

Sygn. akt: KIO 1958/17

## WYROK

z dnia 13 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Danuta Dziubińska**

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 września 2017 r. przez wykonawcę **E. E. C. Sp. z o.o. z siedzibą w W. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **Koleje Mazowieckie KM Sp. z o.o. z siedzibą w W., (...)**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - **E. E. C. Sp. z o.o.** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: **piętnaście tysięcy złotych 00 groszy**) uiszczoną przez **E. E. C. Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego **E. E. C. Sp. z o.o.** na rzecz Zamawiającego **Koleje Mazowieckie KM Sp. z o.o.** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00 groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

**Koleje Mazowieckie KM Sp. z o.o.** (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „**Usługa autobusowa przewozu osób**” (dalej: Postępowanie”)

Szacunkowa wartość zamówienia przewyższa kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

**Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S - 126-257669 w dniu 5 lipca 2017 r.** Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia ( zwana dalej również „SIWZ” ) została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 7 września 2017 r. **E. E. C. Sp. z o.o.** ( dalej „Odwołujący” ) otrzymał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 18 września 2017 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum: T. and I. M. Sp. z o.o. oraz K. L. A. L. Sp. z o.o., zwane dalej „Konsorcjum”. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1. art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. X pkt 4) Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień Konsorcjum w zakresie:
  - a. rażąco niskiej ceny ofertowej brutto w wysokości 27 807 212,39 zł brutto;
  - b. rażąco niskiej ceny stawki rozliczeniowej za jeden wozokilometr autobusu w wysokości 5,76 zł netto, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum, mimo iż wysokość zaoferowanej ceny ofertowej brutto jak i wysokość ceny stawki rozliczeniowej za jeden wozokilometr wskazują, iż Konsorcjum zamierza realizować zamówienie z ceną poniżej kosztów własnych, co oznacza, że cena jest rażąco niska;
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „uznk”) poprzez zaniechanie odrzucenia

'oferty Konsorcjum, z uwagi na zamiar Konsorcjum świadczenia usługi poniżej kosztów jej wytworzenia, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

3. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybór oferty, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

4. art. 91 Pzp w zw. z art. 2 pkt 5) Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty podlegającej odrzuceniu, tj. oferty Konsorcjum.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 7 września 2017r.;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
3. dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podał, iż jego interes został naruszony przez Zamawiającego, ponieważ czynności Zamawiającego objęte odwołaniem uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie zamówienia. Odwołujący złożył ważną ofertę i zajął 2 miejsce pod względem ilości uzyskanych punktów w kryterium oceny ofert. Jednakże, wobec tego, iż Zamawiający zaniechał swoich powinności tj. nie przeprowadził postępowania wyjaśniającego w zakresie rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty Konsorcjum i w konsekwencji nie odrzucił tej oferty, oferta Odwołującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów PZP Odwołujący może ponieść szkodę, poprzez nieuzyskanie zamówienia, które zgodnie z przepisami powinno zostać udzielone właśnie Odwołującemu. Powyższe dowodzi, iż złożenie niniejszego Odwołania czyni zadość wymaganiom postawionym w art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Odwołujący podał, iż przedmiotem zamówienia jest świadczenie w okresie od 3 września 2017 r. do 3 września 2018 r. usługi autobusowego przewozu osób w ramach kolejowej zastępczej komunikacji drogowej autobusowej realizowanej na odcinkach:

- i. G. – W. Zachodnia – G.;
- ii. M. – G. – M.;
- iii. B. – W. Zachodnia - B.

W Rozdziale XIII pkt 2 Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) zostało wskazane, że *„Podana w ofercie cena musi uwzględniać wszystkie wymagania*

*Zamawiającego określone w niniejszej specyfikacji oraz obejmować wszystkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia."*

W dniu 10 sierpnia 2017 r. nastąpiło otwarcie ofert złożonych w Postępowaniu. Zamawiający ujawnił, że zamierza przeznaczyć na zamówienie objęte Postępowaniem kwotę 33 525 285,00 netto, czyli 36 207 307,80 zł brutto. W Postępowaniu złożone zostały trzy oferty:

- Konsorcjum, z ceną netto 25 747 418.88 zł, tj. za cenę ofertową brutto 27 807 212,39 zł, co stanowi około 76.8% wartości szacunkowej Zamawiającego:
- Odwołujący, z ceną netto 29 189 348,14 zł, tj. za cenę ofertową brutto 31 524 495.99 zł, co stanowi około 87% wartości szacunkowej Zamawiającego:
- P. K. S. „P.” za cenę netto 28 831 745.10 zł, tj. z ceną ofertową brutto 31 138 284.71 zł, co stanowi około 86% wartości szacunkowej Zamawiającego.

Zamawiający nie wzywał do wyjaśnień wykonawców. W dniu 7 września 2017 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zgodnie z przyznaną punktacją, za najkorzystniejszą ofertę uznano ofertę Konsorcjum, która otrzymała 100,000 pkt. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu z wynikiem 93,7503 pkt. Oferta Konsorcjum w kryterium ceny otrzymała 53,000 pkt (najwyższą ilość w Postępowaniu), a oferta Odwołującego otrzymała 46,7503 pkt. W pozostałych kryteriach ww. podmioty otrzymały taką samą ilość punktów. Konsorcjum zaproponowało w ofercie stawkę rozliczeniową za jeden wozokilometr autobusu w kwocie 5,76 zł netto, a Odwołujący - w wysokości 6,53 zł netto.

Stawka za wozokilometr wyliczona na podstawie szacunkowej wartości zamówienia wyniosła zaś 7,50 zł netto (33 525 285,00/4 470 038).

Według Odwołującego oferta Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę całkowitą oferty, jak też cenę za jeden wozokilometr, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Mimo tego, że oferta Konsorcjum w sposób znaczny, pod względem ceny odbiegała od cen podanych przez Odwołującego oraz trzeciego wykonawcy, to Zamawiający nie przeprowadził postępowania wyjaśniającego przewidzianego w art. 90 ust. 1, mimo że zachodziły ku temu okoliczności. Zamawiający tym działaniem naruszył przepisy PZP. Jednocześnie ceny zaoferowane przez Konsorcjum stanowią czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż Konsorcjum zamierza świadczyć usługi poniżej rzeczywistych kosztów ich świadczenia. Odwołujący wskazał, iż zgodnie z definicją przez wozokilometr rozumie się stosowaną zwyczajowo w transporcie kołowym jednostką miary długości drogi wykonanej przez środki transportu (wozy) w określonym czasie, odpowiadająca kilometrowi - uwielokrotnionej podstawowej jednostce długości układu SI. (<https://pl.wikipedia.org/wiki/Wozokilometr1>)

Do wyliczenia stawki za jeden wozokilometr, Odwołujący w swej ofercie wziął pod uwagę, co też winni uczynić, pozostali oferenci:

i. koszty dotyczący taboru, w którym mieszczą się:

A. koszty paliwa - Odwołujący oszacował te koszty przy założeniu podawanego przez producentów spalania dla każdego z pojazdów i przyjęto 30 l na 100 km. Cena hurtowa paliwa najpopularniejszego dostawcy na polskim rynku, czyli Orlen [www.orlen.pl](http://www.orlen.pl), to 3 389 zł/m<sup>3</sup> wg. ceny z dnia 8 września 2017 r. -wg ustaleń Odwołujący koszt paliwa wyniósł 1,02 zł na jeden wozokilometr. Jako dowód Odwołujący załączył wydruk ze strony PKN Orlen.

B. Odwołujący do wyliczenia przyjął 2 700 000 wozokilometrów w skali 12 miesięcy zamówienia. Wartość ta wynika z jego obliczeń tzw. kwoty gwarantowanej przez Zamawiającego oraz zapisów o możliwości opcji wielu elementów składowych umowy (zarówno w górę jak i w dół). W związku z takim zapisem kalkulacja stawki powinna być liczona od warunków najmniej korzystnych. Lepsze warunki kontraktu poprawiają jego rentowność (marżę), ale kalkulacja stawki na warunkach minimalnych gwarantuje zamawiającemu wykonanie usługi w sposób zgodny z umową. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę na występujące koszty dodatkowe wynikające z wykonywania kilometrów niehandlowych. Koszt taki występuje praktycznie zawsze, ponieważ poza „kursami powrotnymi”, są koszty dojazdów do „bazy”, myjni itp. Są to niewątpliwie koszty bezpośrednie kontraktu. Istnieją też koszty pośrednie, które są kalkulowane w kosztach ogólnych działalności przewozowej (dojazdy na przeglądy itp.). Zdaniem Odwołującego, wg znajdujących się w SIWZ rozkładów jazdy, jest do wykonania około 20% kilometrów pustych w stosunku do załączonych rozkładów. Tym samym, koszt paliwa za 1 kilometr wzrośnie o 20% ceny paliwa kilometra, czyli o około 0,20 zł (1,02 zł x 20%). Dodatkowe koszty kierowcy nie występują ponieważ jego wynagrodzenie kalkulowane jest w oparciu o efektywny czas pracy, zatem zostało uwzględnione w ogólnych godzinach pracy kierowców wynikających z podanego przez zamawiającego rozkładu jazdy.

C. Koszty ubezpieczeń majątkowych - Składka na ubezpieczenie prowadzonej działalności do wysokości 5 000 000 zł wynosi 6 000 zł, przy czym przyjął do wyliczeń w załączonej tabeli ogólną kwotę 10 000 zł rocznie, uwzględniając rezerwę na mogące wystąpić dodatkowe sytuacje ekonomiczne i konieczność doubezpieczenia.

D. Ubezpieczenie komunikacyjne - Ubezpieczenie jednego pojazdu, to OC - 12000 zł; NNW - 871,2 - łącznie składka całkowita płatna jednorazowo 12.871,2 zł. (na 1 km wynosi 0,14 zł), zaznaczając, iż należy wziąć także pod uwagę ubezpieczenie dodatkowe pojazdów firmowych, a u Odwołującego następuję to wg następującego schematu: 2 pojazdy x 820 zł składka roczna OC = 1640 zł (dowód przedłożony zostanie na rozprawie). Odwołujący dla

potrzeb poniższej tabeli przyjął 30% ww. wartości, gdyż koszt nie dotyczy wyłącznie kontraktu, a zatem zastosowano kwotę 492 zł.

E. Odwołujący, z uwagi na dużą konkurencję na rynku ubezpieczeń, otrzymuje atrakcyjne oferty ubezpieczeniowe ze względu na swoją pozycję na rynku, a co za tym idzie, ma możliwość obniżenia kosztów na ten cel.

F. Leasing/Amortyzacja - Cena jednostkowa autobusu niskopodłogowego wynosi ok 26 900 euro, co w przeliczeniu daje kwotę 1143.55 zł netto za 1 pojazd (kurs euro 1 euro = 4.2511 zł Tabela NBP 174/A z dnia 8.09 2017 - <http://www.nbo.pl/home.aspx?navid=archa&c=/ascx/tabarch.ascx&n=al74%20zl70908>

G. Ponadto, zgodnie z przepisami ustawy z 23 września 1994 r. o rachunkowości, przyjmuje się amortyzację degresywną dla środków transportu 36 miesięcy ( pojazdy starsze - powyżej 10 lat) oraz maksymalnie 84 miesiące dla pojazdów fabrycznie nowych. Odwołujący dla potrzeb tego zamówienia przyjął amortyzację wynoszącą 36 miesięcy. Zatem koszt ten praktycznie nie występuje, ale z ostrożności procesowej i dla klarownego wyniku modelu kalkulacji Odwołujący w swych wyliczeniach (poniżej) przyjął, że wszystkie 30 pojazdów (ilość wynika z zapisów SIWZ) ma jednakową cenę. Dokonuje się zatem amortyzacji w okresie 36 miesięcy przy założeniu łącznego kontraktowego przebiegu 2 200 000 wozokilometrów, zgodnie z uśrednionym założeniem Zamawiającego. Tym samym 30 aut x 3 430 637,70 zł / 3 lata / 2 200 000 km rocznie = 0,52 zł/km

H. Wyposażenie - Cena wyposażenia pojazdu tylko w systemy informacji pasażerskiej 46 000 zł na pojazd. Cena wyposażenia w kasowniki to okablowanie 7 184,36 zł (przeliczenie z euro) Cena wypożyczenia kasowników ze sterownikiem na 12 miesięcy wynosi 7 920 zł na pojazd Razem wyposażenie na pojazd 61 104,36 zł. To jest 0,83 zł/km

(dowód przedłożony zostanie na rozprawie)

I. Koszty utylizacji odpadów - Zużyte oleje, smary, opony, akumulatory będą odsprzedawane po minimalnych kwotach firmom wyspecjalizowanym w ich odbiorze, czyli stanowią przychód. Kosztem będą głównie zużyte filtry i dodatkowe materiały, firma przeznaczyła na ten cel kwotę 6 000 zł miesięcznie, czyli 72 000 zł rocznie. Przy założeniu, że cena skupu 1 kg zużytych filtrów wynosi 0,60 zł. Odwołujący wykonuje obecnie około 6 000 000 wozokilometrów rocznie (m.in. kontrakty z Miastem Stołecznym Warszawa, Zamawiającym, jak też dla klientów z branży turystycznej itp.), zatem przyjmując ponownie wykonanie dodatkowych 2 200 000 wozokilometrów, jako ryczałt, koszty te wyniosą ok 30% całości a więc 0,01 zł/km.

J. Obsługa techniczna wozu - Na obsługę techniczną wozu składają się:

a) Mycie - skalkulowano koszty jednostkowe mycia jednego autobusu dziennie 6,36 zł kwota uwzględnia koszt pracy dwóch pracowników zatrudnionych w pełnym etacie z najniższym ustawowym wynagrodzeniem.  $(2 \times 2 \times 414,80 \times (+20\% \text{ dopłata za pracę w godzinach nocnych}) \times 12 \text{ miesięcy} = 69.546,24 / 2.200.000 \text{ km} = 0,03 \text{ zł /km}$  Łącznie oszacowano koszty na 0,03 zł/km (szczegółowa kalkulacja składowych wynagrodzenia została przedstawiona w punkcie C3 niniejszej odpowiedzi) Mycie pojazdów nie odbywa się codziennie, a zatem ww. koszt obejmują również sprzątanie wnętrza pojazdu.

b) Części zamienne - Kalkulacja sporządzona z uwzględnieniem dotychczasowej (ponad 25 letniej) eksploatacji pojazdów u Odwołującego - koszty te wynoszą 0,30zł/km. Ogumienie - koszt kompletu opon dla autobusu 2 osiowego to: 520 zł - 1 szt. X 6 szt. X 30 autobusów i jest eksploatowany przez 1 rok lub przez około 100 000 km, co zatem wynosi 0,05 zł/km.

c) Koszt utrzymania wozów rezerwowych - Skalkulowano w ogólnej liczbie pojazdów.

d) Jednostkowy koszt przeglądu obowiązkowego, co 6 miesięcy - 200 zł.

i dowód przedłożony zostanie na rozprawie)

e) Koszt przeglądu technicznego planowanego - co około 30 000 km: 850- 1000 zł (filtry, oleje, smary) - wyliczenia własne na podstawie 30 lat doświadczeń oraz eksploatacji ponad 100 pojazdów. Przyjmując, zatem  $2 \ 200 \ 000 \text{ km} / 30 \ 000 \text{ km} = 73,33$  przeglądy x 1000 zł=73.330 zł, w przedmiotowym zamówieniu wyniosą maksymalnie 0,03 zł/km.

f) Inne koszty techniczne - skalkulowano kwotę 450 zł miesięcznie na pojazd (średnio). Są to koszty związane z holowaniem, dojazdem do awarii ( paliwo) i inne nieprzewidziane koszty. Zatem w przedmiotowym zamówieniu wyniosą one 0,07 zł/km.

K. Koszty pozostałe - podatek od środków transportu. Stawka podatku od dnia 1 stycznia 2014 r wynosi w Warszawie zgodnie z uchwałą Rady Miasta Nr LXX/1831/2013 Rady Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 7 listopada 2013 r. (Dz. Urz. Woj. Mazowieckiego z dnia 26 listopada 2013 r. poz. 12261) od autobusu w zależności od liczby miejsc do siedzenia: (a) mniejszej niż 30 miejsc - 871,00 zł, (b) równej lub wyższej niż 30 miejsc - 1 088,00 zł. Oznacza to, że roczny podatek dla 30 autobusów wymaganych w SIWZ wyniesie, co najmniej  $30 \times 1088 = 32.640 \text{ zł}$ . To jest ok 0,016 zł/km

ii. Kosztów dotyczących zaplecza technicznego:

A. Czynnosc - miesięczny koszt bazy (parkingu) to 15.000 zł skalkulowany dla 30 pojazdów:  $500 \text{ zł} \times 30 \text{ szt} \times 12 \text{ m-cy} = 180.000 \text{ zł}$ , czyli ok 0,08 zł/km. Koszt wynajmu hali napraw  $450 \text{ m}^2 \times 40 \text{ zł/m}^2 \times 12 \text{ miesięcy} = 216 \ 000 \text{ zł}$ . Koszty wynajmu powierzchni biurowej  $120 \text{ m}^2 \times 40 \text{ zł/m}^2 \times 12 \text{ miesięcy} = 57 \ 600 \text{ zł}$ . Razem 273.600 zł/rok (biura i hala) Przyjmując



ponownie tylko 30% tej kwoty, jako koszty związane z kontraktem wyniesie to 82.080 zł, czyli 0,04zł/km.

B. Koszty utrzymania stacji tankowania pojazdów - umowa flotowa z PKN Orlen, zatem koszty wyniosą 0 zł.

C. Koszt wynagrodzeń obsługi zaplecza technicznego - skalkulowano dla 10 pracowników zatrudnionych na umowę o pracę, uwzględniając urlopy oraz absencję chorobową (w tym 8 mechaników, pracujących w systemie trzymianowym 10 x 2500 zł) - wykorzystanie mechaników do obsługi tego kontraktu możemy ponownie przyjąć na poziomie 30% wszystkich wykonywanych prac, czyli 0,06zł/km wyliczenie: 10 osób x 2 500 zł + 10 osób x 500 zł ( dopłata 20% za pracę w nocy) x 12 miesięcy = 360 000 x 30%=120 000 zł/2 200 000 km.

D. Koszty modyfikacji zaplecza - zawsze istnieje konieczność modyfikacji- dostosowania zaplecza do coraz wyższych wymagań autobusów i zamawiających. Jeżeli przyjąć koszty modyfikacji nawet bardzo niskie to należy przyjąć symbolicznie 0,01 zł/km.

E. Koszty utrzymania zaplecza - stanowią głównie opłaty za media. Koszty te stanowią u Odwołującego kwotę ok 8.000 zł miesięcznie ( zależnie od sezonu letniego lub zimowego). Przyjmując powyższe wartości daje to kwotę 96.0 rocznie, czyli 0,04 zł/km.

F. Pozostałe koszty zaplecza technicznego - dodatkowe koszty związane z funkcjonowaniem bazy, przeznaczono kwotę 200 000 zł, jako rezerwę na dodatkowe nieprzewidziane wydatki. (0,09 zł/km). Własne doświadczenia uczą nas, że zawsze występują nieprzewidziane koszty.

iii. Koszty dotyczące warunków umowy:

A. Koszty utrzymania systemów łączności i innych -kwota 24 zł miesięczne na jeden pojazd, na którą składa się obsługa systemu kontroli pojazdu, utrzymanie łączności radiowej oraz karta sim do telefonu plus karta sim telemetryczna. To kwota poniżej 0,01zł/km

(dowód przedłożony zostanie na rozprawie)

B. Koszty utrzymania dyspozytorów - 30 dni x 24h = 720h/168h (przeciętna ilość godzin pracy w miesiącu)=4,3 pracowników (5 osób uwzględniając urlopy i absencję chorobową) - koszt jednostkowy pracy u pracodawcy 2500 zł. Zatem 3.000 zł (w tym 500 zł dopłata za pracę w porze nocnej) x 12 miesięcy x 5 osób =180.000 zł, czyli 0,08 zł/km.

C. Koszt utrzymania obsady służby zabezpieczenia ruchu (całodobowo)

- koszt 8 pracowników (30 dni x 24h =720h/168h (przeciętna ilość godzin pracy w miesiącu)= 4,3 osoby. Uwzględniając urlopy oraz absencję chorobową należy dodać 20%

zatrudnienia, czyli 5 osób. Wynagrodzenie jednostkowe -2.500 zł plus 500 zł dodatek za pracę w porze nocnej. Daje to kwotę 180.000 zł czyli 0,08 zł/km. Zgodnie z aktualnym brzmieniem ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (tekst jednolity Dz. U. 2017 r. poz. 847) minimalna pensja minimalną w wysokości 2000 zł brutto (rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 9 września 2016 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2017 r. (Dz. U. z 2016 r., poz. 1456). Koszt pracodawcy wzrasta jednak o: (1) składkę na ubezpieczenie emerytalne w wysokości 9,76% ( $9,76\% * 2000,00 \text{ zł} = 195,2\text{zł}$ ), (2) składkę na ubezpieczenie rentowe w wysokości 6,50% ( $6,50\% * 2000,00 \text{ zł} = 130,00\text{zł}$ ), (3) składkę na ubezpieczenie wypadkowe w wysokości 1,93% ( $1,93\% * 2000,00 = 38,60\text{zł}$ ), (4) składkę na Fundusz Pracy- 2,45% ( $2000,00 * 2,45\% = 49,00 \text{ zł}$ ), (5) składkę na Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych -0,10% ( $2000,00 \text{ zł} * 0,10\% = 2,0 \text{ zł}$ ). Przy założeniu powyższych wartości dodać należy 20% zatem stawka za 1 km wyniesie 0,10 zł.

D. Koszt utrzymania systemu reklamacji ~ to poza reklamacjami koszty kar umownych, które zawsze istnieją, ponieważ występują awarie pojazdów, błędy pracowników, itp. Dotychczasowe doświadczenia każą skalkulować ten koszt na min 2% wartości stawki za wozokilometr, czyli min 0,12 zł/km

#### iv. Koszty dotyczące kierowców

A. Przyjmując, zasady zdefiniowane w SIWZ oraz zgodne z przepisami o czasie pracy kierowców (ustawa z dnia 16 kwietnia 2004 r. o czasie pracy kierowców) do realizacji kontraktu trzeba wykorzystać 70 kierowców. Zgodnie z przepisami wskazanymi już w iii.C. tj. o 414,80 zł i wraz z wynagrodzeniem minimalnym wynosi 2414,80 zł, przy założeniu, że dodatek za pracę w porze nocnej 20% wynagrodzenia, czyli 500 zł. Zatem  $70 \text{ kierowców} \times 2914,8 = 204.036 \times 12 \text{ m-cy} = 2.448.432 \text{ zł}$  to jest 1,11 zł/km.

B. Koszty szkoleń - 90 000 zł rocznie wyliczono na podstawie dotychczasowej działalności i wykonywania kontraktów z ZTM i Zamawiającym. Koszt roczny przewidziany dla 1 pracownika to 500 zł, czyli 0,01 zł/km.

C. Koszty badań lekarskich - 80 000 rocznie (koszt badania pracownika wstępne + psychotechnika łączny koszt 505 zł (mamy podpisaną umowę z firmą A. Sp. zoo), duża część przyjmowanych kierowców posiada ważne badania i uprawnienia, jednakże duża jest też rotacja kierowców, dane zaktualizowane o dotychczasowe doświadczenia w wykonywaniu kontraktów z ZTM, Kolejami Mazowieckimi -KM.

D. Koszty BHP - 1 pracownik na etacie, więc koszty do tego kontraktu są poniżej wartości progowych. Z ostrożności przyjęto 0,01 zł/km.

E. Pozostałe - rezerwa na koszty dotyczące kierowców i dyspozytorów - skalkulowano kwotę 400.000 zł na kontrakt, koszty występujące w ciągu roku, skalkulowane na podstawie dotychczasowej działalności, zatem jest to 0,18zł/km. Powody przyjęcia takiej rezerwy finansowej są następujące :

- zapowiadany przez rząd wzrost minimalnego wynagrodzenia od 1.01 2018 roku;
- realny poziom płac w Warszawie wynosi zdecydowanie więcej niż minimum socjalne;
- powszechnie wiadome braki kadrowe wśród kierowców i mechaników powodują stały wzrost wynagrodzeń

v. Wartościowy narzut kosztów wydziałowych i pośrednich

A. Koszty wydziałowe działalności przewozowej - koszt pracownicze - 4 pracowników - wynagrodzenie jednostkowe - koszt pracodawcy 3000 zł ( zgodnie z przedstawionymi wcześniej wyliczeniami wynagrodzeń oraz składek na ubezpieczenie społeczne) 5000 zł x 3 osoby x 12 miesięcy = 180.000 zł = /2.200.000 km =0,08zł/km. Szacując w analogiczny sposób zaangażowanie innych działów w przedsiębiorstwie do obsługi tego zamówienia ( kadry, księgowość, czy dział prawny) koszty te z ostrożności można podnieść do 0,16zł/km.

B. Koszty ogólne zarządu ( prezes i prokurent) - 250 000 zł brutto ( koszt pracodawcy), zatem 0,11 zł/km.

C. Pozostałe koszty operacyjne - 150. 000 zł skalkulowane na podstawie danych finansowych z lat poprzednich (w skali całego przedsiębiorstwa), zatem proporcjonalnie dla przedmiotowego kontraktu wyniosą 50.000 zł = 0, 02 zł/km.

D. Koszty finansowe - skalkulowane na podstawie kosztów finansowych firmy za poprzedni rok. Wyniosły one 250.000 zł ( w tym odsetki od kredytu obrotowego) Łączna wartość kosztów finansowych niniejszego kontraktu wynosi 0,1 zł.

E. Koszty nieregularności i braku punktualności - skalkulowano w oparciu o wskaźnik z podpisanych kontraktów z ZTM:

- przetarg 15/2015, umowa z dnia 31.03.2015
- przetarg 3/2014, umowa z dnia 17.03.2014
- przetarg 110/2014, umowa z dnia 31.12.2014

Odwołujący zamieścił w odwołaniu tabelę obrazującą przedstawione wyliczenia.

Odwołujący wskazał, iż z przedstawionych przez niego wyliczeń należy wywieść wniosek, że oferta Konsorcjum, a w szczególności stawka za wozokilometr jest stawką nierealną, a zatem kwalifikuje się jako rażąco niska cena, co winno skutkować tym, iż oferta

Konsorcjum, realizuje dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 4) Pzp. Stwierdził, iż przytoczone przez niego składowe ceny (koszty) są bezdyskusyjne, zatem twierdzenie dotyczące rażąco niskiej ceny podanej w ofercie Konsorcjum jest uprawnione. Dodał, iż pozostałe czynniki składowe ceny są bardzo istotne, bez nich realizacja zamówienia za proponowaną przez Konsorcjum cenę nie jest możliwa. Z powyższego wynika, zdaniem Odwołującego, że jakakolwiek stawka poniżej ceny za jeden wozokilometr w wysokości 5,77 zł netto prowadzi do uznania, że cena takiej oferty jest rażąco niska. Zauważyć przy tym należy też, iż pewne rodzaje kosztów wynikające z przepisów prawa nie mogą być niższe od wyznaczonych w odrębnych przepisach. W ocenie Odwołującego Konsorcjum nie doszacowało stawki za jeden wozokilometr o co najmniej 0,16 zł. Ww. kwota wynika z przyjęcia w kalkulacji w niektórych pozycjach kosztowych współczynnika 30%, jak udział przedmiotowego kontraktu w kosztach ogólnych - związanych z ogólną pracą każdego przedsiębiorcy, mającego znaczną pozycję na rynku i realizującego kontrakty o podobnym charakterze, co w niniejszej sprawie. Przyjmując wyliczenia przedstawione przez Odwołującego, przy marży „0 zł” plus niedoszacowanie kosztów na poziomie 0,16zł/km, stawka Konsorcjum kwalifikuje się, według niego, do uznania jej jako rażąco niską. Na poparcie stanowiska wskazując: *„Za ofertę z ceną rażąco niską może być uznana oferta, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy, naraża go na straty, realizowanie zadania poniżej kosztów ”* wyrok KIO z 28.03.08r. KIO 226/08), a co najmniej do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego z art. 90 ust. 1 Pzp.

Zaistnienie tego faktu pokazuje oferta Konsorcjum, która nie przewiduje zysków (marży), nie przewiduje również możliwości zmian w warunków przewozowych przewidzianych umową (zwiększenie ilości godzin pracy, ograniczenie terminu wykonania umowy). Takie błędy w kalkulacji Konsorcjum wynikają, zdaniem Odwołującego, z braku doświadczenia w wykonywaniu tego rodzaju transportu.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4) Pzp Odwołujący podał, iż obowiązek wezwania wykonawcy w ramach badania, czy zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską aktualizuje się w sytuacji, w której cena lub koszt, lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego. Nie oznacza to jednak, iż Zamawiający, poza przypadkami wskazanymi w art. 90 ust. 1a Pzp - posiada niczym nie ograniczone uprawnienie do decydowania o tym, czy powinien wezwać wykonawcę do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP jest zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w sytuacji, w której zaoferowana w ofercie cena powinna - przy uwzględnieniu obiektywnych okoliczności - budzić jego wątpliwości. Przykładowo Odwołujący wskazał na wyrok z dnia 9 czerwca 2017 r. (sygn. akt

KIO 1024/17): „wykonawca może podnieść zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy PZD także w sytuacji, gdy cena kwestionowanej oferty nie przekracza ustawowych progów i udowodnić przesłanki, że w okolicznościach danej sprawy cena oferty wydawała się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budziła uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, przez co zaktualizował się po stronie zamawiającego obowiązek uruchomienia procedury wyjaśniającej.” Ponadto, jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej cena rażąco niska to cena nie pozwalająca na pokrycie kosztów zrealizowanego zamówienia. To samo należy zatem odnieść do ceny istotnej części składowej. W konsekwencji zaoferowane opusty dotyczące biletów lotniczych innych przewoźników oraz biletów kolejowych stanowią istotną okoliczność, która powinna

być brana pod uwagę w kontekście badania rażąco niskiej ceny oferty, a w szczególności w odniesieniu do powstania po stronie Zamawiającego obowiązku wszczęcia procedury wyjaśniającej z art. 90 ust. 1 Pzp.

Jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej „w aktualnym stanie prawnym z uwagi na treść art. 90 ust. 1 Pzp dopuszczalne jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w wyniku negatywnej oceny przez zamawiającego otrzymanych wyjaśnień dotyczących istotnych części składowych ceny oferty. Odmienne poglądy prowadziłyby do wniosku, że pozbawione merytorycznego znaczenia byłyby wyjaśnienia co do istotnych części składowych oferty. Tym samym istotne części składowe ceny lub kosztu mogą być badane pod kątem przesłanek rażąco niskiej ceny” (wyrok KIO z dnia 31 maja 2017 r., sygn. akt KIO 1001/17). Obowiązek weryfikacji przez zamawiającego, czy oferta zawiera tzw. rażąco niską cenę wynika wprost z przepisu art. 90 ust. 1 Pzp. Zgodnie z jego treścią, zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Obowiązek, o którym mowa powyżej zaktualizuje się w każdym przypadku, gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostanie złożona oferta, co do której zaistnieją podejrzenia, iż zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący wskazał również, iż zgodnie z linią orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, należy przyjąć, iż ceną rażąco niską jest „cena nierealistyczna, cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku” - tak np. wyrok KIO z dnia 12 kwietnia 2012 r. (KIO 560/12). Podobnie, w wyroku z dnia 16 stycznia 2013 r. (KIO 2885/12) KIO stwierdziła, iż „dla przyjęcia, że cena jest rażąco niska należy odnieść ją do cen rynkowych,

*rzeczywistych, w szczególności w tym samym postępowaniu".* Dodatkowo, w wyroku z dnia 11 maja 2010 r. (KIO/UZP 661/10) KIO stwierdziła, iż *"ani polskie ustawodawstwo ani też dyrektywy unijne nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny. Słownik Języka Polskiego PWN opisuje przymiotnik "rażący" jako dający się łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy, bezsporny.,, W tym samym wyroku KIO stwierdziła, iż "Punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej mogą być w szczególności: 1) ustalona należycie przez zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia powiększona o podatek VAT, 2) ceny zaoferowane przez innych wykonawców, 3) ceny rynkowe przedmiotu zamówienia ",*

zdaniem Odwołującego, należy Ponadto trzeba podkreślić, iż wartość procentowa stosunku ceny ofert pozostałych wykonawców, czyli poza ofertą Konsorcjum stanowi odpowiednio 87% i 86%, a oferta Konsorcjum jedynie 76,8%. Czyli już na podstawie tego Zamawiający powinien powziąć wątpliwości, czy aby oferta Konsorcjum nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Jak wskazała KIO w wyroku z 9 października 2014 r. (KIO 1971/14) „Jeśli w trakcie oceny ofert zamawiający ma do czynienia z ofertą zawierającą cenę odbiegającą w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia oraz innych ofert, w celu ustalenia, czy oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny."

Porównanie zatem ofert wszystkich trzech wykonawców, których złożyli oferty w Postępowaniu wskazuje już na to, iż Zamawiający powinien wszcząć procedurę przewidzianą w art. 90 ust. 1 Pzp. Dodatkowo, jak wskazało KIO w wyroku z 9 czerwca 2017 r. (KIO 1024/17) „*W świetle literalnej wykładni art. 90 ust 1 Pzp ,, zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w każdym przypadku, jeżeli fi cena jego oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Na powyższe jednoznacznie wskazują użyte przez ustawodawcę słowa "zwraca się". W konsekwencji wykonawca może podnieść zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp także w sytuacji, gdy cena kwestionowanej oferty nie przekracza ustawowych progów i udowodnić przesłanki, że w okolicznościach danej sprawy cena oferty wydawała się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budziła uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, przez co zaktualizował się po stronie zamawiającego obowiązek uruchomienia procedury wyjaśniającej.*" W ocenie Odwołującego jego kalkulacje, jednoznacznie wskazują, iż oferta Konsorcjum musi budzić uzasadnione wątpliwości, czy aby nie ma rażąco niskiej ceny.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 1 uznk Odwołujący podał, że czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk nie musi zawsze zmaterializować się w postaci konkretnego skutku, jednak podejmowane działania zawsze muszą, chociażby teoretycznie mieć zdolność naruszenia przepisów prawa lub dobrych obyczajów. Orzecznictwo sądów powszechnych wskazuje, iż w sytuacji, gdy stan faktyczny sprawy wypełnia hipotezę normy wynikającej z art. 15 ust. 1-5 uznk to nie jest konieczne dodatkowo wykazywanie, że w następstwie któregośkolwiek z zachowań określonych w pkt 1 -5 tego przepisu doszło do utrudnienia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 4 kwietnia 2013 r., I ACa 1040/12, oraz wyrok SN z 25 października 2012 r., I CSK 147/12). Odwołujący zwrócił uwagę, iż Zamawiający stosując przepisy o równym traktowaniu wykonawców, winien co najmniej wyjaśnić ww. wątpliwości w zakresie wysokości zaoferowanego przez Konsorcjum ceny. Zamawiający zaniechał ww. czynności, jak również zaniechał odrzucenia oferty, czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 uznk oraz art. 15 ust. 1 pkt 1) uznk, a także art. 7 ust. 1 Pzp. Co więcej, przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP stanowi w pełni samodzielną podstawę do odrzucenia oferty z omawianej przyczyny. Zbędne byłoby, zatem uruchamianie procedury wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, lub w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Celem zastosowania art. 15 ust. 1 uznk w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest ochrona wykonawców przez zapewnienie im dostępu do tego postępowania. W Pzp termin "utrudnianie dostępu do rynku" jest rozumiany jako utrudnianie prowadzenia działalności gospodarczej innym przedsiębiorcom (Wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2010 r., KIO/UZP 610/10). Jako utrudnianie dostępu do zamówienia publicznego należy kwalifikować takie zachowanie, które naruszają mechanizm uczciwej konkurencji. Celem złożenia przez wykonawcę oferty jest w tej sytuacji samo zdobycie zamówienia publicznego i wyeliminowanie innych wykonawców z dostępu do zamówienia publicznego. Pojęcie "dostęp do rynku zamówień publicznych" należy rozumieć szeroko jako swobodę wejścia na rynek, wyjścia z niego, a przede wszystkim jako możliwość oferowania na nim swoich towarów, usług lub robót budowlanych (wyrok SA w Warszawie z dnia 10 kwietnia 2013 r., I ACa 1173/12) .

Czynem nieuczciwej konkurencji zgodnie z art. 3 ust 1 uznk jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Działanie sprawcy popełniającego czyn nieuczciwej konkurencji charakteryzuje sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami. W zakresie sprzeczności z prawem nie ulega wątpliwości, że czyny sprzeczne z nakazami prawa cywilnego mogą również stanowić czyn nieuczciwej konkurencji (przy spełnieniu pozostałych przesłanek). Jeżeli zaś

rozpatrujemy sprzeczność z dobrymi obyczajami, to należy zauważyć, iż ta klauzula generalna jest interpretowana w orzecznictwie w duchu podejścia ekonomiczno-funkcjonalnego. Oznacza to, że celem jest „zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafalszowane współzawodnictwo jakością, ceną i innymi pożądanymi przez klientów cechami oferowanych towarów lub usług. Konkurencja powinna być przejrzysta czytelna dla przedsiębiorców i klientów a jej wyniki niezafalszowane” - J. Szwaja Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Warszawa 2006, s. 157). Tak również Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 4 marca 2013 r. sygn. akt I ACa 923/12. Ustalenie cen na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to aby uzyskać zamówienie, narusza dobre obyczaje kupieckie i może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. Złożenie oferty zawierającej cenę niepokrywającą wszystkich kosztów realizacji zamówienia stanowi również czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest: utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, iż samo zaoferowanie rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk. Ponadto, zgodnie z 24 stycznia 2014 r., KIO 32/14 „Na gruncie przepisów art. 89 i 90 Pzp niedopuszczalne jest oferowanie cen za wykonanie usługi poniżej kosztów jej świadczenia (tym właśnie jest rażąco niska cena oferty), również z powołaniem/ że straty zostaną pokryte z innej działalności lub innego majątku firmy (wciąż jest to zaoferowanie usługi poniżej kosztów jej świadczenia). (...) Nie można kreować ceny usługi w sposób zaniżony stwierdzając, że jej koszt zostanie pokryty z innych usług czy majątku ”

Na zaistnienie czynu nieuczciwej konkurencji opisanego powyżej, wskazują kalkulacje i wyliczenia przedstawione powyżej, które prowadzą do wniosku, że Konsorcjum zamierza świadczyć usługi poniżej kosztów usługi. Dlatego wystarczy, zdaniem Odwołującego, krótkie podsumowanie, które zawarł Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w konkluzji orzeczenia z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s.: "Artykuł 55 dyrektywy 2004/18 sprzeciwia się stanowisku instytucji zamawiającej, wedle którego nie ma ona obowiązku żądania od kandydata udzielania wyjaśnienia rażąco niskiej ceny".

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 7 ust 1 i 3 PZP Odwołujący podał, iż zaniechania po stronie Zamawiającego, o których mowa powyżej, doprowadziły do naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Obowiązek zapewnienie uczciwej konkurencji, szczególnie w sytuacji tak niewielkiej ilości oferentów, stwarzał po stronie Zamawiającego obowiązek usunięcia



wszelkich niejasności, czy nawet okoliczności mogących wprowadzać wątpliwości, czego to jednak Zamawiający nie zrobił.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 91 Pzp w zw. z art. 2 pkt 5) Pzp Odwołujący podał, iż jest on konsekwencją poprzednich zarzutów.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska i przedstawiły dowody na poparcie swoich twierdzeń. Odwołujący przedstawił dowody na poparcie swojej kalkulacji oferty przedstawionej w odwołaniu. Natomiast Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i przedstawił dowody na okoliczność, iż cena oferty konsorcjum nie odbiega od cen rynkowych w tym zakresie.

Odwołujący podał, że według jego wiedzy wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, nie przedłużył terminu wadium, a ten upływał w dniu 10.10.2017 r. i w związku z tym zarzut naruszenia przepisu art. 91 uznaje za zasadny, przy czym odrzucenie oferty, uznanej za najkorzystniejszą, na dzień dzisiejszy, winno jego zdaniem nastąpić na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 7b w związku z art. 85 ust. 4 i art. 46 ust. 1.

Odwołujący podtrzymał pozostałe zarzut i ich uzasadnienie. Uzupełniając Odwołujący stwierdził, iż generalnie Odwołujący kwestionuje ofertę wybranego Konsorcjum, z uwagi na to, iż zawiera ona rażąco niską cenę, wskazując iż toku postępowania Zamawiający wezwał pisemnie wybrane konsorcjum do przystąpienia do postępowania, wniesionego na skutek przedmiotowego odwołania. Pismem z dnia 21.09.2017 konsorcjum udzieliło odpowiedzi. W ocenie Odwołującego, pismo Konsorcjum wskazuje, iż wykonawca ten przyznaje, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę oraz że nie uwzględnia wszystkich składników ceny.

Odwołujący podał również, iż podana w odwołaniu liczba wozokilometrów, określona na 2 700 000 wynika z iloczynu 12 miesięcy, przemnożonych przez ilość kilometrów wykonywanych miesięcznie, podaną przez Zamawiającego i podał, iż wielkość 4 470 038 wozokilometrów przyjęta w formularzu oferty obejmuje prawo opcji. Przyjął do wyliczeń, załączone przez Zamawiającego rozkłady jazdy, stanowiące załącznik do SIWZ, a z których wynika, że maksymalna miesięczna ilość km (wozokilometrów) wynosi około 240 000. Podaje, iż aktualnie świadczy tego rodzaju usługi na rzecz Zamawiającego i w miesiącu wrześniu ilość przejechanych km była zbliżona do około 230 000. Na poparcie swojego stanowiska, Odwołujący złożył wydruk ze strony internetowej Orlenu, na datę 15.09.2017, umowę o używanie kart, zawartą z Orlen z dnia 22.08.2012 oraz fakturę Vat z PKN Orlen z 04.04.2017 Odwołujący dodał, iż z dokumentów tych wynika, że Orlen stosuje rabaty,

których wysokość jest związana z ilością nabywanego paliwa. Przy dokonanej kalkulacji, Odwołujący wziął pod uwagę nie tylko zmianę cen paliwa, ale też tzw. kilometry puste. Elementem ceny jest również koszt ubezpieczenia prowadzonej działalności oraz ubezpieczenie komunikacyjne. Odwołujący złożył polisy ubezpieczeniowe. Odwołujący przyznał, że część tych ubezpieczeń nie jest w całości ściśle związana z danym kontraktem, dlatego też przyjął 30% ich wartości. Określając poziom 30% Odwołujący miał na uwadze proporcję, jaką stanowi przedmiotowy kontrakt w relacji do innych kontraktów, realizowanych przez Odwołującego. Odwołujący dodał, że na potrzeby przedmiotowego zamówienia zostały zakupione autobusy, koszt ich ubezpieczenia przyporządkowany jest do tego konkretnego zamówienia, przy czym ma na myśli 30 sztuk wymaganych w SIWZ. Te autobusy, w razie wyboru jego oferty, byłyby wykorzystane do obsługi tylko tego zamówienia. Wiąże się to z wymaganiami, dotyczącymi oznaczenia autobusów. Zamawiający wymagał, aby 30 sztuk autobusów było wyposażonych w określony system informacji pasażerskiej. Odwołujący przyznał, iż inny wykonawca może już być w posiadaniu takich autobusów, co oznacza, że nie musiałby ich nabywać, nie zmienia to oceny, iż stałe koszty, z tym związane, powinny być uwzględnione w kalkulacji oferty. Informacja pasażerska w każdym przypadku musi stanowić dodatkowe wyposażenie, a koszty z tym związane muszą być uwzględnione w kalkulacji oferty. Odwołujący złożył fakturę na zakup 15 sztuk autobusów oraz ofertę na zakup wyposażenia, na okoliczność kalkulacji stawki wozokilometrów, w tym dodatkowego wyposażenia. Odwołujący dodaje, że częścią składową kosztów są także koszty, związane z obsługą techniczną wozu. Na dowód ich wysokości składa umowę z dnia 18.10.2015, zawartą z firmą sprzątającą. Odwołujący podał, że w zakresie tych kosztów, występują okoliczności nieprzewidziane. Wiedzę o nich ma z faktu, iż kalkulacja, jaką przeprowadził na potrzeby aktualnie realizowanego zamówienia wskazuje, że pewnych okoliczności nie uwzględnił, bowiem nie dało się ich przewidzieć ani przez Zamawiającego ani przez Odwołującego. Pojawiają się również inne koszty, związane z realizacją usługi, których nie dało się przewidzieć, które w sposób istotny podwyższają koszt wykonywania usługi. Na dowód kosztów, związanych między innymi z przeglądami pojazdów, złożył fakturę na zakup opon i fakturę na okresowe badania techniczne. Odwołujący złożył również dowody, na okoliczność utrzymania łączności z kierowcami, w tym faktury za karty telemetryczne, a także umowę z firmą A., potwierdzającą koszty, związane z badaniami lekarskimi pracowników. W ocenie Odwołującego, wybrane konsorcjum, pismem z dnia 21.09.2017, potwierdza, że nie doszacowało oferty, co najmniej co do podatków drogowych i ubezpieczenia, tj. kosztów stałych, bez względu na to, czy przewozy są realizowane czy nie.

Zamawiający wskazał m.in. iż w ostatnim czasie, Odwołujący realizował na jego rzecz usługę przewozu osób na trasach, których dotyczy niniejsze postępowanie za stawkę 5,90 zł netto za wozokilometr (łącznie do realizacji 244827 wozokm.). Umowa była realizowana w okresie od 3 września 2017 r. do 3 października 2017r. Zamawiający zauważył, iż z reguły w umowach krótkoterminowych występują stawki wyższe niż w, tego samego rodzaju, umowach długoterminowych. Na dowód swoich twierdzeń Zamawiający załączył umowę nr M-01-MKP-313/17 z dnia 31 sierpnia 2017 r. zawartą z Odwołującym.

Zamawiający poddał również, iż przeprowadził analizę stawek za wozokilometr oferowanych przez Odwołującego, z której wynika, iż Odwołujący s oferował w niektórych przetargach stawkę niższą niż stawka 5,76 zł netto za wozokilometr., tj. stawkę niższą niż zaoferowana przez Konsorcjum w Postępowaniu. Nadto Zamawiający stwierdził, iż Odwołujący przedstawił kalkulacje odnoszące się wyłącznie do przedsiębiorstwa i oferty Odwołującego, nie wykazujące, aby cena zaoferowana przez Konsorcjum była rażąco niska. Zamawiający wskazał, iż na kalkulację ceny w niniejszym postępowaniu ma wpływ szereg czynników, które są różne dla poszczególnych wykonawców. Dla przykładu wskazał, iż np. odnośnie kosztów zakupu paliwa każdy podmiot nabywający paliwo w dużych ilościach ma wynegocjowane indywidualnie rabaty, dochodzące do kilkunastu procent od cen wskazanych na stronach internetowych producentów paliwa. Błędne jest zatem przyjmowanie w tym zakresie cen wskazanych na stronach internetowych, które nie uwzględniają indywidualnych rabatów. Ponadto, zdaniem Zamawiającego, wątpliwości budzi też wskazanie, że tzw. puste kursy miałyby obejmować aż 20 % w stosunku do kursów rozkładowych. Odnośnie podatku od środków transportu - nie jest jasne, czy autobusy których ma używać Konsorcjum do realizacji zamówienia są zarejestrowane w Warszawie. Wątpliwości budzi w szczególności wskazana przez Odwołującego wysokość kosztów ogólnego zarządu, pozostałych kosztów operacyjnych oraz kosztów finansowych, które z zasady są różne u różnych wykonawców.

Zamawiający stwierdził, z niniejszej sprawie nie wystąpiła żadna z przesłanek, o których mowa w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, które obligowałyby Zamawiającego do zwrócenia się do Konsorcjum o udzielenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Cena ofertowa Konsorcjum jest niższa o 23,20 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług i o około 7,8 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zaoferowana przez Konsorcjum cena i stawka za wozokilometr nie są, w ocenie Zamawiającego, rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ.

Na okoliczność, że cena i stawka za wozokilometr zaoferowana przez Konsorcjum nie jest rażąco niska Zamawiający złożył kopie umów zawartych z Odwołującym: nr M-01-MKP-

249/17 dotyczącą świadczenia usługi autobusowego przewozu osób w ramach kolejowej zastępczej komunikacji drogowej autobusowej realizowanej na odcinku Garwolin - Dęblin - Garwolin, łącznie 977 181 wozokm, w której występuje stawka 5,89 zł netto za jeden wozokilometr [zł/wozokm] zrealizowanego kursu autobusu oraz nr M-01-MKP-214/17, dotyczącą świadczenia usługi autobusowego przewozu osób w ramach kolejowej zastępczej komunikacji drogowej autobusowej realizowanej na odcinku G.(2) – D. – G.(2), łącznie 257 216 wozokm, gdzie występuje stawka 5,40 zł netto za jeden wozokilometr [zł/wozokm]. Zamawiający wskazał również, iż zgodnie z referencjami z 1.08.2017r. znajdującymi się w aktach sprawy, Członek Konsorcjum w okresie od 1.01.2015 r. do 30.06.2017 r. realizował usługę autobusowego przewozu osób w łącznej ilości 1 001 914 wozokilometrów za kwotę netto 3 987 617,72 zł, co daje stawkę 3,98zł netto za wozokilometr.

Potwierdza to, zdaniem Zamawiającego, iż cena i stawka za wozokilometr zaoferowane przez Konsorcjum nie mogą zostać uznane za rażąco niskie. Cena rażąco niska to taka która jest nierealna w odniesieniu do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że znacząco odbiega od przyjętych cen w taki sposób, że jest oczywiste, iż usługa będzie wykonywana poniżej kosztów. Na poparcie swojego stanowiska Zamawiający wskazał na sposób rozumienia rażąco niskiej ceny, przytaczając wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 grudnia 2014 r., sygn. akt KIO 2622/14, w którym Izba zaprezentowała stanowisko: „ *Mianem rażąco niskiej ceny określa się cenę niewiarygodną, nierealistyczną, odbiegającą wysokością od wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego z należytą starannością oraz cen pozostałych ofert złożonych w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub cen rynkowych, tj. cenę, która nie pokrywa kosztów należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Cena rażąco niska jest więc ceną nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. przez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno- organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.* ”. Zamawiający wskazał także wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 23 kwietnia 2009 r., sygn. akt XII Ga 88/09, w którym została wskazana: „*Pojęcie ceny "rażąco niskiej" pozostaje pojęciem nieostrym, bez względu na zastosowanie pomocniczo wykładni tego pojęcia przy użyciu Słownika Języka Polskiego PWN. Nieostrość ta nie może być w ten sposób usunięta, ponieważ Słownik czy inne tego typu źródła tłumacząc pojęcie posługują się dalszymi*

*pojęciami o również nieostrym charakterze jak "wyraźna" czy "bardzo duża" różnica w cenie, które podlegają interpretacji subiektywnej. Należy zatem oprzeć analizę na innych kryteriach. Należą do nich przykładowo: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów".*

Zamawiający podał, że w jego ocenie, cena 5,76 gr za wozokilometr, jest ceną przeciętną na rynku, jeżeli chodzi o komunikację zastępczą. Wskazują na to między innymi złożone umowy, gdzie wymienione są stawki netto 5,40 zł, 5,89 zł i 5,90 zł za wozokilometr. Średnia, wyliczona z tych stawek, wynosi 5,73 zł za wozokilometr. Świadczy to o tym, że skoro sam Odwołujący zawiera umowę o wyżej podanych stawkach, to nie jest zasadnym jego twierdzenie, iż stawka 5,76 zł wybranego konsorcjum jest rażąco niska. Potwierdzają to także złożone umowy z 28.11.2016 i 27.03.2017, w ramach których wykonawcy świadczą usługi na rzecz Zamawiającego za stawki 4,82 zł oraz 4,88 zł netto za wozokilometr oraz zestawienie, zawierające stawki za wozokilometr brutto kilkunastu firm aktualnych na 2017 rok, pozyskane z informacji, dostępnych w Internecie.

Zamawiający odnosząc się do wskazanego przez Odwołującego pisma Konsorcjum z 21.09.2017, stwierdził, iż istotne znaczenie w tym zakresie ma to, iż istnieje powiązanie personalne pomiędzy konsorcjum a Odwołującym a partnerem konsorcjum, T. and I. M. Sp. z o.o., gdzie występuje p. M. K. K., natomiast jedynym wspólnikiem i prezesem zarządu Odwołującego jest p. H. K. Według Zamawiającego jest to powiązanie rodzinne, które nie przekłada się na przepisy, dotyczące grupy kapitałowej, jednakże, według niego, rzutuje na całe postępowanie. Zdaniem Zamawiającego, przemawia za tym okoliczność, iż w dniu 07.09.2017 prezes Odwołującego wystąpił o dostęp do ofert, złożonych w postępowaniu i uzyskał taki dostęp. Były to jedyne dokumenty, z którymi zapoznał się w siedzibie Zamawiającego. Tymczasem w toku postępowania odwoławczego, Odwołujący dysponuje pismem konsorcjum z dnia 21.09.2017 r., którego nie mógł pozyskać od Zamawiającego. Również przemawia za tym wiedza Odwołującego o tym, że konsorcjum nie przedłużyło terminu ważności wadium, a także to, że Zamawiający postanowił na okres od 03.09.2017 do 04.10.2017, w związku z wniesionym odwołaniem, zawrzeć doraźną umowę na świadczenie przedmiotowych usług i zwrócił się do podmiotów, które złożyły ofertę w tym postępowaniu, z zapytaniem o podjęcie się świadczenia usług, w tym okresie. Jedynie Odwołujący wyraził zainteresowanie jej realizacją. Zdaniem Zamawiającego podmioty, które składają oferty w takim postępowaniu, jak przedmiotowe, muszą dysponować odpowiednią ilością autobusów. W przedmiotowym postępowaniu była zastosowana procedura

odwrócona i Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum o przedłożenie wykazu autobusów, którymi będzie świadczył usługi. W otrzymanym wykazie wszystkie autobusy były w leasingu, natomiast gdy zostało udzielone zamówienie Odwołującemu, na okres przejściowy, wykaz złożony przez ten podmiot również wskazywał, że wszystkie autobusy są w leasingu. W ocenie Zamawiającego to nie jest przypadek.

Zamawiający podał, że zwracał się do Konsorcjum z informacją, dotyczącą upływu terminu wadium. Do chwili obecnej nie otrzymał odpowiedzi od tego wykonawcy.

**Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną przez Odwołującego, korespondencją prowadzoną w toku postępowania, po przeprowadzeniu rozprawy i wysłuchaniu stanowisk i oświadczeń Stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza, ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdza, iż wpis został wniesiony w ustawowym terminie. Nie wypełniły się przesłanki do odrzucenia odwołania, wymienione w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Tym samym odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Izba stwierdza, iż Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej, ponieważ została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, w postaci interesu w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący złożył ofertę, która zajmuje drugą pozycję w rankingu ofert. Brak odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum oraz dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum, skutkuje pozbawieniem go możliwości uzyskania zamówienia, a w konsekwencji możliwością poniesienia szkody, w przypadku gdyby potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, wskazanych w odwołaniu.

**Następnie Izba ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług autobusowego przewozu osób w ramach kolejowej zastępczej komunikacji drogowej autobusowej realizowanej na odcinkach: G. – W. Zachodnia – G., M. – G. – M., B. – W. Zachodnia – B. w dni robocze, wolne od pracy oraz świąteczne według rozkładów jazdy autobusów, stanowiących załączniki do SIWZ.

Formularz ofertowy, stanowiący załącznik do SIWZ i oferta m.in. Odwołującego w pkt. 4 zawierają oświadczenie: „ Oświadczamy, że cena ofertowa zawiera wszystkie koszty związane z wykonaniem zamówienia i oszacowana została dla prognozowanej przez Zamawiającego pracy przewozowej autobusów, wynoszącej 4 470 038 wozokm.”

SIWZ w Rozdziale XV przewiduje, że cena jest jednym z sześciu kryteriów oceny ofert z wagą 53%. Stosownie do Rozdziału XIII pkt 2 i 3 SIWZ Cenę oferty stanowi wartość brutto wpisana w formularzu ofertowym, cena ta musi uwzględniać wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SIWZ oraz obejmować wszystkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia.

Wartość przedmiotu zamówienia została określona przez Zamawiającego na kwotę 33 525 285,00 zł netto tj. 36 207 307,80 zł brutto.

Oferta Konsorcjum zawiera cenę w wysokości 25 747 418,88 zł netto tj. 27 807 212,39 zł brutto. Stawka rozliczeniowa z jeden wozokilometr autobusu w ofercie konsorcjum wynosi 5,76 zł netto. Ceny pozostałych dwóch ofert wynoszą: 29 189 348,14 zł netto i 31 524 495,99 zł brutto, przy stawce za wozokilometr wynoszącej 6,53 zł ( oferta Odwołującego) oraz 28 831 745,10 zł netto i 31 138 284,71 zł brutto, przy stawce za wozokilometr wynoszącej 6,45 zł ( oferta P. K. S. „P.”).

Zestawienie powyższych wartości wskazuje, że cena całkowita oferty Konsorcjum nie jest niższa niż 30% wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W przedmiotowym przypadku Zamawiający nie miał zatem obowiązku zwrócenia się do Konsorcjum o udzielenie wyjaśnień w zakresie sposobu wyliczenia ceny ( art. 90 ust. 1a ustawy Pzp).

Rozstrzygnięcia zatem wymaga kwestia, czy cena oferty Konsorcjum, mimo, iż nie kwalifikuje się do wszczęcia obligatoryjnej procedury jej wyjaśnienia, jest na tyle niska, że powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do tego, czy wykonawca ten jest w stanie wykonać za nią rzetelnie przedmiotowe zamówienie.

W ocenie Izby materiał dowodowy zgromadzony w sprawie nie potwierdza, iż cena oferty Konsorcjum jest rażąco niska, ani, że powinna się taką wydawać i budzić wątpliwości co do realności i możliwości należytego wykonania zamówienia. Izba podziela sposób rozumienia rażąco niskiej ceny zaprezentowany w ww. orzeczeniach przytoczonych przez Strony. Podkreślenia wymaga, iż ocenie ceny w tym zakresie nie chodzi o to, aby podważyć ofertę, która zawiera cenę niższą niż ceny pozostałych ofert, ale o ocenę rażąco niską, tj. taką która wskazuje, iż wykonawca miałby wykonywać zamówienie poniżej kosztów tego świadczenia, cenę nierealną, nierynkową. Treść uzasadnienia odwołania, przedstawiająca

kalkulację ceny oferty Odwołującego dowody przedłożone przez Odwołującego na jej poparcie, w ocenie Izby, nie potwierdzają stanowiska, iż oferta Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę. Taka ocena wynika m.in. z tego, iż Odwołujący uwzględnił wyłącznie swoje koszty np. zarządu, swój poziom upustów, swój poziom kosztów stałych, przyporządkowując do przedmiotowego zamówienia 30% z tych kosztów stałych. Tymczasem koszty te są różne u różnych przedsiębiorców, jak również różny udział kosztów stałych np. ubezpieczeń danego podmiotu i ich wysokość, przyporządkowany przed danego wykonawcę do danego zamówienia. Sam Odwołujący przyznał, iż określając poziom takiego przyporządkowania na 30% miał na uwadze proporcję, jaką stanowi przedmiotowy kontrakt w relacji do innych realizowanych przez niego kontraktów. Tymczasem każdy podmiot ma swoją specyfikę działania, inne koszty własnej działalności i inny pakiet kontraktów. Oznacza to, że szczegółowa kalkulacja własnej oferty przedstawiona przez Odwołującego, nie jest uniwersalna i nie może być zastosowana do każdego innego podmiotu. Ponadto zwrócenia uwagi wymaga to, iż przeprowadzona przez Odwołującego kalkulacja swojej oferty pokazuje poza marżą, spory margines na „*dodatkowe sytuacje ekonomiczne*”. Nadto Odwołujący do swoich wyliczeń przyjął wielkość 2 700 000 wozokilometrów, podczas gdy z oferty wynika, że cena ofertowa winna być skalkulowana z uwzględnieniem prognozowanej przez Zamawiającego wielkości 4 470 038 wozokilometrów.

Cena oferty Odwołującego jest najwyższą w tym postępowaniu, tj. nie tylko Konsorcjum, ale też P. K. S. „P.” złożyło ofertę z niższą ceną, niż oferta Odwołującego, przy czym różnice cen pomiędzy ofertami nie są, w ocenie Izby na tyle duże, aby, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, wymuszały wątpliwości co do realności ceny oferty Konsorcjum. *Dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców jest cena rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzonej działalności określonego podmiotu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny „rażąco niskiej” a nie ceny niskiej. Te dwa [pojęcia nie są tożsame. ( por. wyrok SO w Katowicach XiX Ga 175/10).*

Odwołujący stwierdza, iż oferta Konsorcjum jest niedoszacowana o co najmniej 0,16 zł za wozokilometr, co wynika z przyjęcia w kalkulacji w niektórych pozycjach kosztowych współczynnika 30%, jak udział przedmiotowego kontraktu w kosztach ogólnych – związanych z ogólną pracą każdego przedsiębiorcy, mającego znaczną pozycję na rynku i realizującego kontrakty o podobnym charakterze, co w niniejszej sprawie. Tymczasem określenie takiego współczynnika jest indywidualną sprawą każdego podmiotu, a nie jedyną możliwą wysokością.



W ocenie Izby również pismo Konsorcjum z dnia 21 września 2017 r., skierowane do Zamawiającego w związku z otrzymaniem zawiadomienia o wniesionym odwołaniu, na które powołał się Odwołujący na rozprawie, nie stanowi dowodu na okoliczność, iż wykonawca ten zaoferował rażąco niską cenę. Wskazuje na to, min. stwierdzenie użyte przez tego wykonawcę: *„Naszym zdaniem cena została skalkulowana prawidłowo, w oparciu o posiadane informacje.”* Okoliczność, iż wykonawca ten po analizie wszystkich czynników składowych oferty Odwołującego dopuszcza możliwość ( a nie stwierdza z całą pewnością),  *iż nie wszystkie składniki ceny zostały skalkulowane w prawidłowych wysokościach*, nie oznacza, że wykonawca ten zmierza wykonywać zamówienie poniżej jego kosztów.

Stosownie do art. 190 ust. 1a ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w przypadku gdy wykonawca, który ją złożył nie jest uczestnikiem postępowania, spoczywa na Zamawiającym.

W ocenie Izby Zamawiający wykazał, iż oferta Konsorcjum nie jest rażąco niska oraz, że nie miał podstaw do wątpliwości w tym zakresie. Z przedłożonych Izbie umów, zawartych przez Zamawiającego na podobne usługi, w tym z Odwołującym wynika, m.in. iż stawki za wozokilometr wynoszą netto: 5,40 zł ( umowa z Odwołującym z dnia 07.06.2017 r.), 5,89 zł ( umowa z Odwołującym z dnia 31.07.2017 r.), 5,90 zł ( umowa z Odwołującym z dnia 31.08.2017 r.), 4,88 zł (umowa z P. K. S. „P.” S.A. z dnia 28.11.2016), 4,82 zł ( umowa z A. B. T. P. Sp. z o.o. z dnia 27.03.2017 r.) Natomiast ceny innych wykonawców, nie przekraczają. Zatem stawkę zaoferowaną przez Konsorcjum w wysokości 5,76 zł netto należy uznać za nieodbiegającą od cen rynkowych. Charakter ceny rażąco niskiej można przypisać cenie, która jest niewiarygodna i nierealna w stosunku do obowiązujących cen rynkowych. Cenie oferty Konsorcjum, w ocenie Izby, nie można przypisać takiego charakteru.

Tym samym Zamawiający wykazał, iż nie było zasadnym występowanie przez niego do Konsorcjum o wyjaśnienia, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Fakt sporządzenia przez tego wykonawcę ww. pisma z dnia 21.09. 2017 r. i przekazania go nie tylko Zamawiającemu ale też Odwołującemu ( pomimo braku wskazania w rozdzielniku pisma), zdaniem Izby, nie wpływa na ocenę w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Tym samym nie potwierdziły się zarzuty odwołania w tym zakresie, tj. zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jak również pozostałe zarzuty zgłoszone w odwołaniu.

Odwołujący nie wykazał wypełnienia przesłanek do zastosowania ww. art.15 ust. 1 pkt 1w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący nie wykazał sprzedaży usług przez Konsorcjum poniżej kosztów ich świadczenia. W konsekwencji Odwołujący nie wykazał, iż taka sprzedaż ma na celu eliminację innego przedsiębiorcy czy przedsiębiorców, *co należy postrzegać jako eliminację z dostępu do danego rynku usług. Wymaga to analizy kosztów świadczenia oraz jednoznacznego ustalenia że sprzedaż ma na celu eliminację innego /innych przedsiębiorców z rynku a nie innego celu np. wejścia na rynek. Obowiązek udowodnienia, że doszło do czynu nieuczciwej konkurencji obciąża stronę lub uczestnika postępowania odwoławczego, który z tego faktu wywodzi skutki prawne – art. 190 ust. 1 Pzp oraz art. 6 k.c. ( por. wyrok KIO z 18.01.2016 r KIO 2785/15).*

Odwołujący nie wykazał również aby Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybór oferty, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 w związku z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum. W ocenie Izby stan faktyczny i argumentacja przedstawiona przez Odwołującego w odwołaniu na poparcie tego zarzutu nie potwierdzają go. Skoro oferta uznana za najkorzystniejszą z uzasadnionych względów, podzielonych przez Izbę, nie budzi wątpliwości Zamawiającego, nie zawiera rażąco niskiej ceny i nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, to zasadnie została wybrana przez Zamawiającego. Takiej oceny nie zmienia zmiana uzasadnienia naruszenia tego przepisu przedstawiona przez Odwołującego na rozprawie, sprowadzająca się do tego, iż oferta Konsorcjum powinna zostać odrzucona na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, ponieważ jest niezabezpieczona wadium.

Po pierwsze należy wskazać, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 pkt 7b nie jest wymieniony w odwołaniu. Zgodnie natomiast z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Próba zmiany uzasadnienia dla postawionego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 91 w związku z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, w ocenie Izby, tego nie zmienia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzekła jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp

stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem uzasadnionych kosztów zastępstwa prawnego Odwołującego, na podstawie rachunku, złożonego przed zamknięciem rozprawy w wysokości określonej w § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.

**Przewodniczący:** .....