pb Sp. z o.o. w Warszawie i CTL Logisfics Sp. z o.o. w Warszawie

Jako uzasadnienie odwołania. Krajowa Lbn Odwoławcza stwierdził u, że podniesienie zarzuty dotyczą olerly uznanej za najkorzystniejszą wykonawcy - PKP Cargo S.A. z siedzibą xv Warszawie oraz oferty DR Kchenkr Raíl Polska K.A. z siedzibą w Jaworznie. Rozpatrując zarzut dotyczący nie spełnienia przsz wykonawcę PKP Cargo S.A. wymagania w zakresie pki 5.4.2 specyfikacji istoLnych warunków zamówienia (siwzk Izba ustaliła, że wykonawca przedstawił w ofercie (str. 56) opinię bankową BRE Bank SA z dnia 9 listopada 2t)09 r., w której powyższy bank stwierdza, iż wykonawca w banku tym od data 26 września 2001 r. posiada rachunek bankowy, a w pki ? tej opinii podano, że firma znajduje sic w sytuacji ekonomicznej i Finansowej, która zapewnia jej środki finansowe lub zdolność kredytową w kwocie 50000 000 zł. Zgodnie ze wskazanym postanowieniem specyfikacji, dla potwierdzenia sytuacji finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, zamawiający wymagał wykazania przez wvkonawctiw dostępu do środków iin<trisowych lub zdolności kredytowej w wysokości minimum 50 OOfl 000 zł, co wymagało potwierdzenia przez bank w którym wykonawca posiada podstawowy rachunek bankowy . Żalem podnoszony zaizut niespełnienia powyższego warunku jcnl niezasadny, a treść przedłożonej opinii, wbrew twierdzeniom odwołującego się wykonawcy, nie pozostaje w sprzeczności z § 1 ust. 1 pki rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentnów, jakich może żądać zamawiający od Wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane. Także zaizul, iż przedłożę na opinia bankowa jest prywatną oceną osób podpisanych pod tym oświadczeniem nic zasługuje na uwzględnienie. Przede wszystkim odwołujący się wykonawca nic przedstawił żadnego dowodu na poparcie swego twierdzenia, iż osoby podpisujące w imieniu banku pod załączoną do olerty opinię bankową nic były do tego uprawnione. Z treści pełnomocnictw, przede wszystkim wynika, iż są one uprawnione (według zasad określonych w pełnomocnictwie) do reprezentacji banku w<sup>1</sup> ramach działalności bankowej bez limitu w przypadku pełnomocnika Grzegorza Magnuskiego, a w przypadku pełnomocnik Katarzyny Borowskiej - z limitem 50 mln zł. , a zatem znacznie przekraczającym kwotę wymaganą przez siwŁ, Palej, w treści tych pełnomocnictw zawarto także upoważnienie, dla tych osób m.in. do udzielania kredwłów, gwarancji bankowych, podpisywania dokumentów zawierających zobowiązania majątkowe lub mogących skutkować powstaniem zobowiązań, a także pism i dokumentów nie zawierających zobowiązańi majątkowych banku. Izba uznała, że laka treść pełnomocnictw niewątpliwie uprawniała wskazane osoby działające w imieniu

BRE Banku SA do podpisania opinii bankowej di a PKP Cargo SA. Powyższe dodatkowo ZOSiaJo potwierdzone przez bank w piśmie z dnia 1S stycznia 2010 r.

Nie zasługuje także ua uwzględnienie zarzut dotyczący nie przedłożenia przez wykonawcę PKP Cargo sprawozdania finansowego dla potwierdzania spełniania warunku wymaganego w pkt 5-4.1 si wz. W tym przypadku Izba stwierdziła, iż zgodnie z przepisem art. 52 unt.2 ustawy o rachunkowości niezasadny jest zarzut odwołującego, iż na sprawozdaniu finansowym spółki brak jest podpisu głównego księgowego. Powołana ustawą 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 Łeba zwróciła 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 jednostką, 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 zwróciła również uwagę, iż na złożonych sprawozdaniach finansowych wśród zatwierdzających członków zarządu spółki PKP Cargo figuruje podpis członka zarządu „dyrektora ds. Ekonomiki i Finansów.

Także zarzut dotyczący zastosowania przez wykonawcę w ofercie rażąco niskiej ceny nie zasługiwał zdaniem Izby na uwzględnienie. W tym przypadku zarzut (oparty został na twierdzeniu, że zaoferowane przez PKP Cargo ceny są rażąco niskie w stosunku do szacowanej wartości zamówienia i w stosunku do cen tynkowych 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 także, iż zarzut zastosowania w ofercie rażąco niskiej ceny dotyczył również DB Schenker z argumentacją ceny rażąco niskiej w stosunku do szacowanej wartości zamówienia i 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, efekt czasookresu trwania umowy, rzeczywisty obrót wagonami i czas ich zaangażowania, przyjęcie do przewozu określonych rodzajów wagonów, efekt doświadczenia, a także wskazano na uwzględnienie kosztów dostępu do infrastruktury PKP Cargo 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 IVP - wskazują na brak podstaw do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy IVP, 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 oparty przede wszystkim na twierdzeniu, że tylko technologia i organizacja stosowana przez odwołującego już w przewozach pozwala na zaproponowanie ceny niższej - jak już w jego o kroic - w stosunku do wartości szacunkowej przedmiotowego 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 stwierdziła, iż twierdzenia odwołującego co do stosowanych szczególnych rozwiązań technologicznych i organizacyjnych nie zostały przez wykonawcę poparte dowodami. Wobec powyższego nie zasługiwał na uwzględnienie zarzutu 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 niższej niskiej ceny, który zarzut uznany został przez Izbę za niezasadny.

Izba mając na względzie przepisy art. 191 ust. 3 PZP pozostawiała 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 zauważyła, iż zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt III C/P 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 przesłankę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 1 PZP,

Wzpalając- 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 nie wykazują jednoznacznie, że przewozy zostały należycie wykonane. Izba zgodziła się z odwołującym, że załączone listy referencyjne mają cechy tylko rekomendacji spółki DB Schenker jako "sprawdzonego partnera i godnego polecenia" a zatem nie mogą być traktowane w świetle § 1 List 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. Tym samym podniesiony przez odwołującego zarzut został uznany za zasadny, gdyż 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 53,2 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. 13 5) oświadczenie wstz z załącznikiem podpisane przez dwóch członków zarządu spółki potwierdzające dysponowanie wagonami i lokomotywami wymaganymi w wymienionym postanowieniu specyfikacji. Izba zauważyła również, iż zgodnie z odp. jsem KRS uprawnionymi do reprezentowania spółki jest dwóch członków zarządu wymienionych w KKH<sub>F</sub> przez których sporne oświadczenie wraz z wykazem - podobnie jak formularz oferty nie kwestionowany - została podpisane. Odwołujący nie kwestionował także faktu, iż DB Schenker jest następcą prawnym PCC Rail Ś. A., a zatem ma tytuł prawny do legitymowania się taborem wskazanym w wykazie.

Kolejny zarzut w zakresie oferty DB Schenker dotyczący rażąco niskiej ceny Izba również uznała za niezasadny. 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 r. a także wprowadzenie nowego systemu utrzymania, które to elementy mogły mieć wpływ na wysokość ceny oferty. Izba ustaliła\* iż przyjęta wartość zamówienia została przez zamawiającego podwyższona o kwotę rezerwy ze względu, na obowiązujące w spółce procedury zatwierdzania w/dalkowanych 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 ualeń nie zasługiwał 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 5.3.1 siwz) skład orzekający Izby jednocześnie miał na względzie przepis art. 191 ust. 1 a PZT, 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 stwierdzane naruszenie przepisów ustawy w ustalonym przez

[z bę zakresie, nie ma wpły<sup>1</sup>\*TM na wynik postępowania i tym samym odwołanie nie może być uwzględnione. Izba jednocześnie zauważyła, iż zgodnie z oświadczeniem zamawiającego złożonym na rozprawie wykonawca DB Schenker nie przedłużył terminu związania oferty mimo pisemnego wezwania skierowanego do wykonawców,

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 1 600 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.

Od powyższego rozstrzygnięcia skargę złożyło konsorcjum firm: Heřghiliner PL Sp. z o.o. w Warszawie i Cli. T.ngEsrics Sp. z o.o. w Warszawie zaskarżając wyrok w całości i zarzucając mu:

1. naruszenie prawa materialnego poprzez oddalenie odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą, a tym samym nieuwzględnienie słusznych zarzutów skarżącego, mianowicie;

a) art. 22 ust. 1 pkt C aii. 22 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt

5 ustawy poprzez dopuszczenie przez zamawiającego do udziału w postępowaniu oraz dokonanie wyboru oferty PKP Cargo S.A., mimo tego że z załączonej do oferty PKP Cargo S.A. opinii bankowej oraz sprawozdań finansowych wynika, że wykonawca tej oferty nie spełnia wymogu pozostawania w odpowiedniej sytuacji finansowej i ekonomicznej, a tym samym podlega wykluczeniu z postępowania; w sytuacji zaś dopuszczenia PKP Cargo S.A. do udziału w postępowaniu zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę tego wykonawcy zwłaszcza że dokumenty te są niezgodne z dyspozycją pkt 5.4.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, co narusza jednocześnie przepisy § 1 ust. 3 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<sup>7</sup> mogą być składane

b) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy poprzez nie odrzucenie oferty PKP Cargo S.A., która zawiera rażąco niską cenę

c) art. 7, art. 8, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy poprzez uniemożliwienie skarżącemu skorzystania ze środków ochrony prawnej przejawiające się w zastrzeżeniu jawności informacji, którymi te zastrzeżenia PKP Cargo S.A. nie mogła żądać, tj. zestawienia ilości lokomotyw i wagonów posiadanych przez PKP Cargo S.A. oraz odpowiedzi PKP Cargo S.A. naapytanie o elementy oferty mające wpływ na wysokość oferowanej ceny, a zamawiający takiego zastrzeżenia nie miał prawa zatwierdzić, czym skarżącemu utrudnił również udział w postępowaniu na równi z innymi wykonawcami, a zamawiający powinien ofertę taką odrzucić.

2. naruszenie przepisów postępowania, mające istotny wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie;

a) art. 188 ust. 6 ustawy, art. 188 ust. 7 ustawy poprzez bezzasadne przyjęcie, że cena zaproponowana przez PKP Cargo S.A. nie jest ceną rażąco niską przy oparciu się wyłącznie na niepoprzedzonych dokumentami twierdzeniach zamawiającego, przy jednoczesnym odmówieniu przeprowadzenia dowodów zgłoszonych na tę okoliczność przez skarżącego;

b) art. 188 ust. 4 ustawy, art. 188 ust. 7 ustawy poprzez nieuwzględnienie wniosku dowodowego skarżącego o powołanie biegłego, w sytuacji gdy wyjaśnienie okoliczności, że cena zaproponowana przez PKP Cargo S.A. jest rażąco niską w związku ze wzrostem kosztów dostępu do infrastruktury kolejowej oraz kosztów energii wymagał posiadania wiadomości specjalnych, zwłaszcza, że dokumenty

dotyczące technologii PKP Cargo S.A. znajdowały się w aktach postępowania wraz z ofertą tego wykonawcy;

c) art. 155 ust. 6 ustawy, art. 188 ust. 7 ustawy poaraz bezzasadne przyjęcie za udowodnione twierdzenia pełnomocnika zamawiającego, że szacunkowa wartość zamówienia została powiększana o wartość dodatkowej rezerwy finansowej, przez co nie można stwierdzić, że cena zaoferowana przez PKP Cargo S.A. jest rażąco niska w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia;

d) art. 155 ust. 6 ustawy, art. 188 ust. 7 ustawy poprzez nieuwzględnienie wniosku dowodowego skarżącego o dopuszczenie dowodu z raportu Najwyższej Izby Kontroli z działalności PKP Cargo na rynku przewozów krajowych i międzynarodowych na okoliczność, że stan finansów spółki PKP Cargo nie pozwala na stosowanie cen zaoferowanych w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego i oparciu się w tej kwestii jedynie na twierdzeniach zamawiającego.

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez uwzględnienie odwołania w całości, a także zasądzenie od zamawiającego na rzecz skarżącego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Zamawiający w odpowiedzi na skargę wniósł o jej zwrot z powodu nienależytego opłacenia ewentualnie jej oddalenie jako niezasadnej. Wniósł on także o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania wywołanego wniesieniem skargi,

Uczestnik postępowania wykonawca, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego również wniósł o jej zwrot z powodu nienależytego opłacenia, ewentualnie jej odrzucenie z powodu braków formalnych w zakresie doręczenia odpisu skargi, ewentualnie o jej oddalenie jako niezasadnej. Wniósł on także o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania wywołanego wniesieniem skargi,

**Sąd Okręgowy Sąd Gospodarczy rozpoznając przedmiotową skargę ustalił zważył, co następuje:**

Przed merytorycznym rozpoznaniem zasadności zarzutów zawartych w skardze należało w pierwszej kolejności rozpoznać zarzutu w przedmiocie zwrotu skargi z powodu jej nienależytego opłacenia oraz w zakresie doręczeń i odpisów skargi.

Wbrew twierdzeniom zamawiającego i wykonawcy który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skarga w ocenie Sądu Okręgowego została opłacona należycie i nie podlega zwrotowi. Treść zapisu art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz w sprawie kosztów sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. z dnia 2009-11-05, poz. 1591) wskazując na postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i konkursy nie odsyła tylko i wyłącznie do postanowień ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie wskazuje w ogóle o jakie przepisy dokładnie chodzi. Odsyła tylko do przepisów- dotychczasowych nie określając jakie przepisy chodzi, w tym w szczególności nie precyzuje, że chodzi tu tylko i wyłącznie o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Jak wskazano wyżej odsyła on nam miast do przepisów regulujących powyższe postępowania jako takie. Należy także wskazać, że

przepis ten nie odsyła do żadnego konkretnego etapu tych postępowań - jawniawiac ogólnie o postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i konkursach .W tym też zakresie zatem również nie odsyła do żadnych konkretnych przepisów regulujących te postępowania w tym od strony wysokości ponoszonych przez ich uczestników kosztów . w tym kosztów sądowych . Nie odsyła on także do określonych części tegoż postępowania . ani też nie wyłącza żadnych z nich < np. związanych z wnoszeniem środków ochrony prawnej , które wiążą się ? . tymi postępowaniami i nie sąozsłrzygunc w oderwaniu od nich . Odsyła on do całego postępowania w tym przedmiocie . Stosownie bowiem do tego przepisu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe . Brak jest też zapisu w tej ustawie który by przepisy interporalne , jak obce Łęgu zamawiający zawęzał tylko i wyłącznie do zmian dokonanych w powyżej ustawie Prawo zamówień publicznych . Gdyż zapis zawarty w art. 5 tejże ustawy Sianowi n że ustawa w zakresie wszystkich wprowadzonych nią zmian ( w tym w zakresie wysokości opłat sądowych ) wchodzi w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia , z wyjątkiem art. 1 pkt 5 i art. o ust. 2. które wchodzi w życie z dniem ogłoszenia . Tak więc w tym zakresie będą mieć zastosowanie przepisy dotychczasowe określające wysokość opłaty od skargi a nie przepisu nowe wprowadzoną tą ustawą,

W ocenie Sądu Okręgowego nie jest także zasadny wniosek od odrzucenie przedmiotowej skargi . Nie jest bowiem zasadny zarzut uczestnika postępowania w zakresie braku doręczenia jej odpisu wykonawcy . który przystąpił do postępowania odwoławczego po . ■itwne zairuiwajuccu . Zgodnie bowiem z aktualnym orzecznictwem Sądu Najwyższego f por uchwała z dn 24 lulego 2609 r. , III CZ? 147/01? , tSNC 20Q9-'12/IÓ7... ) , które Sąd Okręgowy w składzie rozpoznającym [lrzedmiotową skargę w całości ]tndziela i aprobuje , w razie wnieHiema za pośrednictwemLn Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do sądu okręgowego skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, skarżący nie przesyła jej odpisu wykonawcy, który zgłosił prrwstajńnic do postępowania odwoławczego po stronie przeciwnika skargi . Faktem jest , że zamawiający jako strona postępywaaia toczącego się przed Prezesem Urzędu Swiówień Publicznych dział za pośrednictwem proicjsjonalnego pełnomocnika procesowego . Nic ulega też wąp li włości , że odpis skargi nie został doręczony pracz pełnomocniku skarżącego na adres kancelarii prawniczej prowadzonej przez tego pełnomocnika procesowego zamawiającego . Ustanawiając jednakże tego pełnomocnika procesowego ani pełnomocnik w postępowaniu przed Izbą , ani sam zamawiający nie wskazali adresu tego pełnomocnika , ani te? . nie określili adresu , na który mają być dokonywano doręczenia dla pełnomocnika , Skarżący ani też jego pełnomocnik nie byli natomiast sami zobowiązani do ustalania tego adresu na podstawie np. dokumentów złożonych do akt tegoż postępowania , takich jak np, faktury wystawione przez (ego pełnomocnika , To zaś , że przesyłając odpis skargi skarżący oprócz firmy zamawiającego nie wskazał także dodatkowo danych jego pełnomocnika nie może w świetle powyższego skutkować uznaniem T że doręczenie te n ie było prawi (łowe. , czy też nie było ono skuteczne . Na marginesie należy tylkt wskazać , że odpis skargi dotarł do tego pełnomocnika , bowiem złożył on w imieniu zamawiającego odpowiedź na skargę i nie popływał się w niej nawet na wadliwe doręczenie mu odpisu skargi ,

W tym miejscu należy także wskazać >?£ w niniejszym pizypadkn Sąd Okręgowy nie uwzględnił wniosków dowodowych zawartych w przedmiotowej skardze -Część z tych wniosków nie została uw7i\*łędnrona z powodu prekluzji . Stosownie do przepisu art. 352 kpc sąd drugiej instancji orzeka na podstawie materiału zebranego w postępowaniu w pierws?fi instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym . Później , gdy spór przenosi się przed sąd drugiej instancji, sąd ten może tkpuścić w zasadzie tylko takie dowody , których dopuszczenie uzasadnia przepis art 38 3 kpc . Zgodnie zaś z tym przepisem sąd drugiej instancji może pominąć nowe fakty i do wody Jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, chyba że potrzeba powołania się na nie wynika później . Obowiązująca w Kodeksie postępowania cywilnego zasada kontradyktoryjności i uwolnienie sądu orzekającego od odpowiedzialności za rezultat postępowania dowodowego, którego dysponentem są strony (por. orzeczenie SN z dnia 7 marca 1997 r., II CKN 70'96, OSNC 1997, nr B, poz. 113) oznacza , że sądem faktu stał się sąd I instancji . W niniejszym przypadku

należy natomiast odnieść również do postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą. W toku tego postępowania powinny być patem wyczerpująco przedstawione kwestie sporne, fakty i dowody, Przed sądem II instancji nowe fakty i dowody mogą być zgłaszane jedynie wyjątkowo (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 Lipca 1999 r., II CKN 417/98, Prok. i Pr. ] 999/11-12/35). W przyjętym systemie apelacji celem postępowania apelacyjnego jest bowiem ponowne i wszechstronne zbadanie sprawy pod względem faktycznym i prawnym. Zasadą pozostaje jednak wskazano wyżej, że koncentracja materiału faktycznego i dowodowego powinna nastąpić już przed sądem pierwszej instancji. Chociaż więc dopuszczalność nowego materiału procesowego przed sądem apelacyjnym jest regułą to doznaje ona ograniczenia poprzez unormowanie art. 381 kpc Sąd drugiej instancji jest zobowiązany na wniosek strony materiał ten uzupełnić, jeżeli jest to konieczne dla rozstrzygnięcia sprawy, lecz równocześnie jest uprawniony do pominięcia nowych faktów i dowodów zgłoszonych dopiero w postępowaniu apelacyjnym a w przedmiotowym przypadku postępowaniu skargowym, gdy zachodzą przesłanki określone wymienionym przepisem. Strona przed Iym sądem powinna zatem wykazać, że nie mogła ich przedstawić w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji (gdyż wówczas jeszcze nie istniały lub o nieb nie wiedziała, albo też że chodziły istotne przyczyny usprawiedliwiające niemożność ich przedstawienia) lub że potrzeba ich oferowania powstała dopiero później. O istnieniu potrzeby powołania się na nowe fakty i dowody nie decyduje samo zapady waaic strony, lecz przedmiotowa ocena istniejącego stanu rzeczy, której dokonuje sąd (por. wyrok Sądu

Najwyższego z dnia 10 maja 2006 r., II CKN 797/UG, Prok. i Pr. 2000/10/42. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 maja 1999 r. I CKN 67S/97, Prok. i Pr. 1999/5.4<>). Oznacza to że nie można oprzeć apelacji (skargi) na nowych faktach i dowodach, których strona nie powołała w pierwszej instancji tylko dlatego, że uważała, iż nie zachodzi taka potrzeba, gdy?, przytoczony przez nią materiał procesowy wystarczy do uzasadnienia Jej roszczenia lub obrony (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 lutego 1973 r. II CR 647/72, LLX nr 7212). Strona nie może skutecznie żądać też ponownienia lub uzupełnienia dowodu w postępowaniu apelacyjnym także tylko dlatego, że spodziewała się korzystnej dla siebie oceny tego dowodu przez sąd pierwszej instancji t. por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 1997 r., II CKN 446/97, OSNC 199S/4/Ó7 j, Również wy tlenie niekorzystnego dla strony wyroku tte może stanowić sŁimoi sinej podstawy powołania się w postępowaniu apelacyjnym na nowe fakty i dowody (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 1999 r. I PKN 649/9 K, OS NAP 2000/10/389), Skarżący w treści swojej skargi wnosząc o przeprowadzenie uzupełniającego postępowania dowodowego przez sąd odwoławczy w zakresie odpisu z KKS otuz cennika w ocenie Sądu Okręgowego nie wykazał że nie mógł powołać w apelacji wniosków dowodowych przedstawić w postępowaniu przed KIO ani też że potrzeba ich powołania powstała dopiero później. Przedmiotowy wniosek dowodowy jako spóźniony z przyczyn wskazanych powyżej tlic mógł zostać uwzględniony przez Sąd Okręgowy. W ocenie Sądu Okręgowego nie istniały również żadne przeszkody, aby zgłoszone dopiero w skardze dowody zostały zgłoszone przez profesjonalnego pełnomocnika procesowego skarżącego już w toku postępowania przed KIO i to jeszcze przed wydaniem zaskarżonego wyroku. Istnienie tych dowodów było nie tylko skarżącemu doskonale znane ale też nie istniały żadne przeszkody aby skarżący w ich posiadanie wszedł już wcześniej wP trakcie postępowania odwoławczego, a piżnaininicj powinno być znane przy dołożeniu należytej staranności. Skarżący w ocenie Sądu Okręgowego przedmiotowe dokumenty dołączone dopiero do skargi jako jej załączniki winien przedstawić już w hak ci e postępowania odwoławczego skoro miały uzasadniać one zasadność podnoszonych w tym postępowaniu zarzutów.

Sama skarga w ocenie Sądu Okręgowego jest bezzasadna i nie zasługuje na jej uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do zarzutów naruszenia przepisów postępowania. Niezasadny jest zarzut naruszenia art. 103 ust. 6, art. 104 ust. 7 ustawy EY.P *potłżji?*. bezzasadne przyjęcie, że cena zaproponowana przez PKP Cargo S.A. me jest ceną rażąco niską przy oparciu się jedynie; na niepopartych dokumentami twierdzeniach zamawiającego, przy jednoczesnym odmówieniu przeprowadzenia dowodów zgłoszonych na tę okoliczność przez, skarżącego. W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że Krajowa Izba Odwoławcza rozważając kwestię rażąco niskiej ceny oparła się na wyjaśnieniach PKP

CAR CIO, złożonych w piśmie datowanym 3 grudnia 2009 r., dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny przeprowadzonych (k. 125). Należy zauważyć, że powyższe wyjaśnienia są właściwym środkiem dowodowym w przedmiocie rażąco niskiej ceny oferty przewidzianym w art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29. stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2007 r. Nr 223 poz. 1 G56 ze zm.). W ocenie Sądu Okręgowego Krajowa Izba Odwoławcza nie naruszyła art. 158 tisl. 6 i 7 ustawy PZP.

gdyż ocena rażąco niskiej ceny w ofercie PKP CAR 00 została dokonana z uwzględnieniem dokumentów zgromadzonych w aktach sprawy. W tej sytuacji twierdzenia skarżącego, iż Krajowa Izba Odwoławcza oparła się wyłącznie na twierdzeniach zamawiającego jest gołosłowny i nie może być uwzględniony.

Kolejny zarzut dotyczący naruszenia przepisów postępowania dotyczy art. 158 ust. 4, art. 159 ust. 6, art. 158 ust. 7 ustawy PZP poprzez nieuwzględnienie wniosku dowodowego skarżącego o powołanie biegłego, w sytuacji gdy wyjaśnienie okoliczności, że cena zaproponowana przez PKP Cargo S.A. jest ceną rażąco niską w związku ze wzrostem kosztów dostępu do infrastruktury kolejowej oraz kosztów energii wymagała posiadania wiadomości specjalnych, zwłaszcza, że dokumenty dotyczące technologii PKP Cargo S.A. znajdowały się w aktach postępowania wraz z ofertą tego wykonawcy. W ocenie Sądu Okręgowego powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza, że kwestia rażąco niskiej ceny należy do kompetencji i jej rozstrzygnięcie zasadniczo nie wymaga wiadomości specjalnych. W związku z powyższym Sąd Okręgowy również oddalił ten wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność, że ceny stosowane przez PKP CARGO są cenami rażąco niskimi w związku ze wzrostem kosztów dostępu do infrastruktury kolejowej oraz kosztów energii, gdyż rozstrzygnięcie tej kwestii również nie wymaga wiadomości specjalnych tym bardziej, że skarżący nie wskazał jakich konkretnie wiadomości specjalnych wymagałoby ustalenie, że cena jest rażąco niska. Oceny rażąco niskiej ceny sąd dokonuje na podstawie całości kształtu materiału dowodowego, w tym zwłaszcza wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy PZP. Wynika to ze specyfiki spraw z zakresu zamówień publicznych. Należy zauważyć, że przedmiotowa sprawa nie odbiega stopniem skomplikowania od innych tego typu spraw. Przyjęcie, że rozstrzygnięcie kwestii rażąco niskiej ceny w niniejszej sprawie wymaga wiadomości specjalnych oznaczałoby, że właściwie w każdej sprawie z zakresu zamówień publicznych wymagana byłaby opinia biegłego. Tymczasem ustaleniu w tym zakresie sprzeczają się do zwykłej analizy ofert konkurentów przy uwzględnieniu doświadczenia życiowego.

Nie zasługuje na uwzględnienie również zarzut naruszenia art. 158 ust. 6, art. 158 ust. 7 ustawy PZP poprzez bezzasadne przyjęcie za udowodnione twierdzenia pełnomocnika zamawiającego, że szacunkowa wartość zamówienia została powiększona o wartość dodatkowej rezerwy finansowej, przez co nie można stwierdzić, że cena zaoferowana przez PKP Cargo S.A. jest rażąco niska w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia. Skarżący argumentował w uzasadnieniu skargi, że szacowana wartość zamówienia jest kwotą gwarantowaną, która zamawiający musi zapewnić w swoim planie finansowym i nie ma mowy o powiększaniu jej o dodatkowe rezerwy finansowe. Z powyższego wynika, że skarżący twierdzi, iż szacowana wartość zamówienia (166 000 000 zł.) nie została przeszacowana, jak przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza za twierdzeniami zamawiającego. Z tego faktu wywodził skarżący, że ceny zaproponowane przez PKP CARGO i DB Schenker były rażąco zaniżone w porównaniu z szacunkową wartością zamówienia. W ocenie Sądu Okręgowego słusznie Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że szacunkowa wartość zamówienia została zawyżona. Do takiego wniosku wcale nie prowadzi jednak twierdzenie zamawiającego, że zestawienie zaoferowanych cen: Freightliner 132-5<sup>40</sup> zł (k. 7 oferty Freightliner), DB Schenker 111013 9U0 zł (k. 7 ofert DB Schenker) i FKP CARGO 100 287 660 zł (k. 5 oferty PKP CARGO). Porównanie zatem wszystkich zaoferowanych cen, w tym skarżącego, wskazuje jednoznacznie, że szacunkowa wartość zamówienia została faktycznie przeszacowana (zawyżona). Gdyby bowiem przyjęć, że było inaczej 10 wówczas nawet oferta Freightliner wydawałaby się zaniżona w stosunku do wskazanej przez zamawiającego wartości zamówienia. W związku z tym ustalenie poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą w tym zakresie są także prawidłowe.

Całkowicie bezzasadny jest także ostatni z zarzutów dotyczących naruszenia przepisów postępowania, a mianowicie art. 159 ust. 6, art. 158 ust. 7 ustawy PZP poprzez

nieuwzględnienie wniosku dowodowego skarżącego o (lopuszczenie dowodu z raportu Najwyższej Izby Kontroli z działalności PKJ\* Cargo na rynku przewozów krajowych i międzynarodowych na okoliczność, że stan finansów spółki PKP Cargo nie pozwala na stosowanie cen zaoferowanych w postępowaniu i u prowadzonym przez zamawiającego i oparcie się w tej kwestii jedynie na twierdzeniach zamawiającego. Na wstępie należy roztożnić kwestię stanu finansów konkretnego podmiotu i kwestię dochodowości danego przedsięwzięcia, fakt, że dany podmiot ponosi stratę w danym roku obrotowym nie może bowiem świadczyć o braku dochodów z konkretnego zamówienia, gdyż o ostatecznym wyniku finansowym (zysku lub stracie) decyduje ta okoliczność i. Wyciąganie konsekwencji o opłacalności zamówienia ze stanu finansów danego podmiotu jest całkowitym nieporozumieniem. Może się bowiem okazać, że z konkretnego zamówienia przynosi dochód lecz pozostała działalność generuje stratę skutkiem czego wysłapi mimo wszystko ujemny wynik finansowy danego podmiotu. W związku z tym Krajowa Izba Odwoławcza słusznie nie uwzględniła wniosku dowodowego skarżącego o przeprowadzenie dowodu z raportu NIK. Powyższe okoliczności uzasadniają również oddalenie wniosku dowodowego przez Sąd Okręgowy, gdyż stan finansów PKP CARGO nie stanowi dowodu na okoliczność zastosowanych cen w przedmiotowym zamówieniu.

Na marginesie należy tylko podnieść, że skarżący w uzasadnieniu skargi wykazał się troską o stan finansów PKP CARGO wskazując, że stosowanie tak niskich cen przez PKP CARGO nie pozwala na spłnienie jego zadłużenia, tym niemniej okoliczność ta nie ma znaczenia dla kwestii zaproponowanej ceny przez PKP CARGO.

Przechodząc do oceny zarzutów naruszenia prawa materialnego, Sąd Okręgowy uznał, że nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art 22 ust. 1 pkt 3, art. 22 ust- I pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art HO ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez, dopuszczenie przez zamawiającego do udziału w postępowaniu oraz dokonanie wyboru oferty PKP Cargo S.A., mimo tego że z załączonej do oferty PKP Cargo S.A. opinii bankowej oraz sprawozdań finansowych wynika, że wykonawca ten nie spełnia wymogu pozostawania w odpowiedniej sytuacji finansowej i ekonomicznej, a tym samym podlega wykluczeniu z postępowania, w sytuacji zaś dopuszczenia PKP Cargo S.A. do udziału w postępowaniu zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę tego wykonawcy zwłaszcza że dokumenty te są niezgodne z dyspozycją pkt 5.4.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, co narusza jednocześnie przepisy § 1 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może zadać zamawiający od wykonawcy, oraz fonu, w jakich te dokumenty mogą być składane. -

Jak wynika z punktu 5.4.2. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy „znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej upewniającej wykonanie zamówienia tj wykonawca musi mieć dostęp do środków finansowych Sub zdolność kredytową, w wysokości minimum 30 000 000 zł, potwierdzaną przez bank, w którym wykonawca posiada podstawowy rachunek bankowy”, Jak wynika z opinii bankowej datowanej na 9 listopada 2009 r. PKP CARGO znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej, która zapewnia jej środki finansowe lub zdolność kredytową w kwocie 30 000 000 zł (k. 56 oferty PKP CARGO). Z uzasadnienia skargi wynika, że skarżący wskazuje, że zamawiający musi ocenić sytuację finansową ekonomiczną wykonawcy, a do tej oceny służą dwie informacje, a mianowicie ile środków posiada wykonawca oraz jaka jest jego zdolność kredytowa. O ocenie skarżącego opinia sporządzona przez URE BANK odnośnie FKF CARGO żadnej z takich informacji nie zawiera. W tym miejscu należy zauważyć, że punkt 5.4.2. -SIWZ zawiera spójnik „i”, który w języku potocznym wyraża możliwą wymiennosc albo wzajemne wyłączenie się zdań równorzędnych „i” części zdań (zob. Słownik języka polskiego pod redakcją Mirosława Szymczaka, Wydawnictwo Naukowe PWN SA Warszawa 1995, tom 1 str. 28 i tom 2 str. 51 za uzasadnieniem uchwały Składu Sędziów Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 9 września 2008 r. III CZP 31/2008). Tak więc już językowa wykładnia powyższego warunku wskazuje, iż SIWZ nie wymaga aby opinia bankowa spełniła łącznie oba warunki w postaci wykazania posiadanych środków i zdolności kredytowej. Gdyby to miało być użyte zostałyby spójnik „i”, O ile można zgodzić się ze skarżącym, że przedmiotowa opinia nie wskazuje środków finansowych posiadanych przez PKP CARGO, o tyle nie można uznać, że nie zawiera danych dotyczących zdolności kredytowej. Skarżący stwierdził, że opinia nie

wskazuje, aby PKP CARGO posiadało zdolność kredytową, a zawiera ocenę sytuacji finansowej PKP CARGO. W tym miejscu należy na marginesie zauważyć, że bank zdolność kredytową ocenia właśnie na podstawie sytuacji finansowej danego podmiotu. W ocenie Sądu Okręgowego opinia bankowa wskazuje, właśnie że PKP CARGO posiada zdolność kredytową w kwocie 30 000 000 zł. Mało tego, opinia ta w Istocie zawiera uzasadnienie tak ustalonej zdolności, gdyż wskazuje, że bank ocenę zdolności kredytowej oparł właśnie na sytuacji ekonomicznej i finansowej PKP CARGO.

W tym miejscu należy również odnieść się jeszcze do zarzutu znajdującego się w uzasadnieniu skargi jakoby opinia bankowa została podpisana przez osoby nieuprawnione. Przedmiotowa opinia podpisali Krzysztof Magtuski legitymujący się pełnomocnictwem nr 12/06 (k. B.1 oferty PKP CARGO) i Katarzyna Borowska (k. 8.3 oferty PKP CARGO). Skarżący argumentował przy tym, że uprawnieni oni byli do podpisywania ofert, listów intencyjnych oraz innych dokumentów zawierających zobowiązania majątkowe lub mogące skutkować powstaniem zobowiązań majątkowych, a do tej kategorii nie można zaliczyć wystawiania opinii bankowych. Należy zauważyć, że skarżący ograniczył się w przytoczeniu zakresu powyższych pełnomocnictw jedynie do części dla niego korzystnej. Pomiął jednak, że pełnomocnictwo dotyczyło również m.in. podpisywania dokumentów w sprawach związanych z obsługą klientów korporacyjnych, a także podpisywania pism i dokumentów nie zawierających zobowiązań majątkowych banku. W ocenie Sądu Okręgowego tak ogólnie określone pełnomocnictwo obejmuje również wydawanie opinii bankowych, gdyż trudno przyjąć, aby w takiej sytuacji pełnomocnictwo zawierało kazali styczne określenie wszystkich czynności, do których umocowani są pełnomocnicy banku.

Me można uwzględnić również tej części zarzutu, w której skarżący podnosi, iż? sprawozdania finansowe PKP CARGO wskazują, że podmiot ten spełnia wymogu pozostawaniu w odpowiedniej sytuacji finansowej i ekonomicznej. W pierwszej kolejności skarżący zarzucił brak podpisu osoby, której powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych. Tak postawiony zarzut jest całkowicie bezzasadny, gdyż skarżący w żaden sposób nie wykazał, iż taki podpis rzeczywiście się nie znalazł na tym dokumencie. Każde sprawozdanie finansowe zawiera kilka podpisów i trudno sądzić, że wśród nich nie znajduje się podpis osoby, której powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych. Skarżący stawiając taki zarzut nie wykazał, że w PKP CARGO osobą taką jest osoba, która nie wchodzi w skład zarządu tejże spółki. Przeciwnie za przyjęciem prawidłowości sporządzonych sprawozdań finansowych przemawia jak zasadnie zauważyła do już Izba w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia natomiast kilka opinii biegłych rewidentów, którzy przecież podlegają odpowiedzialności karnej (art. 7b ustawy o rachunkowości) za niezgodną ze stanem faktycznym opinię o sprawozdaniu finansowym. Z żadnej opinii nie wynika, aby sprawozdania finansowe były dotknięte takim kardynalnym błędem jakim jest brak podpisu osoby, której powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych. Należy jednak jeszcze raz podkreślić, że skarżący nic wykazał. Elby sprawozdania finansowe nie zawierały takiego podpisu, natomiast trudno wymagać, aby to PKP CARGO wskazywało na etapie składania oferty, kto jest osobą, odpowiedzialną za prowadzenie ksiąg rachunkowych. Skarżący nie wniósł również o przeprowadzenie dowodów na okoliczność wskazania osoby odpowiedzialnej za prowadzenie ksiąg rachunkowych i w konsekwencji nie wykazał, iż? sprawozdanie finansowe jest w tym zakresie wadliwe. Doświadczenie życiowe wskazuje natomiast, że osobą odpowiedzialną za sporządzenie sprawozdania finansowego jest / reguły osoba odpowiedzialna za finanse lub główny księgowy. Ubocznie należy przy tym zaznaczyć, że każde sprawozdanie finansowe jest podpisane przez członka zarządu ds. finansowych na co Krajowa Izba Odwoławcza zwracała uwagę w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku (k. 125) a trudno jest uznać aby do zakresu jego obowiązków nie wchodziła odpowiedzialność za finanse spółki a tym samym także za prowadzenie ksiąg rachunkowych z tymi finansami powiązanych. Na koniec należy zaznaczyć, że wywody Krajowej Izby Odwoławczej co do braku podpisu głównego księgowego, wbrew temu co podnosi skarżący (k. 336), były w pełni zrozumiałe i odnosiły się właśnie do stanowisku odwołującego zaprezentowanego podczas rozprawy w dniu 11 marca 2010 r. (k. UK1).

W dalszej części zarzutu skarżący podniósł, że sprawozdanie finansowe za 2007 i. nie zostało podpisane również przez członka zarządu Remigiusza Adamiaka, W ocenie Sądu Okręgowego zarzut ten jest niezasadny, a powyższe wywody związane z opiniami biegłych rewidentów zachowują w tym względzie swoją aktualność. Tym niemniej należy dodatkowo

zauważyć, że w tym zakresie wobec oddalenia wniosku dowodowego skarżącego ta okoliczność nie została w ogóle przez niego wykazana. Okoliczność ta nie została także wykazana przy pomocy powyższego wniosku dowodowego. Hipotetycznie nawet wówczas gdyby przyjąć, że wniosek dowodowy odrzucono, to wniosek ten został przez skarżącego zgłoszony prawidłowo i Sąd Okręgowy go dopuścił. Dowód z tego dokumentu i tak jak wynika z tego odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego z 2009 r. (k. 310) Ryszard Adamiak był członkiem rady nadzorczej PKF CARGO delegowanym jedynie na 3 miesiące do wykonywania czynności członka zarządu. Wpis w tym zakresie do rejestru został dokonany w dniu 2 stycznia 2008 r., jednakże trzeba mieć na względzie, że w tym zakresie wpis ten nie miał charakteru konstytutywnego, a jedynie deklaratoryjny. Skarżący tym samym nie wykazał, że w dacie sporządzenia spornego sprawozdania finansowego osoba ta w dalszym ciągu pozostawała członkiem tego organu zobligowanym do podpisania tegoż dokumentu. Zestawienie powyższego wpisu w KRS z QD8 r. (ale bez jednoczesnego wykazania okresu, w którym osoba ta faktycznie pełniła funkcję w zarządzie PKF CARGO) z datą sporządzenia sprawozdania finansowego za rok 2007 r., nie powoduje, że odpis z KRS potwierdza jak i to, że tego skarżący zasadność tego zarzutu.

Przechodząc do kolejnego zarzutu skarżący wskazał na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP poprzez nie odrzucenie oferty PKP Cargo S.A., która zawiera rażąco niską cenę. W ocenie Sądu Okręgowego zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż Krajowa Izba Odwoławcza prawidłowo oceniła, że cena zaproponowana przez PKP CARGO nie jest rażąco niska. W tym miejscu należy odwołać się do wyżej poczynionych ustaleń i przypomnieć, że wartość szacunkowa zamówienia została przeszacowana (zawyżona), o czym świadczą ceny zaoferowane przez wszystkich wykonawców. Okoliczność ta zdaniem Sądu przemawia za przyjęciem, że cena zaoferowana przez PKP CARGO jest niska, lecz nie rażąco niska. Jak wynika z zestawienia oferty PKP CARGO z DD Schenker jest ona niższa jedynie o ok. 10% a w stosunku do oferty Freightliner o ok. 30%, a to nie pozwala uznać, że cena jest rażąco niska tym bardziej jeśli wziąć pod uwagę przedmiot zamówienia. W ocenie Sądu Okręgowego wyjaśnienia PKP CARGO złożone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy PZP uzasadniają przyjęcie przez Krajową Izbę Odwoławczą, iż cena zaoferowana przez wykonawcę nie była rażąco niska. Przede wszystkim należy zauważyć, że PKP CARGO w tych wyjaśnieniach wskazał, iż na wysokość ceny wpłynęły okoliczności związane samym zamówieniem. Wyjaśnił, iż: zaoferowanie tak niskiej ceny było związane z wielkością zamówienia, czasem trwania umowy i stosowaniem zwartych składów. O wielkości tego zamówienia świadczy fakt, że stanowi ono niemal połowę zamówień wykonawcy z lat 2006-2008 kiedy to dostarczał węgiel do trzech kopalni. W tej sytuacji Sąd Okręgowy uznał za zasadny argument, że tak duże zamówienie pozwalało zastosować niższą, konkurencyjną, ale i dochodową cenę (efekt popytu). Okoliczności te wprawdzie odnoszą się do wszystkich wykonawców, ale uzasadniają niższą cenę w stosunku do innych zamówień. Nie bez znaczenia jest również doświadczenie PKP CARGO w realizacji tego typu zamówień. Wobec bezzasadności zarzutu rażąco niskiej ceny, nie było możliwości odrzucenia oferty PKP CARGO z tego powodu.

Ostatni zarzut dotyczył naruszenia art. 7, art. 8, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy PZP poprzez uniemożliwienie skarżącemu skorzystania ze środków ochrony prawnej przejawiające się w zastrzeżeniu jawności informacji, których zastrzeżenia PKP Cargo nie mogła żądać, tj. zestawienia ilości lokomotyw i wagonów posiadanych przez PKP Cargo oraz odpowiedzi PKP Cargo na zapytanie o elementy oferty mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, a zamawiający takiego zastrzeżenia nie miał prawa zatwierdzić, czym skarżącemu uniemożliwiono również udział w postępowaniu na równi z innymi wykonawcami, a zamawiający powinien ofertę taką odrzucić.

W ocenie Sądu Okręgowego zarzut ten jest oczywiście niezasadny, gdyż skarżący miał możliwość zapoznania się z dokumentami objętymi przez, jak sam przyznał, okres dwóch dni tj. 24 (wigilia) i 28 grudnia, a jakiegokolwiek uciążliwego przeszkolenia kadrowo po stronie skarżącego nie usprawiedliwiają jego zaniedbania w tym zakresie. Jak wynika z art. 1 ust. 1 pkt 1 i 3) oraz ust. 2 ustawy z dnia 15 stycznia 1951 r. o dniach wolnych od pracy (Dz.U. z 1951 Nr 4 poz. 28 ze zm.), dniami wolnymi od pracy są 25 i 26 grudnia oraz niedziele (w przedmiotowej sprawie był to 27 grudnia). Mając na uwadze powyższe skarżący miał możliwość zapoznania się z dokumentami, która jednak ewidentnie zlekceważył, gdyż znając

wagę zamówienia mógł już 24 grudnia 2009 r. (wigilią która nie jest dniem wolnym od pracy) zapoznać się z dokumentami. Sąd Okręgowy w pełni podziela stanowisko wyrażone w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. LLI C/P 74/2005 dotyczące konsekwencji bezzasadnego naruszenia zakazu udostępniania informacji. Jak wynika z uzasadnienia powyższej uchwały, negatywna weryfikacja przez zamawiającego wystąpienia niezbędnej przesłanki w stawowej przesądzającej o skuteczności i dokonania zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji. (brak podstaw do uznania ich za tajemnice przedsiębiorstwa) nie przesądza o niezgodności oferty z ustawą, a dowodzi jedynie nieskuteczności dokonanego zastrzeżenia, co wyłącza obowiązek zamawiającego odrzucenia takiej oferty. W konsekwencji oferta taka będzie przedmiotem oceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tyle że zamawiający zobowiązany będzie ujawnić także i te informacje, które oferent objął swoim bezskutecznym zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania. Podsumowując należało uznać, że chociaż PKP CARGO bezzasadnie zastrzegło zakaz udostępniania informacji zawartych w dokumentach, które jednak następnie zamawiający ujawnił to już brak zapoznania się nimi przez skarżącego wynikał jedynie tylko i wyłącznie z jego zaniedbania. W konsekwencji oferta PKP CARGO nie jest niezgodna z ustawą i nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji a zatem nie było podstaw<sup>7</sup> do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 i 3 ustawy PZP.

Z tych względów i na podstawie art. 98 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu dotychczasowym Sąd Okręgowy oddalił skargę.

Rozstrzygnięcie w toku postępowania w postępowaniu wywołanym wniesieniem przedmiotowej skargi uzasadnia przepis art. 98 kpc i 99 kpc w zw. z art. 108 kpc oraz art. 198 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych . \_\_\_\_\_