

**WYROK**

**z dnia 24 stycznia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 stycznia 2014 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

**K..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K.....  
P..... Usługi Transportowe, Biechów 93B, 28-133 Pacanów;**

**Andrzej Kłosok prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K..... A.....  
PPUH „KŁOSOK” Gajowa 62, 44-240 Żory;**

**A21 Sp. z o.o. ul. Podmiejska, 47-204 Rybnik;**

**PKS Południe Sp. z o.o. ul. Główna 71A, 42-622 Świerklaniec**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Międzygminny Związek Komunikacyjny ul. Przemysłowa 1, 44-335 Jastrzębie-Zdrój,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

**Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. ul. Przemysłowa 1, 44-335  
Jastrzębie-Zdrój oraz I..... M..... i S..... M..... prowadzący działalność**

**gospodarczą pod nazwą „Mikrus” Firma Przewozowa s.c. I..... M....., S.....  
M..... ul. Osińska 66, 44-240 Żory** zgłaszających swoje przystąpienie do

postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie**

zamówienia: Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. w Jastrzębiu-Zdroju oraz I..... M..... i S..... M..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Mikrus” Firma Przewozowa s.c. I..... M....., S..... M..... na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,

**2. kosztami postępowania obciąża Międzygminny Związek Komunikacyjny i:**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: K..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K..... P..... Usługi Transportowe, Andrzej Kłosok prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K..... A..... PPUH „KŁOSOK”, A 21 Sp. z o.o. oraz PKS Południe Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,**

**2.2. zasądza od Międzygminnego Związku Komunikacyjnego na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: K..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K..... P..... Usługi Transportowe, A..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K..... A..... PPUH „KŁOSOK”, A 21 Sp. z o.o. oraz PKS Południe Sp. z o.o. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Międzygminny Związek Komunikacyjny w Jastrzębiu Zdroju prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „świadczenie autobusowych usług przewozowych w systemie komunikacji miejskiej na liniach wchodzących w skład sieci komunikacyjnej obejmującej obszar miasta Jastrzębie-Zdrój i gmin ościennych” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 13 listopada 2013 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 220-383373.

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług przewozowych w komunikacji miejskiej, przez okres 10 lat, w łącznej ilości wozokilometrów na cały okres realizacji umowy 35.258.000. Przewóz ma być wykonywany trzema typami autobusów: tabor A (autobusy przegubowe powyżej 12 m – 2 sztuki), tabor B (autobusy standardowe do 12 m – 44 sztuki) i tabor C (autobusy do 10 m – 15 sztuk).

Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o., I..... M....., S..... M..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Mikrus” Firma Przewozowa s.c. I..... M....., S..... M....., w której wykonawca ten zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za łączną cenę 197.816.202,00 zł brutto, przy zastosowaniu cen jednostkowych wozokilometra wynoszących 5,18 zł netto (dla taboru B i C) oraz 6,15 netto (dla taboru A).

Odwolujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia K..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe K..... P....., A..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PPUH „KŁOSOK” A..... K....., A 21 Sp. z o.o., PKS Południe Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na:

1. wyborze najkorzystniejszej oferty pomimo istnienia przesłanek odrzucenia oferty, czym naruszono art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo

Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o., I..... M....., S..... M..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Mikrus” Firma Przewozowa s.c. I.... M....., S..... M..... (zwane także „konsorcjum PKM”) pomimo istnienia przesłanek odrzucenia tej oferty, czym naruszone zostały przepisy art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, względnie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, względnie

2. wyborze najkorzystniejszej oferty oraz zaniechania procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, czym naruszono przepis art. 91 ust. 1 i art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,

3. wyborze najkorzystniejszej oferty oraz zaniechania wezwania do uzupełnienia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o., I..... M....., S..... M..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Mikrus” Firma Przewozowa s.c. I..... M....., S..... M..... poprzez przedłożenie licencji na wykonywanie krajowego lub międzynarodowego transportu drogowego osób, wystawionej na drugiego współnika spółki cywilnej tj. S..... M....., czym naruszono przepis art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,

4. wyborze najkorzystniejszej oferty oraz zaniechania wezwania do uzupełnienia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o., I..... M....., S..... M..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Mikrus” Firma Przewozowa s.c. I..... M....., S..... M..... poprzez przedłożenie prawidłowego pełnomocnictwa współników spółki cywilnej, w którym ustanowią oni pełnomocnika do reprezentacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentacji w postępowaniu i zawarcia umowy z zamawiającym, czym naruszono przepis art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,

5. wyborze najkorzystniejszej oferty oraz zaniechaniu wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o., I..... M....., S..... M..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Mikrus” Firma Przewozowa s.c. I..... M....., S..... M..... do złożenia wyjaśnień

w przedmiocie wykazu taboru, czym naruszono przepis art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenia czynności oceny ofert,

2. odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o., I..... M....., S..... M..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Mikrus” Firma Przewozowa s.c. I..... M....., S..... M..... i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert złożonych w toku postępowania, względnie
3. wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o., I..... M....., S..... M..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Mikrus” Firma Przewozowa s.c. I..... M....., S..... M..... do udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość cen, co najmniej zaś
4. wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o., I..... M....., S..... M..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Mikrus” Firma Przewozowa s.c. I..... M....., S..... M..... do złożenia licencji na wykonywanie krajowego lub międzynarodowego transportu drogowego osób, wystawionej na drugiego wspólnika spółki cywilnej tj. S..... M.....,
5. wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o., I..... M....., S..... M..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Mikrus” Firma Przewozowa s.c. I..... M....., S..... M..... do złożenia prawidłowego pełnomocnictwa wspólników spółki cywilnej, w którym ustanowią oni pełnomocnika do reprezentacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentacji w postępowaniu i zawarcia umowy z zamawiającym,
6. wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o., I..... M....., S..... M..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Mikrus” Firma Przewozowa s.c. I..... M....., S..... M..... do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu taboru poprzez wskazanie typu autobusu Neoplan opisanego w pozycji 21. tego wykazu,
7. przyznanie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

**W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Co do zarzutu dotyczącego zaistnienia w ofercie rażąco niskiej ceny, Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się.

Odwołujący oraz przystępujący w swoich stanowiskach przedstawili szeroką argumentację dotyczącą zakresu kosztów i ich wysokości, jakie powinny być ujęte w cenie, poprzez cenę wyjściową wozokilometra. Ze względu na niewielki udział w transporcie taboru typu A (jedynie 2 autobusy), został on w sporze pominięty.

Z argumentacji tej wynika, że obaj wykonawcy są zgodni co do elementów, które powinny się składać na wozokilometr, różnica poglądów dotyczyła jedynie ich wysokości.

Pierwszym z elementów jest inwestycja w tabor – zgodnie z wymogami zamawiającego 59 autobusów typu B i C. Przystępujący wskazał, iż przyjął opcję leasingu autobusów, a do wyliczenia koszt nowych autobusów 690.000 zł za sztukę oraz koszty leasingu w skali 10 lat 35%, zatem koszt pozyskania jednego autobusu to według przystępującego 931.500 zł netto. Przystępujący wskazał, iż na inwestycje taborowe zamierza przeznaczyć ok. 5.000.000 zł ze sprzedaży należących do niego nieruchomości, a także środki ze sprzedaży dotychczasowego taboru starszego niż wymagane 10 lat, prawie 3.500.000 zł. Wskazał także na zyski z działalności innej niż przewozowa.

Kalkulując koszt taboru, przystępujący połączył liczbę wymaganych autobusów z autobusami wymaganymi przez zamawiającego do obsługi linii Żory oraz Czerwionka – Leszczyny. Stwierdził również, iż zoptymalizuje wykorzystanie pojazdów i kierowców do obsługi wszystkich linii. Podzielił też koszt pozyskania tych autobusów pomiędzy wozokilometry łącznie dla tych linii, co dało mu 47.188.000 wozokilometrów i koszt jednostkowy nabycia taboru 1,48 zł/wozokilometr.

Do obliczeń przystępujący zaplanował leasing autobusów Solaria Urbino 10 dla obu typów taboru. Ze względu na to, iż przystępujący autobusy te musiałby zakupić/wyleasingować w ramach zamówień publicznych 690.000 zł netto i 35% kosztów leasingu za autobus nie jest ceną ostateczną.

Odwołujący wskazywał, iż, porównując z cenami z innych postępowań, koszt zakupu takich autobusów będzie wynosił raczej około 730.000 zł. Zdaniem odwołującego koszt inwestycji w tabor byłoby to 55.512.000 zł, czyli 1,81 zł netto/ wozokilometr, a przy koszcie 690.000 zł za autobus i koszcie leasingu 35% 53.136.000 zł, czyli 1,74 zł/ wozokilometr.

Izba do oceny poprawności obliczeń postanowiła przyjąć koszt wskazany przez przystępującego. Stwierdziła także, że jeśli przystępujący zamówiłby, jak wskazał, autobusy

bez klimatyzacji i innego wyposażenia, którego zamawiający nie wymagał oraz w tak dużej ilości, koszt zakupu rzeczywiście może być niższy niż przyjęty przez odwołującego.

Jakkolwiek należy też mieć na uwadze, iż ze względu na konieczność stosowania przez Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. ustawy Prawo zamówień publicznych, nie będzie mógł on wskazać ani konkretnych marek i modeli autobusów, ani konkretnie (w sposób wskazujący na dany model) określić ich parametrów – zatem precyzyjne założenia dotyczące np. długości autobusu co do centymetra, mogą nie ziścić się w praktyce.

Pomimo pytania Izby, przystępujący nie wskazał, na czym miałyby konkretnie polegać optymalizacja w jednoczesnym wykorzystaniu pracy kierowców i pojazdów na różnych liniach (obejmujących różne miejscowości). W każdym z tych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający postawił wymogi dotyczące liczby pojazdów i kursów. Powszechnie wiadome jest też, iż największe zaangażowanie pojazdów następuje w dni robocze w godzinach szczytu, które to dni i godziny pokrywają się na wszystkich liniach, a jeden pojazd nie może znajdować się w dwóch miejscach naraz. Zatem o ile w dni wolne od pracy i poza godzinami szczytu wykonawca będzie dysponował „wolnymi” pojazdami i kierowcami mogącymi naprzemiennie obsługiwać wszystkie trasy (już nawet pomijając ewentualny czas i koszt dojazdu na daną trasę), to problemem jest obsłużenie tych tras tymi samymi autobusami naraz w godzinach szczytu.

W braku takich wyjaśnień Izba nie mogła uznać, że przystępujący może pojazdy wykorzystywać na dwóch lub kilku trasach jednocześnie, a tym samym podzielić koszt nabycia pojazdów na dwa zamówienia publiczne.

Izba stwierdziła także, iż nieprawidłowym założeniem kalkulacji przystępującego jest wliczenie do inwestycji w tabor zysków ze sprzedaży należących do Przedsiębiorstwa Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. nieruchomości czy obecnie posiadanego taboru niespełniającego wymagań zamawiającego oraz zysków ze świadczenia innych usług. Oczywiście Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. może wymienić jeden składnik majątku na inny, czyli nieruchomości i stary tabor na nowy tabor, jednak nie z założeniem, że przychody ze sprzedaży nieruchomości i taboru pokryją koszt świadczenia usługi.

Wymiana ta powinna mieć swoje odzwierciedlenie w zysku ze świadczenia usługi, który zrekompensowałby ubytek w majątku Przedsiębiorstwa Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. Natomiast już same wstępne założenia kalkulacji przystępującego wskazują, iż do obniżenia poziomu ceny wozokilometra przyczyni się wyprzedaż majątku Przedsiębiorstwa Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o.

Należy też zwrócić uwagę, że ze sprawozdania finansowego Przedsiębiorstwa Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. za rok 2012 (część „Podsumowanie”) wynika, iż już co najmniej w tamtym

roku wykonawca pokrywał wysoką stratę finansową przewozów komunikacyjnych dodatkowymi przychodami, zwłaszcza ze sprzedaży nieruchomości.

Oprócz tego, że na gruncie przepisów art. 89 i 90 ustawy Prawo zamówień publicznych niedopuszczalne jest oferowanie cen za wykonanie usługi poniżej kosztów jej świadczenia (bo 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), to w końcu, w ciągu owych 10 lat, Przedsiębiorstwu Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. może nie starczyć owych nieruchomości do wyprzedawania. Poza tym wartość owych nieruchomości czy przychodów z usług dodatkowych jest nieporównywalna z kosztami świadczenia usługi przewozowej w niniejszym postępowaniu – według oferty wstępnie to 183.163.150 zł netto.

Co prawda po zakończeniu świadczenia usługi Przedsiębiorstwu Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. może pozostać tabor (jeśli skorzysta z opcji wykupu leasingowanych pojazdów), jednak po okresie 10-letniej eksploatacji wart jedynie ułamek ceny zakupu i znów niespełniający wymogów co do wieku pojazdów do świadczenia kolejnej usługi.

Zatem Izba stwierdziła, że bardziej realna jest stawka przedstawiona przez odwołującego (1,74 zł), niż przystępującego (1,48 zł), lecz nawet jeśli ją wypośrodkować do 1,60 zł, podana przez przystępującego cena za wozokilometr jest za niska.

Drugim elementem kosztotwórczym jest koszt paliwa.

Pomiędzy odwołującym i przystępującym trwał spór, czy średnie spalanie pojazdów to 35 litrów na 100 km, czy też 32 litry na 100 km. Odwołujący wskazał cenę paliwa jako koszt 1,48 zł za wozokilometr, a przystępujący 1,31 zł za wozokilometr.

Do oceny obliczeń Izba przyjęła wskazaną przez przystępującego wielkość 32 litry na 100 km przyjmując wyjaśnienia, że będą to autobusy mniejsze (niewiele ponad 10 m dla taboru typu B) i o mniejszej ilości urządzeń dodatkowych niż przyjął odwołujący (m.in. bez energochłonnej klimatyzacji). Jako cenę paliwa Izba przyjęła 4,23 zł/litr, czyli średnią cenę paliwa za rok 2013, który Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. wskazało w swoim sprawozdaniu finansowym.

Zatem  $32 \text{ litry} \times 4,23 \text{ zł} = 135,36 \text{ zł}/100 \text{ km}$ , czyli 1,35 zł za wozokilometr.

Ze względu na to, że zamawiający we wzorze umowy przewidział waloryzację cen ze względu na wzrost cen paliwa, nie było konieczności uwzględniać możliwej zmiany cen w okresie kolejnych 10 lat.

Trzecim elementem kosztotwórczym jest wynagrodzenie kierowców.

Zdaniem odwołującego przy największej optymalizacji pracy kierowców, realizacja zadania wymaga zatrudnienia 134-136 osób (etatów), co pozwoliłoby ograniczyć wydatki na godziny



nadliczbowe. Do obliczeń odwołujący przyjął 130 kierowców i średnie wynagrodzenie kierowcy 3.700 zł (informacja dotycząca wynagrodzenia została przekazana przez Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. w innym postępowaniu odwoławczym), czyli 58.188.000 zł, a więc 1,65 zł za wozokilometr.

Przystępujący do obliczeń przyjął średnią miesięczną płacę kierowcy 3.730 zł (z kosztami pracodawcy) oraz 150 kierowców do obsługi wszystkich umów zawartych przez Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o., co dało mu koszt 1,42 zł za wozokilometr (przy podziale na 4.718.800 wozokilometrów, a nie 35.258.000 z niniejszego postępowania).

Jak już Izba wskazała powyżej, w części dotyczącej taboru, przystępujący nie wyjaśnił, na czym ma polegać optymalizacja pracy kierowców i ich jednoczesne wykorzystanie na dwóch lub więcej trasach. Oczywiście jest, iż wszyscy pracodawcy starają się jak najlepiej zorganizować czas pracy kierowców, aby maksymalnie skrócić czas ich bezczynności pomiędzy wymaganymi kolejnymi kursami czy też pomiędzy porannymi a popołudniowymi godzinami szczytu, a także wykorzystują możliwości odnośnie układu czasu pracy, jakie daje prawo pracy.

Nawet jeśli przyjąć częściowo wyjaśnienia przystępującego i uznać, iż koszty pracy kierowców są niższe, niż wskazał odwołujący i przyjąć stawkę w wysokości 1,50 zł za wozokilometr, podana cena za wozokilometr jest za niska.

Należy też zwrócić uwagę, iż umowa ma być zawarta na okres 10 lat. Przystępujący na ten czas nie przewidział podwyżek płac poza ewentualnym wskaźnikiem inflacji, o który zamawiający, zgodnie z wzorem umowy, jest skłonny waloryzować wynagrodzenie wykonawcy (a waloryzacja ta powinna pokryć także wzrost innych kosztów, np. części zamiennych do pojazdów). Tymczasem trudno zakładać, że w ciągu 10 lat taki wzrost wynagrodzeń nie nastąpi. Dla porównania można wskazać, że średnie wynagrodzenie w roku 2004 wynosiło 2289,57 zł, a na koniec 2013 r. 3834,17 złotych. W ciągu ostatnich 5 lat średnie wynagrodzenie wzrosło o ok. 23%, a najniższe o ok. 40%.

Tak więc prawidłowa kalkulacja powinna obejmować również ryzyko wzrostu tych płac.

Czwartym czynnikiem kosztotwórczym jest koszt ubezpieczenia autobusów.

Odwołujący i przystępujący wskazali tu podobną stawkę w przeliczeniu na wozokilometr, tj. odpowiednio 0,11 zł i 0,10 zł (według danych Przedsiębiorstwa Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. to 6.582 zł za rok za autobus).

Do oceny obliczeń Izba przyjęła podaną przez przystępującego wartość 0,10 zł za wozokilometr.

Piątym czynnikiem kosztotwórczym jest koszt podatku od środków transportu.

Jak wskazał odwołujący, zgodnie z przepisami wysokość podatku za rok 2014 wynosi 1741 zł za autobus, co daje 1.062.010 zł za okres 10-letni, czyli 0,03 zł za wozokilometr.

Przystępujący wskazał, iż przyjął średnią stawkę 1.500 zł za autobus, czyli 0,02 zł za wozokilometr.

Zgodnie z uchwałą nr XVI.122.2013 Rady Miasta Jastrzębie-Zdrój z dnia 31 października 2013 r. w sprawie wysokości stawek podatku od środków transportowych na terenie miasta Jastrzębia-Zdroju na 2014 rok za autobus wyprodukowany po 1 stycznia 2009 r. o ilości miejsc do siedzenia 16-30 wysokość podatku wynosi 764 zł, od 30 miejsc 1.741 zł. Choć należy zwrócić uwagę, iż kierując się doświadczeniem można zakładać, że na przestrzeni lat podatek ten będzie rosnąć.

Zgodnie z informacją producenta zawartą na stronie internetowej, autobusy Solaris Urbino 10 mają od 16 do 26 miejsc siedzących, a Solaris Urbino 12 od 25 do 44 siedzących.

Oczywiście, jak wskazano powyżej, nie wiadomo, czy przetargu Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. uzyska właśnie autobusy Solaris Urbino 10, jak zakłada.

Jednak wobec powyższego do oceny obliczeń Izba przyjęła podaną przez przystępującego wartość 0,02 zł za wozokilometr.

Szóstym czynnikiem kosztotwórczym jest koszt części zamiennych i eksploatacyjnych.

Odwołujący, powołując się na informacje podane przez Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. w innym postępowaniu odwoławczym, wskazał na wielkość 0,30 zł za wozokilometr.

Przystępujący wskazał, iż wyliczył koszt jednostkowy części eksploatacyjnych na poziomie 840.000 złotych, tj. 0,18 zł za wozokilometr. Jako powód tak niskich kosztów wskazał, że tabor z niską średnią wieku nie będzie wymagał naprawy podzespołów.

Do oceny obliczeń Izba przyjęła wypośredkowaną wartość 0,25 zł za wozokilometr uznając, że ewentualne naprawy mogą być rzadsze, jednak przyznała rację odwołującemu, iż nawet nowe pojazdy wymagają co najmniej okresowego uzupełnienia i wymiany materiałów eksploatacyjnych i części zużywających się.

Poza tym należy wziąć pod uwagę także uszkodzenia niezależne od wieku pojazdów, np. zniszczenia powodowane przez pasażerów, zużycie przycisków „stop” i otwierania drzwi, kasowników, poręczy i uchwytów do trzymania, wymianę tapicerki siedzeń, naprawy wyświetlaczy itp. Brak jest informacji o objęciu tego zakresu uszkodzeń polisą ubezpieczeniową pojazdów.

Siódmym czynnikiem kosztotwórczym jest koszt wynagrodzenia pracowników administracyjnych, mechaników i obsługi.

Odwołujący, powołując się na dane ze sprawozdań finansowych Przedsiębiorstwa Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o., obliczył ten koszt na 0,67 zł za wozokilometr (już przy uwzględnieniu obu umów z zamawiającym).

Przystępujący wskazał, iż obecnie zatrudnia mniejszą liczbę pracowników, z mniejszym wynagrodzeniem i koszt ten wynosi 0,46 zł za wozokilometr.

Zdaniem Izby można przyjąć, że, jak wskazał przystępujący, pracownicy ci wykonują jeszcze inne prace, zatem do oceny obliczeń Izba przyjęła podaną przez przystępującego wartość 0,46 zł za wozokilometr. Choć jednocześnie należy zwrócić uwagę, iż zmniejszenie liczby mechaników i obsługi prawdopodobnie będzie także zmniejszało potencjał Przedsiębiorstwa Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. do wykonywania owych usług dodatkowych, tym bardziej, iż zamierza on rozbudować swój tabor o nowe autobusy.

Po zsumowaniu powyższych elementów składowych koszt wozokilometra obliczony przez odwołującego to 6,05 zł (minimalnie 5,85 zł), przez przystępującego to 4,97 zł, a przez Izbę to 5,28 zł ( $1,60+1,35+1,50+0,10+0,02+0,25+0,46$ ).

I tak, zdaniem Izby, jest to kalkulacja wręcz minimalna, przy tym nie uwzględnia kosztów utrzymania bazy/zajezdni, ryzyka i zysku.

Co do kosztów utrzymania bazy/zajezdni, przystępujący stwierdził, iż „pracuje ona na swoje utrzymanie”, dzięki innym świadczonym przez niego usługom. Jednak – jeśli już kalkulować poprawnie koszt świadczenia usługi, koszt utrzymania tej bazy/zajezdni powinien być podzielony proporcjonalnie do wartości usług przewozowych do innych i kosztów, jakie generuje utrzymanie w bazie taboru i osób przeznaczonych do świadczenia tej usługi. Niewątpliwie utrzymanie w bazie taboru i zaplecza administracyjnego, warsztatowego i budynków socjalnych dla kierowców, generuje koszty co najmniej utrzymania parkingu dla autobusów, opłaty za energię elektryczną i wodę (choćby czyszczenie pojazdów i warsztaty), ochrona. Sam podatek od nieruchomości to koszt rzędu 500.000 zł rocznie. Zresztą już na wstępie Izba zwróciła uwagę, że nie można kreować ceny usługi w sposób zaniżony stwierdzając, że jej koszt zostanie pokryty z innych usług czy majątku.

Co do ryzyka – 10-letni okres świadczenia usługi jest tak długi, iż można stwierdzić, że usługa obarczona jest bardzo dużym ryzykiem wzrostu kosztu jej świadczenia przy tylko niewielkiej umownej możliwości waloryzacji ceny. Tym samym pozycja odnosząca się do ryzyka powinna być znaczącym elementem kosztotwórczym. Brak jest nawet możliwości niwelacji tego ryzyka z pozycji „zysk”.

Należy też zgodzić się z odwołującym, iż dowodem na zniżenie stawki za wozokilometr w ofercie jest to, że w sprawozdaniu finansowym Przedsiębiorstwa Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. za rok 2012 wskazano koszt wozokilometra z 2012 r. w wysokości 5,23 zł. Jak wskazał

przystępujący obecnie świadczy usługę za stawkę 4,74 zł. Do tych wielkości należy dodać koszt wymaganej przez zamawiającego inwestycji w tabor, która to inwestycja jest jednym z największych elementów kosztotwórczych świadczenia usługi.

Co do ceny za wozokilometr wskazanej w § 6 ust. 1 przedstawionej przez przystępującego umowy konsorcjum zawartej pomiędzy Przedsiębiorstwem Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. a I..... M..... i S..... M..... to, że spółka ta w ramach podziału wynagrodzenia pomiędzy konsorcjantów będzie otrzymywać 4,00 zł netto za wozokilometr nie oznacza ani tego, że owe 4,00 zł obejmują wszystkie koszty świadczenia usługi, ani nie konwaliduje ceny oferty konsorcjum.

Co do zarzutu zaniechania procedury przewidzianej w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba przyznała rację odwołującemu, w szczególności ze względu na uznanie zarzutu zaistnienia ceny rażąco niskiej.

Izba nie zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego, że „nie jest on uprawniony ani zobowiązany do badania, w jaki sposób poszczególni wykonawcy skalkulowali cenę, jakie elementy brali pod uwagę, a jakich nie uwzględnili”. Jest to w tak oczywisty sposób niezgodne z treścią przepisów art. 89 ust. 3 i 4 i art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, że wręcz nie wymaga to komentarza. Równie dobrze zamawiający mógłby stwierdzić, że nie jest zobowiązany ani uprawniony do badania, czy oferta jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Dlatego wystarczy jedynie 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”.

Należy przy tym stwierdzić, iż na obecnym etapie, gdy Izba uznała za uzasadniony zarzut dotyczący wystąpienia w ofercie rażąco niskiej ceny i konieczności odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, zbędne jest nakazywanie zamawiającemu dokonywania procedury, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, której wcześniej zaniechał. Nie ma to racjonalnego uzasadnienia, a skutkiem mogłoby być jedynie przedłużenie postępowania przetargowego. W trakcie postępowania odwoławczego przystępujący złożył szczegółowe i wyczerpujące wyjaśnienia odnośnie sposobu ustalenia wysokości swojej ceny, zatem brak tu potrzeby dodatkowych wyjaśnień, a cel przepisu art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych został spełniony. Ekonomia postępowania uzasadnia zatem wydanie sentencji jak w niniejszym

wyroku. Należy tu zwrócić uwagę na pogląd, który zaprezentował Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 27 stycznia 2005 r., sygn. III CZP 78/04.

Co do zarzutu zaniechania wezwania do uzupełnienia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o., I..... M....., S..... M..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Mikrus” Firma Przewozowa s.c. I..... M....., S..... M..... poprzez przedłożenie licencji na wykonywanie krajowego lub międzynarodowego transportu drogowego osób, wystawionej na drugiego wspólnika spółki cywilnej tj. S..... M....., Izba uznała, iż zarzut ten potwierdził się – zamawiający powinien zażądać uzupełnienia tego dokumentu lub chociaż zażądać w tym zakresie wyjaśnień.

W rozdziale VI pkt 2 ppkt b) zamawiający zażądał przedstawienia posiadanej przez wykonawcę licencji na wykonywanie krajowego lub międzynarodowego transportu drogowego osób obowiązującej w okresie realizacji zamówienia.

Jest to realizacja warunku opisanego w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Zresztą zamawiający sam na to wskazał w rozdziale V pkt 1 ppkt a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wymóg posiadania licencji na wykonywanie transportu drogowego osób wynika bowiem z przepisów prawa i musi posiadać go przedsiębiorca, który będzie przewóz wykonywał.

Jak wynika z § 6 ust. 1 przedstawionej przez przystępującego umowy konsorcjum zawartej pomiędzy Przedsiębiorstwem Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. a I..... M..... i S..... M..... prowadzącymi działalność gospodarczą pod w formie spółki cywilnej, zadania przewozowe będzie wykonywać zarówno Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o., jak i spółka państwa Matysków.

Należy zwrócić uwagę, iż spółka jest szczególnym tworem, gdyż zgodnie z art. 860 Kodeksu cywilnego jest stosunkiem prawnym (umową) pomiędzy wspólnikami, a nie samodzielny podmiotem, jak spółki prawa handlowego. Spółkę cywilną można uznać za pewną jednostkę organizacyjną, organizację wspólników, pozbawioną jednak odrębnej od nich podmiotowości prawnej. Nie jest ona podmiotem prawa cywilnego, w szczególności nie jest ona osobą prawną ani jednostką organizacyjną niemającą osobowości prawnej, ale wyposażoną w zdolność prawną.

Ponieważ spółka cywilna nie jest podmiotem prawa, nie może zostać uznana za przedsiębiorcę, bowiem status przedsiębiorcy przysługuje tylko osobom fizycznym, osobom prawnym i jednostkom organizacyjnym niebędącym osobami prawnymi, ale posiadającym na mocy ustawy zdolność prawną (art. 43<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego oraz art. 4 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej). Przedsiębiorcami są wspólnicy spółki.

Tak jest też w przypadku S..... M..... i I..... M....., którzy są osobnymi przedsiębiorcami, wpisanymi do ewidencji działalności gospodarczej, prowadzącymi działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej. Pomimo istnienia tej spółki przedsiębiorcy ci wykonują działalność gospodarczą we własnym imieniu, a zawarcie umowy spółki nie zmienia ich statusu, nawet jeśli umowę spółki zawarli w celu wspólnego prowadzenia działalności gospodarczej.

Zdarza się, że niektóre przepisy uznają spółkę cywilną za podmiot uregulowanych w nich stosunków prawnych, np. prawo pracy, niektóre przepisy prawa podatkowego.

To, że z powyższych względów w ramach zamówień publicznych spółkę cywilną przyrównuje się czasem do konsorcjum lub traktuje ją jako konsorcjum, nie oznacza jeszcze, że nie należy brać pod uwagę owej specyfiki spółki cywilnej. M.in. tego, że wspólnicy spółki cywilnej zawierają umowę spółki cywilnej, o której mowa w art. 860 i nast. Kodeksu cywilnego, a nie bliżej nieokreśloną „umowę konsorcjum”.

Co do licencji dla spółki, czy też jej wspólników, należy stwierdzić: „jeżeli działalność gospodarcza prowadzona w ramach spółki cywilnej podlega reglamentowaniu, przedsiębiorca (wspólnik) może ją podjąć po uzyskaniu koncesji, zezwolenia, licencji bądź zgody stosownie do przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej oraz ustaw odrębnych regulujących zasady ich udzielania. Oczywiście pojawia się pytanie, czy wszyscy wspólnicy powinni uzyskać koncesję czy inne pozwolenie na wykonywanie określonej działalności gospodarczej. W tym zakresie uwzględnić należy przede wszystkim przepisy odrębne określające zasady i warunki ich udzielania. W braku uregulowań w tym zakresie, należy przyjąć, że skoro są one wymagane do prowadzenia określonej działalności, stosowne uprawnienia powinni uzyskać ci przedsiębiorcy, którzy działalność taką będą wykonywać. Podobnie w przypadku działalności gospodarczej regulowanej, każdy z przedsiębiorców ją podejmujących powinien spełniać szczególne wymagane przez odrębną ustawę warunki. Nie stoi to na przeszkodzie utworzeniu spółki cywilnej przez podmioty posiadające stosowną koncesję (zezwoenie, zgodę, licencję) z takimi, które tych uprawnień nie posiadają. Jednak nie może to prowadzić do wykonywania działalności gospodarczej wymagającej stosownego uprawnienia przez przedsiębiorców w tym zakresie nieuprawnionych. Przy przyjęciu odmiennego poglądu zawarcie umowy spółki cywilnej stanowiłoby sposób obejścia ograniczeń w zakresie swobody podjęcia określonych rodzajów działalności gospodarczej (por. w tym zakresie m.in. wyrok NSA w Warszawie z 26 czerwca 2007 r., I OSK 1087/06, LEX nr 355083 oraz uchwałę NSA w Warszawie z 15 października 2008 r., II GPS 5/08, LEX nr 448085).” Tak komentarz do Kodeksu cywilnego (art. 860) pod red. Andrzeja Kidyby.

Zatem zamawiający powinien ustalić, czy w ramach spółki cywilnej działalnością przewozową będzie prowadziła jedynie I..... M....., która przedstawiła licencję nr

0012724 na wykonywanie krajowego transportu drogowego osób (wskazano tam I..... M..... jako wspólnika spółki cywilnej), czy też również S..... M..... A jeśli tak – zażądać jej przedstawienia w ramach uzupełnienia.

Oczywiście obecnie, zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ze względu na konieczność odrzucenia oferty konsorcjum, wzywianie do wyjaśnień czy uzupełnienia brakującego dokumentu jest zbędne.

Co do pełnomocnictwa dla Przedsiębiorstwa Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o., izba nie stwierdziła żadnych jego wad: podpisane zostało przez obie osoby – I..... M..... i S..... M..... oraz upoważnia do reprezentowania w trakcie wykonywania umowy

i do działania w ich imieniu i na ich rzecz we wszystkich sprawach związanych ze złożeniem oferty oraz realizacją zamówienia publicznego z zamawiającym”.

Co do autobusu „Neoplan” ujętego w pozycji 21. „Wykazu taboru wykonawcy” – rzeczywiście w kolumnie „Marka autobusu” wskazano jedynie „Neoplan” (co niewątpliwie oznacza wyrób producenta autobusów Neoplan Bus GmbH), nie wskazano natomiast symbolu/modelu autobusu (jak w innych wersach).

Mianem „marka” określa się znak fabryczny, znak firmowy, czyli określający producenta, a także nazwę lub symbol graficzny (znak towarowy) umieszczany na wyrobach w celu ochrony przed naśladownictwem lub podrabianiem oraz promocji. Odwołujący wskazuje na brak wskazania modelu autobusu.

W „Wykazie” zawarto informacje odnośnie roku produkcji autobusu, jego numeru rejestracyjnego, normy czystości spalin, typu taboru, ilości drzwi, ilości kasowników i miejsc siedzących i stojących oraz że pojazd jest niskopodłogowy. Zdaniem Izby są to wystarczające dane do weryfikacji informacji zarówno przez zamawiającego, jak i odwołującego. Izba nie widzi więc podstaw do wzywania przystępującego do uzupełnienia dokumentu.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....