

Sygn. akt: KIO/UZP 1359/09

WYROK
z dnia 5 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Magdalena Grabarczyk

Sylwester Kuchnio

Protokolant: Wioleta Wasilewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 01 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Mobilis Sp. z o.o. 05-080 Izabelin, ul. Mościska 4A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Transportu Miejskiego 25-368 Kielce ul. Głowackiego 4** protestu z dnia 21 sierpnia 2009 r.

przy udziale **Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacji Sp. z o.o. w Kielcach, 25-734 Kielce, ul. Jagiellońska 92** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Mobilis Sp. z o.o. 05-080 Izabelin, ul. Mościska 4A i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Mobilis Sp. z o.o. 05-080 Izabelin, ul. Mościska 4A**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 2 500 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące pięćset złotych zero groszy) przez **Mobilis Sp. z o.o. 05-080 Izabelin, ul. Mościska 4A** na rzecz **Zarząd Transportu Miejskiego 25-368 Kielce ul. Głowackiego 4** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Mobilis Sp. z o.o. 05-080 Izabelin, ul. Mościska 4A**.

U z a s a d n i e

Zamawiający Zarząd Transportu Miejskiego w Kielcach wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Świadczenie autobusowych usług przewozowych w komunikacji miejskiej w Kielcach autobusami będącymi własnością zamawiającego”.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545 i Nr 91, poz. 742), zwanej dalej w skrócie Pzp.

18.06.2009 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2009/S 115-166664.

06.08.2009 r. zamawiający zwrócił się do wykonawcy MPK Sp. z o.o. w Kielcach o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

10.08.2009 r. wykonawca MPK Sp. z o.o. w Kielcach przesłał do zamawiającego wyjaśnienia dotyczące wysokości zaoferowanej ceny i kalkulację kosztów do przetargu.

13.08.2009 r. zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy MPK Sp. z o.o. w Kielcach.

21.08.2009 r. wykonawca Mobilis Sp. z o.o. z siedzibą w Izabelinie k. Warszawy wniósł protest na:

- 1) wybór oferty wykonawcy Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacji sp. z o.o. w Kielcach, który to złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji a taka oferta powinna zostać odrzucona;
- 2) zaniechanie przez zamawiającego wyboru oferty protestującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Zdaniem protestującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MPK, jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji;
- 2) art. 7 ust. 1 Pzp przez uznanie jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę, którego oferta winna zostać odrzucona.

Protestujący wniósł o:

- 1) odrzucenie oferty wykonawcy MPK, jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji;
- 2) dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, którą to zgodnie z warunkami specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest oferta protestującego.

Argumentacja protestującego:

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp oferta zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia lub stanowiąca czyn nieuczciwej konkurencji podlega odrzuceniu.

Zgodnie z orzecznictwem oraz doktryną w tym zakresie – rażąco niska cena jest to cena znacząco niska i odbiegająca od cen rynkowych wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów ponoszonych przez wykonawcę. Punktem odniesienia dla oceny czy cena jest rażąco niska jest przede wszystkim porównanie ceny ofertowej do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia podanej przez zamawiającego, powiększonej o wartość VAT oraz do cen innych ofert złożonych w postępowaniu, jak również do cen rynkowych danych usług.

Wykonawca MPK Kielce w swojej ofercie zaoferował stawkę 2,66 złotych brutto za wozokilometr. Odnosząc tę stawkę do wartości przedmiotu zamówienia w km (2,66 zł brutto x 11 400 000 km) widzimy, że wartość przedmiotu zamówienia zgodnie z ofertą MPK Kielce wynosi 30 324 000 zł brutto i jest ona rażąco niska w stosunku do szacowanej przez

zamawiającego wartości zamówienia tj. 46 740 000 złotych brutto. Różnica wynosi aż 35%, podczas gdy koszt oferty protestującego różni się tylko o 3,6% od kwoty przewidzianej przez zamawiającego.

Przedmiotem zamówienia są autobusowe usługi przewozowe w komunikacji miejskiej wykonywane autobusami będącymi własnością zamawiającego, rozliczane w systemie płatności za jeden wozokilometr tzn. zamawiający płaci za wykonane wozokilometry zgodnie z warunkami umowy opierając wynagrodzenie na ustalonej z wykonawcą stawce za jeden wozokilometr. Cena rynkowa takich usług powinna co do zasady być ustalona w taki sposób, aby stawka obejmowała wszystkie rzeczywiste składniki kosztowe, plus określoną stopę zysku.

Analiza kalkulacji stawki zaoferowanej przez wykonawcę MPK Kielce wskazuje, że stawka, a w konsekwencji cena zaoferowana przez wykonawcę MPK Kielce rażąco nie pokrywa kosztów wykonania zamówienia. Wynika z niej, że realizacja zamówienia zgodnie z jego warunkami przy zaoferowanej stawce (cenie) doprowadziłaby do poniesienia znaczących strat czyli można powiedzieć jest nierealna.

Analiza kalkulacji stawki wykonawcy MPK Kielce, która została przesłana do zamawiającego. Odnosząc się do poszczególnych pozycji kalkulacji stawki przygotowanej przez wykonawcę MPK Kielce protestujący przedstawia kalkulację tych pozycji dokonaną na podstawie informacji oraz doświadczenia posiadanego przez protestującego.

Ad 1. Baza = 2 083,33 zł

Kalkulacja protestującego:

- plac: $12\ 000\ m^2 \times 0,71\ zł/m^2$ (stawka podatku w Kielcach Uchwała R.M.) = 8 520 zł

- zaplecze warsztatowe $4 \times 80\ m^2 = 320\ m^2 \times 6,37\ zł/m^2$ (stawka podatku w Kielcach Uchwała R.M.)

= 2 038,4 zł razem = 10 558,4

Koszt wody, prądu, ciepła, kanalizacji, co najmniej 20 000 zł/rok.

Koszt amortyzacji zaplecza, co najmniej 20 000 zł/rok.

Razem: 50 558,4 – 2 083,33 = 48 475,07 zł

Wynik: Brak w kalkulacji co najmniej 48 475,07 zł/rok.

Ad 2. Wynagrodzenia = 2 405 760 zł

Kalkulacja protestującego:

- poz. Administracja i ochrona 1 osoba – koszt MPK, finansowanie etatu z innych działalności

- stawka najniższego wynagrodzenia nie może być niższa niż wynagrodzenie minimalne w roku 2010 to kwota 1 317 zł

- brak waloryzacji wynagrodzeń – zagrożenie stabilności zatrudniania kierowców. Aktualny średni koszt pracowników w MPK Kielce wynosi około 2 900 zł/mies., czyli niedoszacowanie wynosi co najmniej 1 000 zł/mies./pracownika, co daje rocznie 1 404 000 zł (117 osób x 1 000 zł x 12 mies. = 1 404 000 zł)

Nie ma praktycznej możliwości zatrudnienia nowych pracowników na tak drastycznie gorszych warunkach w porównaniu z płacami obecnie pracujących w MPK Kielce.

Wynik: Brak w kalkulacji 1 404 000 zł/rok.

Ad 3. Narzuty = 481 152,00 zł

Brak w kalkulacji:

- kosztu ZUS 18,23% od kwoty 1 404 000 zł = 255 942,20 zł

- kosztu ustawowego odpisu dla nowych kierowców na ZFSS – 116 004,64 zł (Dz.U. z 1996 r. Nr 70, poz. 335 ze zm.)

Wynik: Brak w kalkulacji 371 946,84 zł/rok

Ad 5. Paliwo = 2 491 001 zł

Brak w kalkulacji:

- kosztu kilometrów dojazdowych ok. 150 000 wzk/m / rok

150 000 x 38 l/100 km = 57 000 l x 2,9 zł 1/l = 165 300 zł/rok

Wynik: Brak w kalkulacji 165 300 zł/rok

Ad 6. Myjnia autobusowa = 80 382,78 zł

Brak w kalkulacji:

- realnego kosztu mycia i sprzątnięcia 1 autobusu ponieważ 80 382,78 : 40 autobusów = 2 010 zł/rok : 300 (mycie 25 razy/miesiąc x 12 miesięcy) daje cenę 6,7 zł za mycie jednego autobusu.

Realny najniższy możliwy koszt mycia i sprzątnięcia jednego autobusu wynosi 500 zł/mies., czyli 6 000 zł/rok

40 x 6 000 zł = 240 000 zł – 80 382,78 zł = 159 617,22 zł

Wynik: Brak w kalkulacji 159 617,22 zł/rok

Ad 8. Pozostałe koszty = 51 427,68 zł

Brak w kalkulacji:

- kosztu badań technicznych 2 x 40 autobusów x 200 zł = 16 000 zł 1 rok

Standardowy koszt ogumienia to 0,05 zł/km czyli 2 280 000 km x 0,05 = 114 000 zł/rok

- koszt obsługi technicznej

części i materiały eksploatacyjne – przeglądy co 60 000 km; dla autobusów marki Solaris

producent przewiduje ten koszt na poziomie 0,27 zł/km bez robocizny. Ze względu na łagodniejsze warunki eksploatacji w Kielcach w porównaniu z Warszawą przyjmujemy ten koszt na poziomie 0,20 zł/km, czyli $2\,280\,000\text{ km} \times 0,20 = 456\,000\text{ zł/rok}$

- koszt Ad Blue – $0,8\text{ l}/100\text{ km} \times 2\,280\,000\text{ km} = 18\,240\text{ l} \times 2,5\text{ zł/l} = 45\,600\text{ zł/rok}$

- koszt wydanie zezwoleń 13 linii $\times 550\text{ zł} +$ (za każde 1 000 km) $2\,280 \times 3,5 = 15\,130\text{ zł}$

- jednorazowo: 5 = 3 026 zł/rok

Wynik:

Brak w kalkulacji 583 198,32 zł/rok

Wynik ogólny:

Ad 9. Razem brak w kalkulacji kwoty kosztów w wysokości 2 732 537,45 zł/rok, co daje 1,20 zł/km.

W związku z powyższym, minimalna stawka za wozokilometr nie powinna być nie niższa niż 3,69 zł/km ($2,49 + 1,20 = 3,69\text{ zł/km}$) przy założeniu zysku w wysokości 0%.

Powyższe uwagi zostały w pełni potwierdzone opinią eksperta, załączonej do protestu jako dowód na okoliczność, że cena zaoferowana przez wykonawcę MPK Kielce jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Dowód: Opinia eksperta.

Oferowana przez MPK Kielce stawka za wozokilometr jest również rażąco niska porównując ją z innymi ofertami złożonymi w tym postępowaniu, które zostały skalkulowane jak wynika z powyższej analizy poprawnie ekonomicznie i zgodnie z prawem.

Dowód: Opinia eksperta.

Wykonawca MPK Kielce złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i jako taka oferta ta powinna być przez zamawiającego odrzucona.

Oferta złożona przez wykonawcę MPK Kielce stanowi również czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zawartych w ustawie z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie tą ustawą czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy polegające m.in. na utrudnieniu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców (art. 15 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 3 ustawy o konkurencji).

Wykonawca MPK Kielce w przedmiotowym postępowaniu zaferował cenę rażąco niską stanowiącą sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia. Jedynym uzasadnieniem takie działania jest więc pragnienie wygrania za wszelką cenę przedmiotowego przetargu w celu niedopuszczenia innych podmiotów do rynku przewozów w komunikacji miejskiej w Kielcach. Takie działanie spełnia w pełni kryterium czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa powyżej.

W kontekście powyższego należy wskazać, że zamawiającemu przysługuje 45% udziałów w MPK Kielce czyli jest jego znaczącym właścicielem. Wynika z tego, że powinien znać koszty działania MPK Kielce i mieć świadomość, że wykonywanie przez MPK Kielce zamówienia zgodnie ze złożoną ofertą będzie prowadzić (jak wykazaliśmy) do straty finansowej, którą on jako współwłaściciel będzie musiał prędzej czy później pokryć. Fakt ten dobitnie świadczy, że mamy w tym przypadku do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji.

W sytuacji, gdyby poprawnie zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy MPK Kielce jak wykazano powyżej, oferta protestującego powinna być uznana za najkorzystniejszą przy ocenie ofert zgodnie z kryteriami określonymi w specyfikacji.

24.08.2009 r. zamawiający powiadomił wykonawców faksem o wniesieniu protestu.

27.08.2009 r. wykonawca MPK w Kielcach złożył pismo w sprawie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

02.09.2009 r. zamawiający oddalił protest w całości.

Argumentacja zamawiającego:

24.08.2009 r. wpłynął do Zarządu Transportu Miejskiego protest firmy Mobilis Sp. z o.o., w którym zarzucono zamawiającemu wybór oferty Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacji Sp. z o.o. w Kielcach, która w ocenie wnoszącego protest zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Wnoszący protest żądał odrzucenia oferty MPK, pomyłkowo określając ją jako ofertę konsorcjum i wyboru jego oferty jako oferty najkorzystniejszej. W uzasadnieniu swojego stanowiska wnoszący protest wskazał, że w cenie wykonania zamówienia zaferowanej przez MPK nie uwzględniono lub zaniżono:

- koszty utrzymania bazy,
- koszty wynagrodzenia pracowników,
- wysokości narzutów,
- koszty zużycia paliwa,

- koszty utrzymania myjni autobusowej,
- pozostałe koszty.

Protest podlega oddaleniu z następujących powodów:

Przy zaoferowanej przez wykonawcę MPK Kielce średniej stawce za 1 km wynoszącej 2,66 zł brutto zamawiający powziął wątpliwość czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i w związku z powyższym zgodnie z uprawnieniami wynikającymi z art. 90 ust 1 Pzp wezwał wykonawcę MPK Kielce do przedstawienia wyjaśnień dotyczących wysokości zaoferowanej ceny. Zamawiający uznał wyjaśnienia, w tym załączoną kalkulację, za wiarygodne i w związku z tym nie znalazł podstaw do odrzucenia oferty.

Zamawiający stosownie do dyspozycji zawartej w art. 90 ust. 2 Pzp, przy ocenie wyjaśnień bierze pod uwagę m.in. wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, a takie korzystne warunki w tym przypadku występują. Wykonawca MPK zajmuje się świadczeniem usług przewozowych w komunikacji miejskiej od kilkudziesięciu lat, ma zorganizowaną i urządzoną bazę transportową wraz z zapleczem technicznym nie wymagającą poniesienia dodatkowych nakładów przystosowujących do wykonania przedmiotu zamówienia. Ponoszone na utrzymanie bazy transportowej koszty są kosztami stałymi, podczas gdy oferta protestującego, gdzie średnia cena km wynosi 4,25 zł brutto wymaga, jak wynika załączonych do ofert, wstępnych umów, opłat za sam najem w wysokości ok. 1 150 000 zł rocznie co powoduje, że tylko z tego tytułu jego stawka musi być wyższa o ok. 0,50 zł od stawki zaoferowanej przez Wykonawcę MPK. Do tych kosztów należy również doliczyć koszty pierwszego uruchomienia bazy transportowej i zaplecza technicznego oraz zakupu niezbędnego wyposażenia.

Jeżeli chodzi o wynagrodzenie pracowników, to zważywszy na poziom wynagrodzeń na lokalnym rynku, uznać należy za racjonalne, że możliwe jest zatrudnienie kierowców ze stawką 9 zł za godzinę, którą wykonawca MPK przyjął kalkulując cenę usługi, a przyjęte w kalkulacji narzuty od wynagrodzeń w wysokości 20% są prawidłowe. Uznać należy za racjonalne, że wykonawca MPK ponosić będzie mniejsze koszty na utrzymanie pozostałych pracowników w tym dyspozytorów, pracowników zaplecza technicznego i biurowego przy założeniu, że w ramach dotychczasowego wymiaru czasu pracy i otrzymywanego wynagrodzenia wykonywać będą część prac na rzecz realizacji usługi będącej przedmiotem zamówienia.

Również za racjonalne należy uznać wyjaśnienia dotyczące kosztów zużycia paliwa przyjmując średnie zużycie paliwa w autobusach SOLARIS wynoszące odpowiednio autobusami MAXI 38 l/100 km i autobusami MIDI 32 l/100km oraz z uwagi na korzystne ceny hurtowe uzyskiwane w wyniku zawartych długoletnich umów z dostawcami paliw.

Jeżeli chodzi o myjnię autobusową to zamawiający uznał za wiarygodne wyjaśnienia dotyczące kosztów mycia autobusów, wynikające z zwartej przez wykonawcę MPK umowy ryczałtowej na kwotę 35 000 zł miesięcznie. W kalkulacji wykazano procentowy udział kosztów z ww. kwoty. Wykonawca MPK uwzględnił pozostałe koszty na poziomie 2% wszystkich kosztów i zamawiający uznał taką kalkulację za prawidłową.

Biorąc pod uwagę powyższe, jak zaznaczono na wstępie protest zostaje oddalony.

10.09.2009 r. wykonawca Mobilis Sp. z o.o. złożył odwołanie:

- 1) wybór oferty Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacji sp. z o.o. w Kielcach, który to złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji a taka oferta powinna zostać odrzucona;
- 2) zaniechanie przez zamawiającego wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MPK, jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji;
- 2) art. 7 ust. 1 Pzp przez uznanie jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę, którego oferta winna zostać odrzucona.

Odwołujący wniósł o:

- 1) odrzucenie oferty wykonawcy MPK, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji;
- 2) dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, którą to zgodnie z warunkami specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest oferta odwołującego.

Argumentacja odwołującego:

Jak w proteście, a ponadto odwołujący wzbogacił swoją argumentację o polemikę z oddaleniem protestu.

1. W przedmiotowej sprawie nie występują wyjątkowo sprzyjające warunki dla wykonawcy MPK. Wynagrodzenie kierowcy 9 zł za kilka lat może wzrosnąć.

2. Zamawiający nie przeanalizował wyjaśnień z pomocą niezależnych ekspertów, jak uczynił to odwołujący. Opinia Pana Michała W. z SGH w Warszawie jest bezstronna. Ekspert ten zajmuje się naukowo działalnością transportową.

3. Zamawiający nie odniósł się do zarzutu dokonania przez MPK czynu nieuczciwej konkurencji.

4. Kalkulacja stawki ofertowej MPK opiera się błędnie na kosztach historycznych + inflacja. Chodzi o przewozy w ciągu najbliższych pięciu lat, a zatem kalkulacja musi uwzględniać wszystkie prognozy w perspektywie pięciu lat, ponieważ rewaloryzacja ograniczona tylko do inflacji może doprowadzić do sytuacji, że stawka będzie zmieniała się nieznacznie (malejąca inflacja) przy gwałtownym wzroście cen paliwa i płac co już w Polsce wystąpiło w 2008 roku.

Stwierdzenie wykonawcy MPK: „nie można nie uwzględnić w kalkulowanej stawce rozmiaru i zakresu prowadzonej działalności przez MPK Kielce” jest przyznaniem się do finansowania planowanych przewozów z innych działalności.

Niezasadne jest również twierdzenie, że nie można dokonać porównania kosztów działalności przy kalkulacji stawek, ponieważ koszty w przewozach autobusowych są w 80% sztywne i porównywalne u wszystkich przewoźników miejskich, a ceny towarów i usług nabywanych przez tych przewoźników są powszechnie znane i weryfikowalne.

5. MPK Kielce nie uwzględniło kosztów kilometrów dojazdowych, bo nie wiedzieli ile ich będzie, ale jest oczywiste, że ilości tych kilometrów w komunikacji miejskiej w Polsce wynoszą od 5% do 10% ogólnej liczby wykonywanych kilometrów.

6. Nie jest również prawdą, że koszty wejścia na rynek są bardzo duże. Różnica może dotyczyć kosztów bazy oraz kosztów ogólnych i może kształtować się na poziomie kilkunastu procent.

W kalkulacji kosztów MPK Kielce brak pozycji, które są bezsporne. Niewiarygodny jest przewoźnik, który w kalkulacji w ogóle nie zakłada zysku. MPK Kielce Sp. z o.o. jest spółką prawa handlowego i powinna generować oraz akumulować zysk w celu rozwoju firmy, ponieważ w przeciwnym wypadku grozi jej regres lub nawet upadek. Takie założenie MPK Kielce powinno być sygnałem dla zamawiającego, że wykonanie umowy jest zagrożone.

Ponadto MPK Kielce nie dysponuje wolną powierzchnią we własnej bazie autobusowej, która zapewniałaby plac dla nowych autobusów o powierzchni 12 000 m², co stanowi warunek specyfikacji, oraz jednocześnie pomieściłaby już wykorzystywane autobusy. Tak więc aby spełnić warunki przetargu wykonawca MPK będzie musiał najprawdopodobniej wynająć odpowiedni plac i ponosić z tego tytułu dodatkowe koszty, których w ogóle nie ujął w swojej kalkulacji.

Również wyjaśnienia MPK Kielce w tym zakresie są niejasne i niewiarygodne (pokrętnie przeliczenie kosztu podatków na jeden autobus bez odniesienia się do wymaganej przez specyfikację powierzchni bazy).

Dziwne jest, że inny podmiot pokrywa koszt utrzymania budynków, dostaw wody, energii, ogrzewania i na tej operacji dodatkowo zarabia. Zapewne ten koszt ukryty jest w innych rozliczeniach z tym podmiotem. Również wykonawca MPK Kielce nie tylko nie uwzględnił kosztów administracji ale jeszcze wyjaśnia, że nie wymagała tego specyfikacja.

Nie jest wiadome jak sobie zamawiający wyobraża, że mając w obsłudze dodatkowych 40 nowych autobusów pracownicy zaplecza technicznego i administracji będą dokonywali tej obsługi w ramach dotychczasowych obowiązków, a nowi kierowcy będą pracowali za pensję ponad 1 000 zł niższą od kierowców pracujących obecnie.

Powyższe uzasadnia stanowisko odwołującego, że w żaden sposób zamawiający ani wykonawca MPK Kielce nie są w stanie wykazać, że nie będą ponosiły straty na realizacji przedmiotu przetargu, a w konsekwencji, że cena podana przez wykonawcę MPK Kielce była „rażąco niska” i stanowiąca tym samym również czyn nieuczciwej konkurencji.

W sytuacji, gdyby zamawiający poprawnie odrzucił ofertę wykonawcy MPK jak wykazano powyżej, oferta odwołującego powinna być uznana za najkorzystniejszą przy ocenie ofert zgodnie z kryteriami określonymi w specyfikacji.

30.09.2009 r. wykonawca MPK sp. z o.o. w Kielcach przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji postępowania, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron zaprezentowane podczas rozprawy oraz dowód złożony przez zamawiającego w postaci notatki służbowej sporządzonej przez panią Barbarę D., pracownika ZTM, z rozmowy telefonicznej przeprowadzonej z innym zamawiającym ze Śląska w zakresie wykazania cen występujących na podobne usługi w tamtym rejonie i dowód złożony do odwołania w postaci analizy stawek zaproponowanych przez MPK Kielce Sp. z o.o. dokonanej przez doktoranta Michała W. w zakresie uchybień przystępującego w jego kalkulacji ceny, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, pierwszy z rozpoznawanych zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp – zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacji sp. z o.o. w Kielcach, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy,

gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie zasługuje na poparcie.

Skład orzekający Izby ustalił, że przystępujący złożył ofertę z ceną 2,66 zł/km o około 35% niższą niż kwota, którą przedstawił zamawiający podczas otwarcia ofert, jako kwotę którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – 4,10 zł/km, podczas gdy pozostałe dwie oferty opiewały na kwoty 4,25 zł/km i 5,31 zł/km, co wynika z druków ZP-1 i ZP-12. Wobec takiej rozbieżności kwot, zamawiający w celu ustalenia, czy oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwrócił się o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przystępujący w określonym przez zamawiającego terminie złożył wyjaśnienia. Zamawiający ocenił wyjaśnienia, w tym załączoną kalkulację, jako wiarygodne i w związku z tym nie znalazł podstaw do odrzucenia oferty.

Zgodnie art. 90 ust. 1 Pzp zamawiający ma obowiązek zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie czy zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Nie ma dotychczas wykształconego stanowiska, od jakiego progu różnic w cenie ofertowej i oszacowaniu przez zamawiającego takie działanie powinno być obligatoryjnie przeprowadzone przez zamawiającego. Zamawiający z własnej inicjatywy przeprowadził postępowanie wyjaśniające co do ceny wykonawcy, która była niższa o 35% niż wynikało to z oszacowania zamawiającego, podanego do wiadomości przed otwarciem ofert, zgodnie z art. 86 ust. 3 Pzp. Postępowanie to było zgodne z podnoszonym w doktrynie stanowiskiem odnoszącym się do doświadczeń państw Unii Europejskiej, gdzie „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” – wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1443/08.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp, zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Jest to tzw. otwarty katalog czynników, które zamawiający może wziąć pod uwagę w trakcie badania wyjaśnień, a więc zamawiający może wziąć pod uwagę również inne czynniki, które w szczególności przedstawi wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 czerwca 2006 r., sygn. akt V Ca 459/06 „postępowanie wyjaśniające ma (...) utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie” i oferta zawiera rażąco niską cenę lub oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień – na podstawie art. 90 ust. 1 i 3 Pzp – spoczywa ciężar wykazania, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Natomiast, jak zostało orzeczone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1068/08: „w przypadku złożenia stosownych wyjaśnień poddawanych ocenie przez zamawiającego, ciężar dowodu co do niewystarczalności złożonych wyjaśnień dla uznania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na odwołującym się. Potwierdza to również [...] wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30.01.2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07, w którym sąd stwierdził, iż *Jeżeli zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, 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.* [...] Podkreślenia wymaga fakt, iż wystąpienie przesłanki z art. 90 ust. 3 zachodzi w sytuacji, gdy dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę.”.

Skład orzekający Izby stwierdza, że w rozpoznawanej sprawie, wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień, przedstawił we właściwym terminie kalkulację ceny zawierającą m.in. 3% marży zysku. Ponadto z wyjaśnień wynika, że przystępujący wykonuje podobną usługę przewozową w miejscu świadczenia zamówienia przy średniej stawce 4,52 zł/km, jednak przystępujący używa do realizacji tej usługi swoich środków transportu, a więc musi uwzględnić w tej stawce koszty amortyzacji wynoszące ok. 1,50 zł/km. Po odjęciu kosztów amortyzacji oraz innych kosztów – ponoszonych w tym przypadku przez zamawiającego – jak ubezpieczenia i podatek od środków transportu od wyżej przedstawionej stawki 4,52 zł/km pozwala przystępującemu pokryć wszystkie koszty wraz z marżą zysku w wysokości 3%, co zostało wykazane w „Kalkulacji do przetargu”, stanowiącej załącznik do wyjaśnień przystępującego odnośnie zaoferowania ceny ofertowej.

Zamawiający stwierdził na podstawie wyjaśnień i własnego doświadczenia, a także znajomości lokalnych realiów m.in. wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla przystępującego. Przystępujący, wykonawca MPK zajmuje się świadczeniem podobnych usług przewozowych w komunikacji miejskiej od kilkudziesięciu lat, i w związku z tym posiada zorganizowaną i urządzoną bazę transportową wraz z zapleczem technicznym nie wymagającą poniesienia dodatkowych nakładów przystosowujących do wykonania przedmiotu zamówienia właśnie w miejscu świadczenia przedmiotowej usługi. Ponoszone na utrzymanie bazy transportowej koszty są kosztami stałymi przystępującego. Zważywszy na poziom wynagrodzeń na lokalnym rynku, zamawiający uznał wynagrodzenie pracowników oferowane przez przystępującego za racjonalne. Jego zdaniem możliwe jest zatrudnienie kierowców ze stawką 9 zł za godzinę, którą wykonawca MPK przyjął kalkulując cenę usługi,

a przyjęte w kalkulacji narzuty od wynagrodzeń w wysokości 20% są prawidłowe. Uznać należy za racjonalne, że wykonawca MPK ponosić będzie mniejsze koszty na utrzymanie pozostałych pracowników w tym dyspozytorów, pracowników zaplecza technicznego i biurowego przy założeniu, że w ramach dotychczasowego wymiaru czasu pracy i otrzymywanego wynagrodzenia pracownicy wykonywać będą część prac na rzecz realizacji usługi będącej przedmiotem zamówienia. Również za racjonalne uznał zamawiający wyjaśnienia dotyczące kosztów zużycia paliwa przyjmując średnie zużycie paliwa w autobusach SOLARIS wynoszące odpowiednio autobusami MAXI 38 l/100 km i autobusami MIDI 32 l/100km oraz z uwagi na korzystne ceny hurtowe uzyskiwane w wyniku zawartych długoletnich umów z dostawcami paliw. Ponadto zamawiający uznał za wiarygodne wyjaśnienia dotyczące kosztów mycia autobusów, wynikające z zwartej przez wykonawcę MPK umowy ryczałtowej na kwotę 35 000 zł miesięcznie. W kalkulacji wykazano procentowy udział kosztów z ww. kwoty. Wykonawca MPK uwzględnił pozostałe koszty na poziomie 2% wszystkich kosztów i zamawiający uznał taką kalkulację za prawidłową.

W związku z powyższym, zarzut zawarcia w ofercie wybranego wykonawcy rażąco niskiej ceny nie został wykazany, a wobec zawarcia w cenie wybranej oferty zysku również zarzut złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie może się ostać (art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp). Również nie może się ostać zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp przez uznanie jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę, którego oferta winna zostać odrzucona, gdyż oferta wybranego wykonawcy nie podlega odrzuceniu i została wybrana jako najkorzystniejsza zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższych konstatacji skład orzekający Izby nie może przychylić się do zarzutów odwołującego.

W zakresie dowodów złożonych przez zamawiającego w postaci notatki służbowej pracownika zamawiającego z rozmowy telefonicznej przeprowadzonej z innym zamawiającym na terenie Śląska oraz analizy stawek zaproponowanych przez przystępującego dokonanej przez doktoranta Michała W., skład orzekający Izby stwierdza, że są to dokumenty sporządzone przez zainteresowaną stronę bądź na jej zlecenie i zgodnie z doświadczeniem życiowym nie zostały wzięte pod uwagę w rozpoznawanej sprawie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 2 500,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r.

w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 oraz z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz.1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545 i Nr 91, poz. 742) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*