

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 czerwca 2010 r

Sąd Okręgowy w Katowicach, XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Maria Kozubska - Maciąga

Sędziowie: SSO Grażyna Jeziorowska (spr.)

SSO Blanka Zorębska

Protokolant: sekr.sądowy Barbara Sojka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2010 r. w Katowicach
sprawy o sygn XIX Ga 230/10 z odwołania
Konsorcjum firm:

CTL Maczki-Bór Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Sosnowcu, CTL
Train Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Sosnowcu, CTL MB Service
w Sosnowcu

Przeciwno zamawiającemu Kompanii Węglowej Spółce Akcyjnej w
Katowicach

przy udziale przystępującego po stronie zamawiającego

Konsorcjum "SERVICE-CARGO-LHS-PNUIK dla Piast" w składzie:

PKP CARGO SERVICE Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w
Warszawie, PKP Cargo Spółki Akcyjnej w Warszawie, PKP Linia Hutnicza
Szerokotorowa Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Zamościu,
Przedsiębiorstwa Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie
o udzielenie zamówienia publicznego
sprawy o sygn. akt XIX Ga 231/10 z odwołania

Konsorcjum firm:

Nadwiślańskiego Zakładu Transportu Kolejowego Spółki z ograniczoną
odpowiedzialnością w Woli, M Soft Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w
Katowicach

Przeciwno zamawiającemu Kompanii Węglowej Spółce Akcyjnej w
Katowicach

przy udziale przystępującego po stronie zamawiającego

Konsorcjum "SERVICE-CARGO-LHS-PNUIK dla Piast" w składzie:

PKP CARGO SERVICE Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, PKP Cargo Spółki Akcyjnej w Warszawie, PKP Linia Hutnicza Szerokotorowa Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Zamościu, Przedsiębiorstwa Napraw i Utrzymywania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie o udzielenie zamówienia publicznego na skutek skarg odwołujących

Konsorcjum firm:

- CTL Maczki-Bór Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością CTL Train Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Sosnowcu, CTL MB Service w Sosnowcu

Konsorcjum firm:

- Nadwiślańskiego Zakładu Transportu Kolejowego Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Woli, M Soft Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie

z dnia 25 marca 2010 r. sygn. akt. KIO/UZP 193/10
sygn. akt. KIO/UZP 214/10

1. oddała skargi;
2. zasądza od odwołującego Konsorcjum firm: CTL Maczki-Bór Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Sosnowcu, CTL Train Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Sosnowcu, CTL MB Service w Sosnowcu na rzecz zamawiającego Kompanii Węglowej Spółki Akcyjnej w Katowicach kwotę 3.600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów za postępowanie skargowe;
3. zasądza od odwołującego Konsorcjum firm: Nadwiślańskiego Zakładu Transportu Kolejowego Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Woli, M Soft Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach na rzecz zamawiającego Kompanii Węglowej Spółki Akcyjnej w Katowicach kwotę 3.600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów za postępowanie skargowe.

Na oryśi, v< . l : re -odpisy
ZGODNGb ALEM

SEK.R RZ^

Sygn. akt XIX Ga 230/10

UZASADNIENIE

Wyrokiem łącznym z dnia 25 marca 2010 r. Krajowa Izba Odwoławcza (zwana dalej „KIO”) oddaliła odwołanie wniesione przez Konsorcjum Nadwiślański Zakład Transportu Krajowego Sp. z o.o. w Woli M’Soft Sp. z o.o. w Katowicach w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 214/10 (dalej odwołujący B) oraz przez Konsorcjum CTL Maczki - Bór Sp. z o.o. (leader) CTL Train Sp. z o.o., CTL MB Service Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Sosnowcu o sygn. akt KIO/UZP 193/10 (dalej odwołujący A) od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Kompanię Węglową SA w Katowicach protestów obu odwołujących oraz orzekła o kosztach postępowania.

Postępowanie odwoławcze prowadzone wspólnie dla obu odwołań toczyło się z udziałem konsorcjum SERVICE-CARGO-LHS-PNUIK dla Piast w składzie PKP CARGO SERVICE Sp. z o.o. w Warszawie, PKP CARGO SA w Warszawie, PKP Linia Hutnicza Szerokotorowa Sp. z o.o. w Zamościu, Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Sp. z o.o. w Krakowie.

KIO ustaliła, iż zamawiający prowadził postępowanie o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego na obsługę bocznic kolejowych KWK SA Oddział KWK, Piast Ruch I w Bieruniu i Ruch II w Woli w okresie 36 miesięcy, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego.

Zamawiający w dniu 4 stycznia 2010 r. zawiadomił uczestników przetargu o wyborze najkorzystniejszej oferty Konsorcjum o nazwie „SERVICE-CARGO-LHS-PNUIK dla Piast” (dalej przystępujący) oraz o przyznanej punktacji ofert w przyjętym kryterium oceny.

Szacunkowa wartość zamówienia określona przez zamawiającego w kwocie brutto wynosiła 80.845.780 zł.

Przystępujący złożył ofertę za cenę brutto 64.598.999,90 zł. Odwołujący A zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za 74.121.744,77 zł, a odwołujący B za cenę 76.843.870,22 zł.

Ustaliła KIO, że wybrana oferta przystępującego jest o 20,19% niższa od wartości szacunkowej brutto. Oferta odwołującego A jest niższa o 8,33%, a oferta odwołującego B jest niższa o 5,06% od wartości szacunkowej brutto.

Oferta przystępującego została uznana za najkorzystniejszą, drugie miejsce zajęła oferta odwołującego A, a trzecie miejsce zajęła oferta odwołującego B.

Odwołujący złożyli protesty na rozstrzygnięcie zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty, a wobec oddalenia wniesionych protestów (protest odwołującego B został częściowo uwzględniony) złożyli odwołanie do KIO od tychże rozstrzygnięć podtrzymując zarzuty i żądania zawarte w protestach.

W sprawie o sygn. akt KIO/UZP 193/10 odwołujący A - CTL Maczki - Bór Sp. z o.o. zarzucił naruszenie przepisów ustawy Pzp przez:

- a) zaniechanie zwrócenia się do wybranego konsorcjum celem ustalenia czy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, biorąc pod uwagę okoliczność, że wartość zamówienia oraz ceny ofert złożonych przez innych wykonawców znacznie odbiegają od ceny wskazanej w ofercie konsorcjum, która to oferta w ocenie odwołującego A, zawiera cenę rażąco niską, co jest sprzeczne z art.90 ust. 1 ustawy Pzp,
- b) zaniechanie odrzucenia oferty wybranego konsorcjum, co jest sprzeczne z art.90 ust.3 i art.89 ust.1 pkt.3 ustawy Pzp w związku z art.15 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ponieważ oferta złożona przez wybrane konsorcjum zawiera cenę, która w ocenie odwołującego A, kształtuje się poniżej kosztów świadczenia usług, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w postaci ograniczania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, a zdaniem odwołującego A, oferta wybranego konsorcjum zgodnie z przepisem art.89 ust.1 pkt.3 Pzp powinna zostać odrzucona,

c) wybór oferty konsorcjum „SERVICE-CARGO-LHS-PNUIK dla Piast” jako najkorzystniejszej niezgodnie z art.91 ust.1 ustawy Pzp, z uwagi na okoliczność, że ofertą najkorzystniejszą, niepodlegającą odrzuceniu i zgodną z przepisami ustawy Pzp i SIWZ jest oferta odwołującego A,

d) dokona nie wbrew przepisom ustawy Pzp powyżej wskazanych czynności prowadzi w ocenie odwołującego A, równocześnie do naruszenia przez zamawiającego wynikającej z art.7 ust.1 i 3 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W uzasadnieniu zarzutów odwołujący A podkreślił, że przepisy art.90 ustawy Pzp mają charakter obligatoryjny i ich zastosowanie nie zależy od swobodnego uznania zamawiającego. Przyznał, iż brak jest ustalenia, jaka różnica wskazuje na możliwość zaoferowania ceny rażąco niskiej. Jednakże w tym zakresie za zasadne uznał, iż istnieje obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej elementów cenowych oferty, gdy cena oferty odbiega o 10% od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20% od wartości szacunkowej zamówienia.

Wskazał, że zamawiający w protokole postępowania przyznał, że oszacowania wartości zamówienia dokonano na podstawie rozeznania cen rynkowych w kopalniach i zakładach KW SA. Wybrane konsorcjum „SERVICE-CARGO-LHS-PNUIK dla Piast” złożyło ofertę o cenie dla całego zadania ogółem brutto 64.598.999,90 zł. Odwołujący A podał, iż złożył ofertę o cenie brutto 74.121.744,77 zł. Trzeci w kolejności wykonawca: Nadwiślański Zakład Transportu Kolejowego Sp. z o.o. (NZTK) - odwołujący B złożył ofertę o wartości brutto 76.843.870,22 zł. Analizując zaproponowane przez wykonawcę ceny za wykonanie przedmiotu niniejszego postępowania, odwołujący A zauważył, że cena wybranego konsorcjum jest mniejsza o 20,19% od szacunkowej wartości zamówienia brutto, a zarazem od kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jednocześnie cena wskazana w ofercie wybranego konsorcjum jest mniejsza od ceny odwołującego o 12,85%, a od ceny z oferty NZTK o 15,93%.

W konsekwencji wskazał, że ofertę wybranego konsorcjum należy uznać za ofertę niewiarygodną, nierealistyczną.

Odwołujący A zwrócił uwagę na cenę jednostkową zaproponowaną przez wybrane konsorcjum w odniesieniu do przewozów pomiędzy boczniami Ruch I i Ruch II, która to cena jest dwukrotnie niższa niż cena zaproponowana przez pozostałych wykonawców.

Biorąc pod uwagę wytyczne i dane zawarte w Taryfie towarowej PKP Cargo SA, odwołujący A dokonał kalkulacji usług wybranego konsorcjum w zakresie przewozów między boczniami Ruch I i Ruch II, według której same koszty wagonów i lokomotyw kształtują się na poziomie 6,09 zł za tonę (bez kosztów dostępu do infrastruktury) według przyjętych przez niego składników kalkulacji. Natomiast w ofercie wybranego konsorcjum zaproponowano cenę za realizację przewozu 1 tony węgla pomiędzy boczniami Ruch I i Ruch II w wysokości 2,68 zł.

Odwołujący A zarzucił również, że kondycja finansowa PKP Cargo SA nie jest zadowalająca, na dowód czego przywoływał ostatnie sprawozdania finansowe PKP Cargo, świadczące, że ponosi ona straty na działalności, które w związku ze spadkiem przewozów będą znacznie wyższe.

W ocenie odwołującego A oferta wybranego konsorcjum „SERVICE-CARGO-LHS-PNUIK dla Piast” winna również zostać odrzucona na podstawie art.89 ust.1 pkt.3 ustawy Pzp. W ocenie odwołującego A, wybrane konsorcjum przez złożenie oferty z ceną rażąco niską, a zatem zaproponowanie świadczenia usług poniżej kosztów, zmierza do utrudnienia, a właściwie do wyeliminowania w sposób niezgodny z przepisami prawa innych wykonawców w uzyskaniu niniejszego zamówienia.

W sprawie o sygn. akt KIO/UZP 214/10 odwołujący B zarzucił zamawiającemu:

- zaniechanie zwrócenia się do przystępującego - przed dniem wyboru oferty najkorzystniejszej, celem uzupełnienia złożonej oferty o dołączenie dokumentu w postaci aktualnej (ważnej) na dzień składania oferty licencji na świadczenie usług trakcyjnych, o której mowa w rozdziale nr 8 ustawy z dnia 28.03.2003 r. o transporcie kolejowym (Dz. U. z 2007 nr 16 poz.94 z późniejszymi zmianami) wydaną przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego, który to dokument zgodnie z treścią pkt.II (XI Dokumenty i oświadczenia bezwzględnie wymagane) i na stronie 2 SIWZ pkt.X pkt.Ib winien posiadać każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz złożyć go razem z ofertą co jest sprzeczne z art.26 ust.3 w zw. z art.25 ust.1 ustawy Pzp,

- zaniechanie zwrócenia się do przystępującego przed dniem wyboru najkorzystniejszej oferty o wyjaśnienie oraz wezwanie do uzupełnienia złożonych przez przystępującego świadectw złożenia egzaminu kwalifikacyjnego zgodnie ze wzorem określonym w załączniku nr 5 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 16.08.2004 r. w sprawie wykazu stanowisk bezpośrednio związanych

z prowadzeniem i bezpieczeństwem ruchu kolejowego i warunków jakie powinny spełniać osoby zatrudnione na tych stanowiskach oraz prowadzących pojazdy kolejowe, co jest sprzeczne z art.26 ust.3 w zw. z art.25 ust.1 ustawy Pzp.

- zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego co jest sprzeczne z art.89 ust. 1 pkt.2 Pzp, ponieważ jego oferta nie zawierała dokumentu w postaci aktualnej (ważnej) na dzień składania oferty licencji na świadczenie usług trakcyjnych; jak również oferta przystępującego nie zawierała dokumentów w postaci świadectw złożenia egzaminu kwalifikacyjnego zgodnie ze wzorem określonym w załączniku nr 5 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 16.08.2004 r.

Zatem zgodnie z treścią art.89 ust.2 pkt.2 ustawy Pzp oferta winna zostać odrzucona.

Odwołujący B zarzucił zamawiającemu:

- zaniechanie zwrócenia się do przystępującego celem ustalenia czy oferty tych konsorcjów zawierają rażąco niską cenę, biorąc pod uwagę okoliczność, że wartość zamówienia oraz cena oferty złożonej przez odwołującego B znacznie odbiega od ceny wskazanej w ofertach skarżonych wykonawców, które to w ocenie odwołującego B, zawierają cenę rażąco niską, co uznał za naruszające art.90 ust.1 ustawy Pzp,

- zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, co uznał za sprzeczne z art.89 ust.1 pkt.4 ustawy Pzp w związku z z art.15 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ponieważ oferty złożone przez te konsorcja zawierają ceny, które w ocenie odwołującego B, kształtują się poniżej kosztów świadczenia usług, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w postaci ograniczania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, a zatem oferty konsorcjów, poprzedzających odwołującego B w ocenie, w jego opinii, zgodnie z przepisem art.89 ust.1 pkt.4 powinny zostać odrzucone,

- bezprawny wybór ofert przystępującego jako najkorzystniejszej, niezgodnie z art.91 ust.1 ustawy Pzp, z uwagi na okoliczność, że ofertą najkorzystniejszą, niepodlegającą odrzuceniu i zgodną z przepisami ustawy Pzp i SIWZ, w przekonaniu odwołującego B, jest wyłącznie jego oferta,

- dokonanie wbrew przepisom ustawy Pzp, kwestionowanych powyżej wskazanych czynności, w opinii odwołującego B, prowadzi równocześnie do naruszenia przez zamawiającego wynikającej z art.7 ust.1 i ust.3 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zdaniem odwołującego B, istnieje obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej elementów cenowych oferty, gdy cena oferty odbiega o 10% od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20% od wartości szacunkowej

zamówienia. Odwołujący B wywodził, iż stwierdzenie przez zamawiającego występowania przypadku rażąco niskiej ceny charakteryzuje się tym, że cenę oferty należy odnieść do wartości przedmiotu zamówienia. Innym dopuszczalnym elementem odniesienia są ceny rynkowe podobnych zamówień.

W ocenie odwołującego B cen jednostkowych cena oferty przystępującego jest mniejsza o 20%, konsorcjum CTL jest o 9% mniejsza od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT. Jednocześnie cena wskazana w ofercie przez przystępującego jest mniejsza od ceny odwołującego B o 16%, a od ceny odwołującego A jest mniejsza o 13%.

W opinii odwołującego B ceny zaproponowane przez przystępującego za dzierżawę wagonu typu 418 V lub równoważnego z utrzymaniem na dobę na kwotę 23,50 zł są nierealne i zaniżone, co powoduje, że usługa byłaby świadczona przez to konsorcjum poniżej kosztów, co mogłoby prowadzić z kolei do nienależytego wykonania lub niewykonania zamówienia.

Odwołujący B zarzucił, iż cena w wysokości 2,68 zł/t w ofercie złożonej przez przystępującego (na zadanie polegające na przewozie kolejowym w ilości 4.800.000 ton węgla z boczniczy Ruch I w Bieruniu na bocznicę Ruch Ii w Woli) jest rażąco niską i niewspółmierną do ponoszonych kosztów. Zdaniem odwołującego B do stawki przedłożonej w ofercie (2,68 zł/tonę) zastosowano upust w wysokości 1428% (tysiąc czterysta dwadzieścia osiem %) w stosunku do stawki obowiązującej w taryfie przewozowej PKP CARGO SA.

Odwołujący B podnosił, że zastosowana w ofercie stawka przewozowa w wysokości 2,68 zł/tonę daje możliwość pokrycia kosztów rodzajowych na poziomie około 60%, nie mówiąc już o możliwości wygenerowania jakiegokolwiek zysku.

Niezależnie od powyższego, w ocenie odwołującego B, skalkulowanie przez konsorcja cen w złożonych w niniejszym postępowaniu ofertach, prowadzi do wniosku, że zamówienie będzie realizowane poniżej kosztów świadczenia usług, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie odwołującego B, poprzedzające go konsorcja w ten sposób utrudniają innym przedsiębiorcom dostęp do rynku i eliminują z rynku innych przedsiębiorców w rozumieniu przepisu art. 15 ust.1 pkt.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zarzucił odwołujący B, że ustawodawca wprowadził ustawowy warunek posiadania dwóch różnych rodzajowo licencji: na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie wykonywania przewozów kolejowych osób lub rzeczy oraz w zakresie świadczenia usług trakcyjnych. Oferta przystępującego nie zawiera licencji na świadczenie usług trakcyjnych. W ocenie odwołującego B, przystępujący nie spełnił w/w warunków określonych w SIWZ. Dodatkowo odwołujący B stwierdził, że przystępujący załączył świadectwo dopuszczenia do eksploatacji wózka motorowego, które zostało wystawione dla przedsiębiorstwa PKP PLK SA, który to podmiot nie wchodził w skład konsorcjum: „SERVICE-CARGO-LHS-PNUIK dla Piast”. W związku z tym, zdaniem odwołującego B świadectwo to, jako wystawione dla PKP PLK SA, nie powinno być honorowane przez zamawiającego, a prawidłowo świadectwo to winno być wystawione dla któregoś z członków tworzących ww. konsorcjum tj. na: PKP CARGO SERVICE Sp. z o.o. w Warszawie, PKP CARGO SA w Warszawie, PKP Linia Hutnicza Szerokotorowa Sp. z o.o. względnie na Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krajowej w Krakowie Sp. z o.o.

Wskazał odwołujący B, że zamawiający na skutek złożonego protestu uwzględnił zarzut niespełnienia przez wykonawcę konsorcjum: „SERVICE-CARGO-LHS-PNUIK dla Piast” warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt.X ust. 1 lit.b, polegającego na posiadaniu przez wykonawcę aktualnej (ważnej) na dzień składania ofert „Licencji”, o której mowa w rozdziale 8 ustawy z dnia 28.03.2003 r.

o transporcie kolejowym (Dz. U. z 2007 r. nr 16 poz.94 z późn. zm.), wydanej przez

Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego, gdyż wykonawca ten nie dołączył do oferty licencji na świadczenie usług trakcyjnych. W oparciu o art.26 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zapowiedział, iż wezwie wykonawcę do złożenia licencji na prowadzenie działalności gospodarczej polegającej na świadczeniu usług trakcyjnych oraz, że wezwie przystępującego do wyjaśnień złożonych świadectw, złożenia egzaminu kwalifikacyjnego weryfikacyjnego oraz ich uzupełnienia.

Z tego wywodził odwołujący B, że oferta przystępującego z uwagi na sprzeczność z treścią SIWZ winna zostać odrzucona, a sam wykonawca wykluczony z postępowania po myśli art.24 ust.2 pkt.4 Pzp.

Uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów dotyczących nie przedłożenia licencji na świadczenie usług trakcyjnych i w odniesieniu do świadectw złożenia egzaminu kwalifikacyjnego (osób wskazanych w ofercie wybranego wykonawcy) oraz zapowiedź zamawiającego, że wezwie konsorcjum „SERVICE-CARGO-LHS-PNUIK dla Piast” do uzupełnienia tych dokumentów (licencji oraz świadectw), odwołujący B uznał za potwierdzenie swoich zarzutów, a także za podstawę do unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty. Odwołujący B wskazywał, iż zamawiający naruszył art.183 ust.5 ustawy Pzp, gdyż w związku z częściowym uwzględnieniem protestu winien unieważnić wybór najkorzystniejszej oferty i wezwać wykonawcę konsorcjum „SERVICE-CARGO-LHS-PNUIK dla Piast” do uzupełnienia dokumentów: licencji na świadczenie usług trakcyjnych i świadectw złożenia egzaminu kwalifikacyjnego.

Przystępujący wniósł o utrzymanie czynności wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Podniósł, iż przewozy węgla pomiędzy bocznkami Ruch I i Ruch II odbywają się w zdecydowanej większości po torach będących własnością zamawiającego. A skoro tak, to nie może być tu mowy o Taryfie Towarowej, której jednym z głównych składników cenotwórczych jest koszt, jaki PKP CARGO SA, jako przewoźnik ma obowiązek uiścić PKP PLK SA z tytułu udostępnienia i eksploatacji jej infrastruktury. Dodatkowym elementem cenotwórczym, który istotnie wpływa na wysokość stawki określonej w Taryfie Towarowej jest konieczność ponoszenia dodatkowych, nie występujących przy kalkulacji oferty oferentów kosztów tj. np. kosztów dostarczenia próżnego taboru pod przewozy, kosztów obsługi punktów taryfowych celem dostarczenia pojedynczych przesyłek, kosztów pracy i zestawiania pociągów w systemie rozproszonym. Istotną jest również okoliczność, iż Taryfa Towarowa, na której usiłuje się oprzeć dla wykazania zasadności swoich twierdzeń odwołujący A i B jest cennikiem o charakterze maksymalnym, obejmującym przewozy w różnych systemach (przewozy rozproszone i całopociągowe), przy zmiennej regularności występowania i relacjach przewozowych itp. Wiąże się to z koniecznością posiadania i utrzymywania zasobów o znacznie większej skali niż do realizacji ściśle określonych i przewidywalnych (wręcz wprost określonych - jak niniejszym postępowaniu) przewozów, co siłą rzeczy przekłada się na ponoszone przez konsorcjanta PKP CARGO SA koszty, a w konsekwencji znajduje odzwierciedlenie w kalkulacji ceny. W związku z powyższym nie sposób odnosić stawek skalkulowanych na potrzeby niniejszego postępowania do stawek zawartych w Taryfie Towarowej, skoro kalkulacja stawek w taryfie opiera się o zupełnie inne realia przekładające się wprost na znaczące podwyższenie ich wartości (np. przewozy pomiędzy KWK „Piast” Ruch I i KWK „Piast” Ruch II odbywają się na - co oczywiste - ograniczoną odległość, w obiegach zamkniętych), Taryfa zaś zawiera ceny stosowane w realizacji „otwartych” przewozów w różnych relacjach przy wykorzystaniu znacznie szerszych zasobów. Wskazał, iż stosowany upust wynosi co najwyżej 93%, a nie jak podnosił odwołujący B 1428%. Podtrzymał stanowisko, iż powyższe świadczy o tym, iż stawka zaproponowana za przewozy nie może być uznana za stawkę rażąco niską. Niezależnie od powyższego wskazywał, iż w ofercie przystępującego - wyżej komentowana cena 2,68 zł/t w przewozie węgla pomiędzy KWK „Piast” Ruch I i KWK „Piast” Ruch II kalkulowana była w oparciu o koszty zasobów (zasoby ludzkie i materialne) dedykowanych do realizacji zadania objętego niniejszym postępowaniem. Koszty

zasobów, zaś skalkulowano w oparciu o wartości lokalne, wynikające z faktu zaangażowania ich na ograniczonym terenie. W zakresie wykazywania rażąco niskiej ceny na podstawie jednej z trzech składowych ceny ofertowej odnoszącej się do przewozów pomiędzy boczniami Ruch I i Ruch II przystępujący powoływał się na charakter podmiotów wchodzących w skład wybranego konsorcjum, ich zaplecze, rodzaj infrastruktury, która pozwala na korzystanie z zasobów własnych, co pozwoliło konsorcjum na ukształtowanie ceny na wskazanym w ofercie poziomie, zapewniającym nie tylko pokrycie ponoszonych kosztów, ale również gwarantującym godziwy zysk. Zakwestionował, jakoby przedstawione przez przystępującego ceny za dzierżawę wagonów typu 418 V były nierealne i zaniżone. Otóż odnosząc się do w/w zarzutu rażąco niskiej ceny w zakresie ceny dzierżawy wagonów typu 418 V - podkreślił, iż jednym z konsorcjantów wchodzących w skład konsorcjum przystępującego jest PKP CARGO SA z siedzibą w Warszawie. PKP CARGO SA posiada własny park wagonowy, który stanowi nadwyżkę w stosunku do aktualnych potrzeb przewozowych tejże spółki. Przyczyną jest, bowiem spadek przewozów w wyniku zaistniałej sytuacji ekonomicznej kraju. W konsekwencji, więc logicznym jest, iż konsorcjant ten (w oparciu, o którego potencjał będzie m. in. realizowana umowa objęta niniejszym postępowaniem), nie opiera się podczas eksploatacji na parku wagonowym dzierżawionym od innych przewoźników, lecz na własnym. W konsekwencji więc powyższe niewątpliwie musi mieć przełożenie na poziom ponoszonych kosztów, finalnie zaś na zaoferowaną w rzeczowym postępowaniu cenę, która w stosunku do innych podmiotów zmuszonych do dzierżawy taboru, jest konkurencyjna.

Izba w odniesieniu do wnioskowanych przez odwołujących dowodów z dokumentów stwierdziła, iż odnoszą się one wyłącznie do stosowanych cen: transportu węgla, realizacji przewozów, dzierżawy wagonów, stanowiących elementy częściowe niniejszego zamówienia, przy tym realizowanych w odmiennych warunkach np. w obiegach otwartych, czy przy wykorzystaniu obcego taboru, w odróżnieniu do relacji przewozowych między bocznica Ruch I i Ruch II (zasadniczo w obiegu zamkniętym z wykorzystaniem własnego taboru przewozowego przystępującego i po liniach zamawiającego - nieodpłatnie), zatem nieporównywalnych nie mogących stanowić podstaw do oceny ceny całkowitej oferty przystępującego jako potwierdzających rażąco niską cenę, w szczególności, przy uwzględnieniu, iż przedmiot zamówienia obejmuje kompleksowo obsługę bocznic i składa się z razem z 25 pozycji (zakres zamówienia). Za równie nieprzydatny do oceny zgłoszonych zarzutów i żądań, Izba uznała wnioskowany dowód z notowań cen oleju napędowego, z rachunku zysków i strat za okres 2008 r., notatki prasowej na temat sytuacji ponoszenia strat przez PKP CARGO SA, gdyż zarzuty protestu nie odnosiły się do niespełnienia warunków udziału w odniesieniu do sytuacji finansowej, a ponadto liczy się potencjał całego konsorcjum - składającego się z czterech podmiotów. Olej napędowy zobowiązał się zapewnić zamawiający, zatem dowody podwyżki cen paliw są bezprzedmiotowe.

Ustaliła Izba, że zakres usług realizowanych przez wykonawcę związanych z obsługą bocznic obejmował będzie:

W punkcie A, dla bocznic Ruch I w Bieruniu dla usług - obsada stanowisk pracy w ruchu kolejowym. Przedmiotem zamówienia jest obsada stanowisk pracy na stanowiskach bezpośrednio związanych z prowadzeniem i bezpieczeństwem ruchu kolejowego oraz prowadzeniem pojazdów kolejowych. W ramach wykonywanych obowiązków osoby bezpośrednio realizujące usługę będą wykonywać czynności wynikające z zajmowanych stanowisk związane z wykonywaniem przewozów w obrębie bocznic KWK Piast Ruch I, prowadzeniem ruchu oraz diagnostyką i utrzymaniem nawierzchni torowej bocznic, wymaganą ilość oraz kwalifikacje osób niezbędnych do realizacji usługi obsady stanowisk na bocznic Ruch I zawiera zamieszczona tabela,

W punkcie B, dla bocznic Ruch I w zakresie usług dzierżawy wraz z utrzymaniem pojazdów kolejowych. Przedmiotem zamówienia jest: dzierżawa wraz z utrzymaniem 4 szt. spalinowych lokomotyw manewrowych normalnotorowych

(4 osiowych) o minimalnej mocy 800 KM, 17 szt. wagonów samowyładowczych typ 418 V lub równoważnych wraz z utrzymaniem, 1 sztuka drezyny motorowej wraz z utrzymaniem, posiadających wymagane Ustawą o transporcie kolejowym (Dz. U. 2007 Nr 16 poz.94 z późn. zn) świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego oraz świadectwa sprawności technicznej pojazdu kolejowego. Dzierżawione pojazdy kolejowe powinny posiadać całodobową sprawność techniczną w całym okresie realizacji zamówienia.

Zestawienie sprzętu wymaganego przez zamawiającego:

- 1) 4 szt. loko motyw manewrowych spalinowych o minimalnej mocy 800 KM;
- 2) 17 szt. wag onów samowyładowczych typ 418 V lub równoważnych;
- 3) 1 szt. drezyna motorowa normalnotorowa do transportu materiałów budowlanych i ekip roboczych o ładowności powyżej 5 t.

Wykonawca w okresie realizacji zamówienia dla pojazdów będących przedmiotem dzierżawy winien zapewnić wykonywanie:

- 1) bieżące utrzymanie dzierżawionych pojazdów kolejowych oraz wagonów,
- 2) w wyposażenie dzierżawionych pojazdów w materiały eksploatacyjne z wyłączeniem oleju napędowego, który zapewni zamawiający,
- 3) bieżące prowadzenie wymaganej dokumentacji związanej z wykonywaniem przeglądów,
- 4) przeglądów kontrolnych,
- 5) przeglądów okresowych,
- 6) napraw rewiowych,
- 7) napraw głównych,
- 8) po miary i badania parametrów pojazdów wynikających z dokumentacji systemu utrzymania wraz z założeniem dokumentacji i dokonywaniem wpisów,

W punkcie C, przewidziana została obsada stanowisk związana z prowadzeniem i bezpieczeństwem ruchu kolejowego. W punkcie C dotyczącym bocznic Ruch II w Woli - w zakresie przewozów kolejowych w obrębie bocznic kolejowej Ruch II określono prace manewrowe szczegółowo wymienione w pkt.1.1 lit.a-I.

W punkcie D, wymieniono usługi w zakresie prowadzenia ruchu kolejowego, obejmujące obsadę posterunków.

W punkcie E, wymieniono usługi w zakresie konserwacji i remontów bieżących infrastruktury bocznic Ruch II.

Formularz ofertowy, stanowiący załącznik nr 2 do SIWZ przewiduje 25 pozycji czynności składających się na całość przedmiotu zamówienia, dla których należało podać ceny jednostkowe usług cząstkowych wchodzących w skład ceny całkowitej oferty. Cenę oferty stanowiło podsumowanie cen jednostkowych załącznika - formularza ofertowego.

W SIWZ zamawiający określił w pkt.XXI, że jedynym kryterium jest cena - 100%. W SIWZ zamawiający podał, że termin realizacji zamówienia - to okres 36 miesięcy, początek zamówienia nie później niż 6 miesięcy po zawarciu umowy.

SIWZ na stronie 3 w pkt.6 tabeli wymagała, aby wykonawca złożył wykaz dysponowania pojazdami torowymi, w tym obejmujący wózek motorowy o ładowności powyżej 5 ton. Na potwierdzenie tego warunku należało złożyć

świadectwo dopuszczenia do ruchu typu pojazdu kolejowego.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła zarzutu podniesionego przez odwołujących A i B, iż oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę. W ocenie Izby niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie na podstawie wyłącznie arytmetycznego kryterium i odrzucenia ofert poniżej pewnego poziomu. Przepis art.90 ust.1 ustawy Pzp upoważnia zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej, jeżeli poweźmie on uzasadnione wątpliwości dotyczące ceny oferty. Przepis ten nie nakłada jednak żadnych warunków, kiedy postępowanie takie może być zasadnie zainicjowane. Pozostaje to w sferze decyzji zamawiającego, opartej na dokumentacji postępowania oraz znajomości relacji cen rynkowych (pogląd taki został wyrażony w wyroku Izby o sygn. akt KIO/UZP 963/09). Z treści przepisu art.90 ust.1 ustawy Pzp nie wynika bowiem, by zamawiający miał obowiązek wdrożyć postępowanie wyjaśniające w przedmiocie rażąco niskiej ceny w każdym przypadku, lecz jedynie wtedy, gdy może podejrzewać, że oferta taką cenę zawiera. Stosowanie przepisu art.90 ust.1 ustawy Pzp nie jest zatem obowiązkiem zamawiającego w każdej sytuacji, gdy tylko domagają się tego wykonawcy, których oferty zostały sklasyfikowane na dalszych pozycjach. Nie można przyjmować, że samo porównanie ceny danej oferty do szacunkowej wartości zamówienia, czy też ofert pozostałych wykonawców i zanotowane różnice, stanowią przesłankę do wykazania podstawy odrzucenia oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt.4 Pzp, jako zawierającą rażąco niską cenę. Zgodnie z poglądami orzecznictwa w sprawie stosowania art.90 ust.1 ustawy Pzp, konieczność wszczęcia takiej procedury powstaje bezsprzecznie wobec ofert, których cena była niższa o 40%, 30% od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, powiększonej o VAT.

Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia określona przez zamawiającego na podstawie art.32 ustawy Pzp w oparciu o dane o wynagrodzeniach za usługi wchodzące w skład przedmiotu zamówienia, uzyskane z poszczególnych kopalń i zakładów górniczych - jednostek organizacyjnych zamawiającego, a w szczególności

KWK Piast, z uwzględnieniem podatku VAT wynosiła 80.945.780,00 zł. Przywołując wartości złożonych ofert i porównując je z wartością szacunkową zamówienia oraz wzajemnie je porównując wskazała Izba, iż wartość oszacowania przedmiotu zamówienia została zawyżona w stosunku do cen oferowanych przez rynek. W okolicznościach tej sprawy, zdaniem Izby, nie można mówić o znaczących rozbieżnościach między wartością szacunkową przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem podatku VAT a cenami złożonych ofert. Punktem odniesienia, skoro wartość szacunkowa została zawyżona, winna stanowić średnia cena złożonych ofert, a także ceny ofert proponowane w postępowaniach na porównywalny przedmiot zamówienia. Biorąc pod uwagę ceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, należy stwierdzić, iż nie charakteryzują się one zbyt dużym rozwarstwieniem. Przyjmując jako wypośredkowaną cenę oferty drugiej w kolejności konsorcjum CTL - cena oferty wybranej konsorcjum „SERVICE-CARGO-LHS-PNUIK dla Piast” jest niższa o około 13%. Te wielkości - jak zanotowano w niniejszym postępowaniu, różnice cenowe składanych ofert, stanowią normalny mechanizm rynkowej konkurencji. Nie wykazują symptomów rażąco niskiej ceny, które obligowałyby zamawiającego do wszczęcia procedury wzywania wykonawców do wyjaśniania elementów ich ofert, mających wpływ na wysokość ceny. Podkreśliła Izba, że zamawiający jest uprawniony aby samodzielnie ustalać podstawy do zastosowania procedury wyjaśniania cen ofert. Właściwymi narzędziami, które mogą być wykorzystane w tym celu jest posiadane rozeznanie poziomu cen rynkowych, cen podobnych zamówień, średni poziom cen składanych ofert. Okoliczność, iż wszystkie złożone oferty, zawierają cenę niższą niż cena wynikająca z oszacowania, czyni wiarygodnymi wyjaśnienia zamawiającego, iż w tym segmencie rynku notuje się spadek cen za usługi przewozowe towarów oraz za usługi trakcyjne. Znikoma - około 3% różnica między ceną oferty odwołującego A i odwołującego B w sposób wyraźny dowodzi, iż motywem działania w szczególności odwołującego B, jest chęć wyeliminowania z postępowania konkurentów, przy pomocy nie do końca weryfikowalnego zarzutu rażąco niskiej ceny oferty.

Ustalenia w zakresie rażąco niskiej ceny oferty, zawsze należy odnosić do całości przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie narzucał sposobu kalkulowania stawek jednostkowych. Każdy z wykonawców, w zależności od własnego potencjału i możliwości realizacji przedmiotu zamówienia, dokonywał kalkulacji stawek jednostkowych za poszczególne usługi wchodzące w skład zamówienia. Nawet gdyby któraś z tych cen jednostkowych nie pokrywała kosztów świadczenia danej części usługi, to stawiane zarzuty nie dotyczą zaniżenia cen wszystkich usług częściowych (składających się na cenę za oferty za przedmiot zamówienia), które mogą być kalkulowane na poziomie pozwalającym na wypracowanie zysku za całość zamówienia. Obydwaj odwołujący nie zaprzeczyli również, iż w zestawieniu cen jednostkowych usług objętych przedmiotem zamówienia, które przedstawili w swoich ofertach, występują pozycje cen jednostkowych, w wysokości niższej niż podają oferty konkurencyjne. Brak zatem jest podstaw do narzucenia wykonawcy obowiązku osiągnięcia zysku w każdym „z elementów ceny”.

Ostatecznie Izba wskazała, że niedopuszczalnym jest - tak jak żądają tego odwołujący A i odwołujący B, stosując wybiórcze porównywanie wybranych pozycji ofert, w tym zakresie w którym składowe ceny jednostkowe oferty Konsorcjum „SERVICE-CARGO-LHS-PNUK dla Piast” są niższe od pozycji innych ofert, aby cena wybranego konsorcjum została uznana za rażąco niską. Ustalenie rażąco niskiej ceny ma się bowiem odbywać w stosunku do „przedmiotu zamówienia”, a nie wyłącznie jego części, o czym stanowi art.90 ust.1 ustawy Pzp oraz art.89 ust.1 pkt.4 ustawy Pzp. Odwołujący A oraz odwołujący B nie przedstawili żadnych dowodów świadczących, iż ceny oferowane za porównywalny przedmiot zamówienia, jak w niniejszym postępowaniu kształtują się na poziomie znacząco wyższym, zatem nie dowiedli zgłaszanych zarzutów w rozumieniu art.6 k.c. w związku z art.14 ustawy Pzp. Dowodów takich nie stanowią w ocenie Izby, dokumenty przedłożone na okoliczność wyższych cen za przewóz węgla, czy dzierżawę wagonów. Okolicznością niekwestionowaną jest, iż tabor przewozowy stanowi własność uczestnika wybranego konsorcjum, więc inna jest kalkulacja ceny niż za wynajem wagonów oraz, że taryfa towarowa PKP CARGO SA znajduje zastosowanie do przewozów otwartych i jednostkowych. Ceny usług z kontrahentami stałymi są objęte stawkami ustalonymi indywidualnie.

Izba nie dopatrzyła się również, iż złożenie ofert przez konsorcjum „SERVICE-CARGO-LHS-PNUK dla Piast” oraz oferty odwołującego A konsorcjum CTL, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu art.15 ust.1 pkt.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz.1503 ze zm.). Odwołujący nie dowiedli, że ceny konkurencyjnych ofert, zostały skalkulowane na poziomie nie pokrywającym kosztów świadczenia usługi całkowitej - obsługi oznaczonych bocznice KWK Piast. Nie stanowi dowodu na stosowanie cen dumpingowych wynik finansowy podmiotu, który może być pochodną zaangażowania inwestycyjnego wypracowanych zysków lub, jak wyjaśniał zamawiający wynikiem zmian strukturalnych. Kalkulacja jednostkowych elementów, czy określonej części oferty - nawet gdyby hipotetycznie założyć, iż odbiegałaby od cen rynkowych, to i tak nie mogłaby świadczyć o cenie poniżej kosztów świadczenia całej usługi określonej ofertą. Nie znalazły zatem potwierdzenia zarzuty naruszenia przez zamawiającego przepisów art.89 ust.1 pkt.3 ustawy Pzp, gdyż nie zachodziły podstawy do odrzucenia ofert wykonawców uczestniczących w przetargu z powołaniem się na wymienioną podstawę prawną.

Zważyła Izba, że fakt zaoferowania w przetargu nieograniczonym ceny niższej od oferty innego przedsiębiorcy jest przejawem wolnej konkurencji i wolnego rynku, a nie czynem nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji jest tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą być spełnione przesłanki z art. 15 u.n.k. Za takie będą więc uznane tylko działania, które są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnianiem dostępu do rynku

i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym przypadku jest art. 15 ustawy.

Zdaniem Izby w rozpoznawanym przypadku nie doszło do naruszenia ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba odnosząc się do kolejnego zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 Pzp tj. przygotowywania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wskazała, że odwołujący nie przedłożyli żadnych dowodów, które potwierdzałyby trafność stawianych zarzutów w tym zakresie.

Odnosząc się natomiast do zarzutu odwołującego B (w sprawie KIO/UZP 214/10), jakoby wybrany wykonawca wadliwie dołączył świadectwo typu pojazdu kolejowego Izba nie podzieliła takiego twierdzenia.

Wskazała, że świadectwa dopuszczenia nie wydaje się na każdy pojazd indywidualnie, lecz na jego typ, konsekwencją tej zasady jest to, iż świadectwo nie jest przywiązane do właściciela, czy też użytkownika pojazdu, lecz związane jest z pojazdem. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie wskazuje na konieczność przedłożenia świadectwa typu wydanego na konkretny podmiot, a jedynie na dany pojazd kolejowy. Dokumenty nie wymagane w SIWZ nie mogą więc stanowić podstawy odrzucenia oferty danego wykonawcy. W tym stanie rzeczy w świetle obowiązującej ustawy o Transporcie Kolejowym - pojazdy, które są objęte ofertą przystępującego (w tym wózek motorowy) posiadają ważne świadectwa typu (w istocie wydane z wniosku PKP PLK SA) i wobec tego dokumenty złożone przez przystępującego, w tym w szczególności świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego są dokumentami zgodnymi ze stanem faktycznym oraz prawidłowymi pod względem formalno-prawnym.

Wskazała KIO, że zamawiający dokonując wyboru oferty, może oprzeć tę czynność wyłącznie o dołączone do oferty dokumenty, których wymagał. Działania przeciwnie prowadziłyby do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, równego traktowania wykonawców i wyboru oferty zgodnie z przepisami tej ustawy.

Izba nie podzieliła też stanowiska odwołującego B, iż ma on jakiegokolwiek podstawy do kwestionowania uznanych zarzutów protestu. Zamawiający był uprawniony aby poinformować w rozstrzygnięciu protestu, iż zwróci się do Konsorcjum „SERVICE-CARGO-LHS-PNUIK dla Piast” o uzupełnienie wymienionych dokumentów. Dokumenty te są bowiem wymagane dla stwierdzenia spełnienia warunków podmiotów przez wykonawcę, zatem ustawa Pzp w art. 26 ust. 3 nakłada na zamawiającego obowiązek wzywania wykonawców do ich uzupełnienia - jeżeli wykazują braki. Obowiązek taki, zdaniem Izby, może się aktualizować na każdym etapie postępowania, do czasu ostatecznego wyboru oferty, nawet gdy nieprawidłowości zostaną ujawnione w wyniku protestu innego wykonawcy.

W związku z częściowym uwzględnieniem protestu odwołującego B, zgodnie z art. 183 ust. 5 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany był wstrzymać się z podejmowaniem czynności do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu. Z samego faktu, iż złożenie uzupełniająco dokumentów przez wezwanego wykonawcę będzie wymagało dokonania ponownej oceny oferty, wynika, iż czynność ta zawiera *implicite* unieważnienie poprzedniego wyniku postępowania. Zatem czynności, które zobowiązany będzie podjąć zamawiający, w wyniku częściowego uwzględnienia złożonego protestu, nie naruszają interesu prawnego odwołującego B i nie mogą stanowić podstawy do zgłaszania żądania unieważnienia wyboru oferty wyrokiem Izby, gdyż taką czynność zamawiający zobowiązał się dokonać w wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu.

Zdaniem Izby oferta Konsorcjum „SERVICE-CARGO-LHS-PNUIK dla Piast” nie podlegała odrzuceniu ze względu na rażąco niską cenę, zatem jest możliwe i nakazane art. 26 ust. 3 ustawy Pzp uzupełnienie braków dokumentów wymaganych w SIWZ.

Postępowanie dowodowe wykazało, że zamawiający nie naruszył przepisów art.7 ust.1, art.89 ust.1 pkt.3 i pkt.4 ustawy Pzp, art.90 ust.1, art.91 ust.1 ustawy Pzp, art.93 ust.1 pkt.7 ustawy Pzp, a zatem czynione zarzuty są bezpodstawne i pozbawione normatywnego oparcia. Skoro zarzuty odwołujących były niezasadne, to Izba oddaliła odwołanie odwołującego A oraz odwołującego B na podstawie art.191 ust.1 i 1a Pzp.

O kosztach orzekła stosownie do wyniku sprawy na podstawie art.191 ust.6 i 7 ustawy Pzp.

Odwołujący A nie zgodził się z rozstrzygnięciem Izby. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił naruszenie przepisów ustawy - Prawo Zamówień Publicznych:

- art.90 ust.1 i 2 ustawy Pzp poprzez:

- przyjęcie, że uzasadnione było zaniechanie przeciwnika skargi - zamawiającego zwrócenia się w formie pisemnej do Konsorcjum: PKP Cargo Service Sp. z o.o., PKP Cargo SA, PKP Linia Hutnicza Szerokotorowa Sp. z o.o., Przedsiębiorstwa Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej

w Krakowie Spółka z o.o. (dalej „Konsorcjum”) o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny ofertowej celem ustalenia, czy oferta Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę, biorąc pod uwagę okoliczność, że wartość zamówienia oraz cena ofert złożonych przez innych wykonawców znacznie odbiega od ceny wskazanej w ofercie Konsorcjum (odpowiednio ponad 20% i 10%);

- przyjęcie, że „Zamawiający jest uprawniony aby samodzielnie ustalać podstawy do zastosowania procedury wyjaśniania ceny ofert

- przyjęcie, że uzasadnione i dopuszczalne jest zaniżenie ceny jednostkowej jednej z głównych części zamówienia, w taki sposób, że nie pokrywa ona kosztów świadczenia tej części zamówienia, w sytuacji gdy ta część zamówienia ma przeważający udział w łącznej cenie całego zamówienia;

- przyjęcie, że uzasadnione i dopuszczalne jest zaniżanie cen poszczególnych usług częściowych, kalkulowanych „na poziomie pozwalającym na wypracowanie zysku za całość zamówienia”, a pominięcie przy tym, iż oferty składane mogą być przez konsorcjum kilku wykonawców, którzy co do zasady winni kalkulować przypadające im części całej oferty, właśnie na poziomie pozwalającym na wypracowanie zysku w ramach ich części;

- przyjęcie, że obowiązkiem skarżącego - wykonawcy jest dowieść zarzutów występowania rażąco niskiej ceny, podczas gdy brzmienie ww. przepisu nakłada na przeciwnika skargi - zamawiającego obowiązek wykazania, że nie występuje przypadek rażąco niskiej ceny, po przeprowadzeniu transparentnej procedury wyjaśniającej w trybie pisemnym, gwarantującym jej jawność, rzetelność, równe traktowanie wykonawców i zachowanie zasad uczciwej konkurencji;

- przyjęcie, że procedura wyjaśniająca w trybie art.90 ustawy - Prawo zamówień publicznych może być przeprowadzona przez przeciwnika skargi - zamawiającego w drodze samodzielnej oceny „w ramach wstępnego badania ofert”, bez zwrócenia się o wyjaśnienia do wykonawców i bez zachowania formy pisemnej;

- art.90 ust.3 i art.89 ust.1 pkt.3 i 4 ustawy Pzp w związku z art.15 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez:

- przyjęcie, że uzasadnione było zaniechanie przeciwnika skargi - zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum, w sytuacji gdy oferta złożona przez Konsorcjum zawiera cenę, która kształtuje się poniżej kosztów świadczenia usług, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w postaci ograniczania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku;

- art.91 ust.1 ustawy Pzp poprzez:
 - przyjęcie, że uzasadniony jest wybór przeciwnika skargi - zamawiającego oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej, podczas gdy z uwagi na okoliczność nie wyjaśnienia w przepisany trybie (w formie pisemnej) kwestii występowania rażąco niskiej ceny, oferta konsorcjum nie mogła zostać uznana za najkorzystniejszą, jako nie podlegająca odrzuceniu i zgodna z przepisami ustawy Pzp;
- art.7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez:
 - przyjęcie, że powyższe działania i zaniechania przeciwnika skargi - zamawiającego nie prowadzą do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
 - pominięcie, iż oferty składane mogą być przez konsorcjum kilku wykonawców, którzy co do zasady zmuszeni są kalkulować przypadające im części całej oferty, właśnie na poziomie pozwalającym na wypracowanie zysku w ramach ich części, co w sytuacji przyjęcia, że uzasadnione i dopuszczalne jest zaniżanie cen poszczególnych usług częściowych, kalkulowanych „na poziomie pozwalającym na wypracowanie zysku za całość zamówienia” stanowi naruszenie prawa równego traktowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Zarzucał też skarżący naruszenie:

- art.190 ust.1 i 2 w zw. z art.188 ust.7 ustawy - Prawo zamówień publicznych poprzez:
 - brak wszechstronnego i dostatecznego wyjaśnienia sprawy;
 - przyjęcie, że skarżący - wykonawca „stosuje wybiórcze porównywanie wybranych pozycji ofert”, podczas gdy udział przywołanej przez skarżącego wykonawcę pozycji oferty Konsorcjum, co do której wysuwany jest zarzut rażącego zaniżania ceny stanowi przeszło 1/3 wartości ceny ofertowej, zaś każda z przywoływanych do porównania przez KIO i przeciwnika skargi - zamawiającego pozycji cząstkowych ofert stanowi mało znaczący udział w cenie łącznej oferty;
 - przyjęcie, że nie występowała konieczność przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w trybie art.90 ustawy - Prawo zamówień publicznych pomimo przyznania przez przeciwnika skargi - zamawiającego, że wątpliwości w zakresie możliwości występowania rażąco niskiej ceny zachodziły i usunął je w drodze samodzielnej oceny „w ramach wstępnego badania ofert”.
- art. 188 ust.1 ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz art.6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy - Prawo zamówień publicznych poprzez:
 - przyjęcie, iż obowiązkiem skarżącego - wykonawcy jest dowieść zarzutów występowania rażąco niskiej ceny, podczas gdy brzmienie ww. przepisu nakłada na przeciwnika skargi - zamawiającego obowiązek wykazania, że nie występuje przypadek rażąco niskiej ceny;
 - przyjęcie, iż przeciwnik skargi - zamawiający dowiódł wypełnienia obowiązku wykazania, że nie występuje przypadek rażąco niskiej ceny, podczas gdy jedynymi „dowodami” w tej kwestii były jedynie wyjaśnienia przeciwnika skargi - zamawiającego oraz wyjaśnienia Konsorcjum, zgłoszone dopiero na etapie przystąpienia do postępowania odwoławczego, nie poparte żadnymi dowodami

Wskazując na powyższe podstawy skargi wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku na podstawie art. 198 ust.2 zdanie drugie Pzp poprzez

uwzględnienie skargi i nakazanie unieważnienia przez przeciwnika skargi - zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu, nakazanie przeciwnikowi skargi - zamawiającemu dokonania czynności wezwania Konsorcjum do wyjaśnień, czy oferta Konsorcjum zawiera cenę rażąco niską oraz dokonania pozostałych czynności zgodnie z art.90 ustawy

Pzp, nakazanie przeciwnikowi skargi - zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art.90 ust.3 ustawy Pzp z uwagi na naruszenie art.89 ust.1 pkt.3 i 4 ustawy Pzp, nakazanie dokonania czynności ponownej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu w niniejszym postępowaniu;

2. zasądzenie od przeciwnika skargi - zamawiającego na rzecz skarżącego - wykonawcy kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego zgodnie z normami prawem przewidzianymi.

Odwolujący B zaskarżył wyrok KIO i zarzucił mu:

1. naruszenie przepisu art.90 ust.1 ustawy Pzp - poprzez jego błędną wykładnię i nie zastosowanie, polegające na błędnym przyjęciu, że w sprawie brak było okoliczności (podstaw) uzasadniających zastosowanie przez zamawiającego instytucji z tego przepisu oraz poprzez błędne przyjęcie, że obie oferty tj. oferta Konsorcjum „SERVICE-CARGO-LHS-PNUIK dla Piast” w składzie: PKP CARGO SERVICE Sp. z o.o. w Warszawie, PKP CARGO SA w Warszawie, PKP Linia Hutnicza Szerokotorowa Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Sp. z o.o. oraz oferta Konsorcjum CTL w składzie: CTL Maczki-Bór Sp. z o.o. w Sosnowcu, CTL Train Sp. z o.o. w Sosnowcu i CTL MB Service Sp. z o.o. w Sosnowcu - nie zawierały rażąco niskiej ceny zważywszy, że wartość zamówienia oraz cena ofert złożonych przez innych wykonawców znacznie odbiegała od ceny wskazanej w ofercie Konsorcjum „SERVICE-CARGO-LHS-PNUIK dla Piast” w sytuacji, gdy w tej sprawie zaistniały przesłanki ustawowe obligujące do zastosowania przez zamawiającego wskazanego przepisu art.90 ust.1 Pzp, a ceny zaproponowane przez ww. Konsorcja spełniały przesłanki ceny rażąco niskiej w rozumieniu tego uregulowania,

2. naruszenie przepisu art.89 ust.1 pkt.4 ustawy Pzp i art.15 ust.1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., nr 153, poz.1503 ze zm.) - poprzez ich błędną wykładnię i nie zastosowanie, skutkujące błędnym przyjęciem, że w sprawie brak było ustawowych przesłanek do odrzucenia przez zamawiającego oferty Konsorcjum „SERVICE-CARGO-LHS-PNUIK dla Piast” i Konsorcjum CTL, a w konsekwencji błędne uznanie, że skarżący nie wykazał, że złożone przez w/w Konsorcja oferty zawierają rażąco niską cenę (kształtującą się poniżej kosztów świadczenia usługi) i stanowią niewątpliwie czyn nieuczciwej konkurencji w postaci ograniczania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku,

3. naruszenie przepisu art.91 ust.1 ustawy Pzp, poprzez jego błędną wykładnię i błędne przyjęcie, że oferta Konsorcjum „SERVICE-CARGO-LHS-PNUIK dla Piast” jest ofertą najkorzystniejszą nie podlegającą odrzuceniu, w sytuacji, gdy okoliczności w tej sprawie świadczą o tym, że ofertą najkorzystniejszą, nie podlegającą odrzuceniu i zgodną z przepisami ustawy Pzp i SIWZ jest oferta skarżącego,

4. naruszenie przepisu art.7 ust.1 i 3 Pzp (stanowiących zasady udzielania zamówień publicznych), poprzez jego błędną wykładnię i niezasadne przyjęcie, że zamawiający prowadząc postępowanie w tej sprawie dokonał wyboru wykonawcy tj. Konsorcjum „SERVICE-CARGO-LHS-PNUIK dla Piast”, co w konsekwencji powyższego - nie spowodowało naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich uczestników w tym postępowaniu, w sytuacji gdy postępowanie zamawiającego ewidentnie doprowadziło do naruszenia ww. zasad, a dokonany przez zamawiającego wybór wykonawcy (Konsorcjum) nie został przeprowadzony zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Zważywszy na powyższe zarzuty, skarżący wniósł o uwzględnienie skargi i:

1. zmianę zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w całości,
2. zobowiązanie zamawiającego do dokonania zmiany zapisów SIWZ w zakresie wskazanym w niniejszej skardze, a poprzednio w proteście i odwołaniu w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp oraz przepisami k.c.
3. zasądzenie na rzecz skarżącego kosztów sądowych, w tym kosztów zastępstwa procesowego w niniejszym postępowaniu według norm prawem przepisanych.

Po stronie zamawiającego do postępowania skargowego przystąpił wybrany oferent.

Na rozprawie w dniu 10 czerwca 2010 r. Sąd połączył do wspólnego rozpoznania i rozstrzygnięcia obie skargi, gdyż zarzuty obu skarg w zasadniczej części były jednakowe.

Pełnomocnik zamawiającego wniósł o oddalenie skargi i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania.

Pełnomocnik przystępującego wniósł o oddalenie skargi i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Skargi podlegają oddaleniu jako bezzasadne.

Należy podzielić ustalenia faktyczne dokonane przez KIO, jak też zawartą w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku ocenę prawną zarzutów zawartych w złożonych odwołaniach.

W przedmiotowej sprawie jedynym kryterium oceny ofert była cena 100%. Należy zgodzić się zarówno ze stanowiskiem KIO jak i stanowiskiem zamawiającego, że uznanie ceny oferty przystępującego jako rażąco niskiej w rozumieniu art.89 ust.1 pkt.4 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej Pzp) wymaga odniesienia do wartości zamówienia według oszacowania dokonanego przez zamawiającego.

Nie można jednak przyjmować, że różnice powstałe w wyniku porównania ceny danej oferty do szacunkowej wartości zamówienia czy też ofert pozostałych wykonawców stanowią przesłankę do ustalenia, iż oferta zawiera rażąco niską cenę, co uzasadnia jej odrzucenie na podstawie art.89 ust.1 pkt.4 Pzp.

Przepis art.90 ust.1 Pzp upoważnia zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej, jeżeli powyższe uzasadnione wątpliwości dotyczące ceny oferty.

Przyjęcie zatem wyłącznie arytmetycznego kryterium i automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie jest niedopuszczalne.

Zainicjowanie procedury wyjaśniającej w trybie art.90 ust.1 Pzp pozostawione zostało zamawiającemu.

Podkreślić należy, iż wymieniony przepis nie nakłada żadnych warunków kiedy to postępowanie należy wdrożyć.

Zamawiający zatem nie ma obowiązku wdrożenia postępowania, sprawdzającego w każdym przypadku.

Nie można podzielić zarzutów skargi, że obowiązek wykazania, iż cena oferty jest rażąco zaniżona nałożony jest na zamawiającego co wynika z art.90 ustawy Pzp.

Obowiązek złożenia wyjaśnień i dowodów odnośnie ceny zachodzi wówczas, gdy zamawiający poweźnie wątpliwości co do tego, czy cena nie jest rażąco niska. Zamawiający odrzuca ofertę, gdy na podstawie dokonanej oceny dojdzie do wniosku, że cena jest rażąco niska.

Jeżeli zamawiający nie poweźnie wątpliwości co do tego czy cena oferty jest rażąco zaniżona to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe w tym art.6 k.c., zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Sąd Okręgowy podziela ocenę dokonaną przez KIO, że w sprawie nie ma przekonywujących dowodów na to, że zwycięzca przetargu zaniżył cenę w sposób niedozwolony. O cenie rażąco niskiej można mówić wtedy, gdy oczywiste jest, przy zachowaniu reguł rynkowych, że wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych.

Zamawiający jest zobowiązany do badania ceny ofert. Takie postępowanie związane z badaniem ceny ofert składa się z dwóch etapów.

W pierwszym etapie zamawiający stwierdza, czy jego zdaniem, cena oferty zaproponowana w postępowaniu może uzasadniać przypuszczenie, iż jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tylko w przypadku gdy poweźnie wątpliwości, iż cena może być rażąco niska ma obowiązek wystąpienia do wykonawcy o wyjaśnienie w trybie art.90 ust.1 Pzp.

W przeciwnym przypadku przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązku wszczęcia procedury wyjaśniającej na zamawiającego nie nakładają. Nie można dlatego wywodzić, iż cena oferty niższa o więcej niż 20% od ceny szacunkowej wartości zamówienia jest automatycznie ceną rażąco niską.

Skoro zamawiający nie wszczął postępowania w trybie art.90 ust.1 Pzp to znaczy, iż dokonał wyboru oferty stosując kryterium wyboru ofert określone w SIWZ, a zatem stosując kryterium ceny i jest to równoznaczne z tym, że nie powziął wątpliwości co do tego czy zaoferowana cena jest rażąco niska.

Sytuacja ta nie pozbawia jednak pozostałych wykonawców prawa podnoszenia zarzutów w przedmiocie dokonania przez zamawiającego wyboru oferty zawierającej cenę rażąco niską a zatem dokonania wyboru oferty z naruszeniem art.90 ust.1 i art.89 ust.4 Pzp. Obowiązek dowodowy, jak wyżej wskazano z mocy art.6 k.c. obciążać będzie tych, którzy zarzut dokonania wyboru oferty z rażąco niską ceną lub nie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę podnoszą.

Podzielić należy stanowisko KIO, że odwołujący nie wykazali, iż oferta wybranego wykonawcy zawiera cenę rażąco niską.

Wybrany wykonawca wskazał, iż kalkulował cenę z godzinnym zyskiem a uzasadnił to faktem, iż kalkulując cenę oferty uwzględnił, że w ramach Konsorcjum posiada własny park wagonowy oraz zasoby ludzkie, które będą zaangażowane na ograniczonym terenie. Argumentacja ta wskazuje, że po stronie wybranego wykonawcy istniały okoliczności pozwalające na ustalenie ceny oferty w wysokości niższej niż cena pozostałych uczestników przetargu.

Skoro w przedmiotowym zamówieniu ruch taboru odbywać się ma zasadniczo w obiegu zamkniętym między bocznica Ruch I i Ruch II to trafnie KIO uznała, iż dokumenty zawnioskowane w postępowaniu odwoławczym w tym taryfy kolejowe wskazujące na stosowane ceny w odmiennych warunkach (obieg otwarty, tabor dzierzawiony) nie mogą stanowić dowodu na okoliczność rażąco niskiej ceny.

Trafnie też Izba wskazała, iż wybraną ofertę złożyło Konsorcjum, a zatem należy badać potencjał całego Konsorcjum.

Wewnętrzne zasady rozliczeń pomiędzy uczestnikami Konsorcjum nie są

przedmiotem badania w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Prawidłowo też wskazała Izba, iż zamawiający nie narzucał sposobu kalkulowania cen jednostkowych składających się na całkowitą cenę oferty. Skoro jedynym kryterium wyboru ofert była cena to stosownie do art.90 ust.1 Pzp należało ją odnieść do całości przedmiotu zamówienia. Wywody KIO w tym przedmiocie Sąd Okręgowy w całości podziela.

Nie budzi wątpliwości, że wszyscy wykonawcy uczestniczący w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożyli oferty zawierające cenę niższą od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia.

Nie można też mówić o znaczących rozbieżnościach pomiędzy złożonymi ofertami skoro cena wybranej oferty jest niższa o 16% od odwołującego B a o 13% od odwołującego A.

Powyższe wskazuje na prawidłowe stanowisko zamawiającego, iż ceny usług na rynku przewozowym uległy obniżeniu.

Z tych przyczyn nie można podzielić zarzutu skarżących naruszenia art.90 ust.1 i 2 ustawy Pzp oraz art.89 ust.1 pkt.3,4 pkt.2 ustawy Pzp.

Nieuzasadnione jest też stanowisko skarżących naruszenia art.89 ust.1 pkt.4 Pzp w zw. z art.15 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Skoro w toku postępowania nie wykazano, że wybrana oferta zawiera rażąco niską cenę to kalkulacja kosztów dokonana przez wykonawcę odpowiada przyjętej przez niego strategii budowy ceny. Nie wykazano, by przystępujący miał dominującą pozycję na rynku ani też, że jego cena odbiegała od cen rynkowych i nie pokrywała kosztów świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia.

Obszerne rozważania KIO w zakresie rozumienia art.15 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Sąd Okręgowy w całości podziela i uznaje za własne.

W szczególności trafne jest to stanowisko, że oferta zawierająca niższe ceny jednostkowe w poszczególnych pozycjach w stosunku do innych wykonawców nie jest dowodem, że jej złożenie stanowi utrudnienie dostępu do rynku innym wykonawcom oraz, że cena została podana poniżej kosztów wytworzenia.

Powyższe uzasadnia stanowisko, że nie doszło do naruszenia art.7 ust.1 i 3 Pzp.

Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wg ustalonego kryterium oceny, a brak jest podstaw do przyjęcia, że postępowanie przygotowano i przeprowadzono w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Nie wynika też by czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonywały osoby nie zapewniające bezstronności i obiektywizmu.

Odnosząc się do zarzutu odwołującego B, iż KIO nieprawidłowo uznała, że na podstawie art.4 pkt.15 w zw. z pkt.13 ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym, że świadectwa dopuszczenia do eksploatacji pojazdu kolejowego nie wydaje się na każdy pojazd indywidualnie lecz na jego typ, to z tym zarzutem nie można się zgodzić.

Zarzut ten w świetle art.23 ust.1 cytowanej ustawy o transporcie kolejowym nie znajduje potwierdzenia.

Wniosek o dopuszczenie dowodu z pisma z dnia 30 kwietnia 2010 r. wydanego przez Urząd Transportu Kolejowego, złożonego na rozprawie w dniu 10 czerwca 2010 r. przez skarżącego Konsorcjum Nadwiślański Zakład Transportu Kolejowego Sp. z o.o. oraz M'Soft Sp. z o.o. Sąd Okręgowy uznał za spóźniony w trybie art.381 k.p.c. Na marginesie należy wskazać, że przedmiotowe pismo nie potwierdza

zarzutów skarżącego, gdyż wyraźnie w nim wskazano, że świadectwo jest wydawane na typ danej rzeczy i jest z nim związane. Zmiana posiadacza pojazdu danego typu wymaga przekazania świadectwa wraz z nabytym pojazdem kolejowym, nie wymaga uzyskania nowego świadectwa dla danego podmiotu.

W tym postępowaniu SIWZ nie wskazywała na konieczność przedłożenia świadectwa wydanego na konkretny podmiot a jedynie na dany pojazd.

Z tych przyczyn dokumenty złożone przez przystępującego są dokumentami zgodnymi ze stanem faktycznym oraz prawidłowe pod względem formalno-prawnym.

Sąd Okręgowy podziela w całości stanowisko Izby, iż zamawiający nie może żądać od wykonawców potwierdzenia wymagań określonych w SIWZ.

Podkreślić należy, że zmiana treści SIWZ na etapie wyboru oferty jest niedopuszczalna, gdyż treść SIWZ na tym etapie postępowania jest wiążąca zarówno dla zamawiającego jak i wykonawców.

W związku z powyższym zarzut naruszenia art.7 ust. 1 i 3 Pzp uznać należało za nieuzasadniony.

Mając na względzie powyższe, skargę jako nieuzasadnioną oddalono na podstawie art.198§2 Pzp.

O kosztach postępowania skargowego Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art.98 k.p.c. w zw. z art.194 Pzp.

Na