

Sygn. akt: KIO 856/16

KIO 860/16

WYROK
z dnia 7 czerwca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 czerwca 2016 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 maja 2016 roku przez:

A. Europa Express City Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie

B. Mobilis Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Mościskach

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Miasto Stołeczne Warszawa w Warszawie**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Mobilis Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Mościskach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 856/16 po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy **Arriva Bus Transport Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Toruniu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 856/16 po stronie zamawiającego,
- C. wykonawcy **Arriva Bus Transport Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Toruniu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 860/16 po stronie zamawiającego,
- D. wykonawcy **Europa Express City Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 860/16 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala obydwie odwołania
2. Kosztami postępowania obciąża:
 - A. Europa Express City Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**
 - B. Mobilis Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Mościskach i:**
2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr**
(słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez:
 - A. Europa Express City Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**
(15 000 zł 00 gr)
 - B. Mobilis Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Mościskach** (15 000 zł 00 gr)

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....

Sygn. akt: KIO 856/16

KIO 860/16

Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto Stołeczne Warszawa, w imieniu którego działa Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi przewozu regularnego wykonywanej w ramach lokalnego transportu zbiorowego na liniach autobusowych nadzorowanych przez ZTM, funkcjonujących w ramach systemu komunikacji miejskiej łączącego obszar aglomeracji warszawskiej.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 20 maja 2016 roku wykonawcy Europa Express City Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Mobilis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Mościskach wnieśli odwołania wobec czynności zamawiającego oraz zaniechań czynności, do których zamawiający był obowiązany z mocy ustawy.

KIO 856/16

Odwołujący Europa Express City Sp. z o.o. w Warszawie zarzucił zamawiającemu:

- zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. pomimo jej sprzeczności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i błędów w obliczeniu ceny;
- dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił:

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy P.z.p. polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Arriva, pomimo iż zawiera ona błędy w obliczeniu ceny oraz jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty;
- naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. przez to, że zamawiający wybrał ofertę, która nie jest ofertą najkorzystniejszą oraz prowadził postępowanie w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez świadome nierespektowanie przepisów ustawy oraz poprzez nierówne traktowanie wykonawców.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy - Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o., o której zamawiający poinformował pismem z dnia 11 maja 2016 r.;
- odrzucenia oferty wykonawcy jako niezgodnej z treścią s.i.w.z. i zawierającej błędy merytoryczne w obliczeniu ceny;
- dokonania ponownego badania i oceny ofert z wyłączeniem oferty odrzuconej;
- i w związku z tym nakazanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;
- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kwoty 15.000,00 zł tytułem wpisu od odwołania wniesionego przez odwołującego.

Odwołujący stwierdził, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia publicznego. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy Arriva, która to oferta otrzymała 100 punktów (85 punktów z tytułu ceny jednego wozokilometra brutto i 15 punktów z tytułu alternatywnych źródeł zasilania autobusów). Oferta odwołującego została oceniona na 95,23 punktu (80,23 pkt z tytułu ceny jednego wozokilometra brutto i 15 punktów z tytułu alternatywnych źródeł zasilania autobusów) i tym samym zajęła drugie miejsce w przetargu.

Oferta trzeciego wykonawcy - Mobilis Sp. z o.o. - została oceniona na 72,66 pkt.

Odwołujący ma więc interes we wniesieniu odwołania. Kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej stanowiły cena (85%) oraz alternatywne źródła zasilania autobusów (15%), a więc w przypadku uwzględnienia odwołania oferta odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą.

W ocenie odwołującego, oferta Arriva, za najkorzystniejszą, zawiera liczne błędy w obliczeniu ceny oraz jest sprzeczna z treścią s.i.w.z., co powinno skutkować jej odrzuceniem. Odwołujący zakwestionował następujące pozycje kosztowe wykonawcy Arriva: łączność oraz mobilna służba ruchu, koszty wynagrodzeń pracowników zaplecza technicznego, leasing i amortyzacja, paliwo, ubezpieczenie OC i AC. Stwierdził, że szczegółowa kalkulacja ceny oferty Arriva zawiera błędy rachunkowe.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 3 czerwca 2016 roku wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający podniósł, że oferta Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o., którą Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą nie zawiera błędów w obliczeniu ceny oraz nie jest sprzeczna z treścią s.i.w.z.

Zamawiający wskazał, że cena jednego wozokilometra wskazana w Formularzu ofertowym jest ceną ryczałtową. Natomiast szczegółowa kalkulacja ceny, stanowiąca załącznik do Formularza ofertowego miała służyć jedynie do zweryfikowania czy oferta nie

zawiera rażąco niskiej ceny. Ceną ryczałtową w tym przypadku będzie cena za 1 wozokilometra.

Ponadto należy wskazać, iż zgodnie z pkt XV SIWZ, Zamawiający określił ogólnie sposób obliczania ceny. Wskazane zapisy nie zawierają szczegółowych wytycznych dotyczących sposobu obliczania elementów kosztów określonych w tabeli stanowiącej załącznik nr 3.1. do SIWZ. Również w samym załączniku, oprócz tabeli, nie wskazano żadnych szczegółowych wytycznych w tym zakresie. W związku z powyższym przyjęto, że skoro kolumna z sumą wszystkich kolumn zawiera jakąś wartość liczbową, to poszczególne kolumny pomimo prezentowania wartości zerowej posiadają wartość, która znajduje się w kolejnych miejscach po przecinku. Biorąc to pod uwagę w analizach dotyczących wysokości poszczególnych pozycji należy brać pod uwagę tylko kolumnę z kosztem średniorocznym. Sumując wszystkie główne pozycje kosztowe z tej kolumny otrzymujemy stawkę zaoferowaną przez Arriva. W obliczu powyższego należy stwierdzić, iż sposób obliczenia cen jednostkowych, które nie były żądane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i co do których zamawiający nie wymagał obliczenia ich w opisany przez siebie sposób, nie może stanowić błędu w obliczeniu ceny uzasadniającego odrzucenie oferty. Z uwagi na powyższe, zamawiający dokonał oceny oferty na podstawie globalnej stawki za wozokilometr zaoferowanej przez wykonawcę. Ewentualne błędy w szczegółowej kalkulacji ceny nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 6 ustawy P.z.p.

Zamawiający stwierdził, że analiza dostarczonej przez wykonawcę tabeli stanowiącej załącznik nr 3.1 do s.i.w.z. nie wskazała, aby zaoferowana cena mogła zostać uznana za rażąco niską. Przepisy ustawy P.z.p. w tym zakresie skonstruowane zostały dość restrykcyjnie. Obowiązek wyjaśnienia rażąco niskiej ceny istnieje w przypadku, gdy cena ta jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Należy zauważyć, że nawet fakt zaistnienia obligatoryjnych przesłanek wyjaśniania rażąco niskiej ceny nie zawsze prowadzi do uznania, że cena jest rzeczywiście rażąco niska i w konsekwencji do odrzucenia oferty. Zamawiający zbadał, czy oferta ta nie powinna podlegać badaniu obligatoryjnemu pod kątem rażąco niskiej ceny. Taka sytuacja nie wystąpiła, ponieważ cena jednostkowa za wozokilometr oferty Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. jest niższa od:

- ceny szacunkowej ustalonej przez zamawiającego - o 11,82%,
- średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w części pierwszej postępowania, w której oferta Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. jest najniższa - o 2,35%,
- średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w obu częściach postępowania, w których oferta Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. jest na trzecim miejscu - o 3,96%,

Dla porównania cena oferty odwołującego jest:

- niższa od ceny szacunkowej ustalonej przez zamawiającego o 6,58%

- niższa od średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w części pierwszej postępowania, w której oferta odwołującego jest najwyższa - 1,58%,
- wyższa od średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w obu częściach postępowania, w których oferta odwołującego jest najwyższa - o 1,74%,

Zamawiający podkreślił, że w niniejszym przypadku, kiedy to zamawiający nie zażądał wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, ciężar dowodu spoczywa na odwołującym się wykonawcy, który musi wykazać, iż cena wybranej oferty obligowała zamawiającego do podjęcia ustaleń w zakresie rażąco niskiej ceny. W tym przypadku bezskuteczne będzie jednak domaganie się odrzucenia oferty, gdyż to może nastąpić dopiero po przeprowadzeniu postępowania, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p.

Przystępujący Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. w Toruniu wniósł o oddalenie odwołania. W przystąpieniu szczegółowo wyjaśnił wysokość zakwestionowanych przez odwołującego pozycji kosztowych.

Przystępujący Mobilis poparł stanowisko odwołującego. Wniósł o uwzględnienie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Cena jednego wozokilometra wskazana w Formularzu ofertowym jest ceną ryczałtową. Natomiast szczegółowa kalkulacja ceny, stanowiąca załącznik do Formularza ofertowego miała służyć jedynie do zweryfikowania czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Ceną ryczałtową w tym przypadku będzie cena za 1 wozokilometra.

W pkt. XV SIWZ, zamawiający określił ogólnie sposób obliczania ceny. Wskazane zapisy nie zawierają szczegółowych wytycznych dotyczących sposobu obliczania elementów kosztów określonych w tabeli stanowiącej załącznik nr 3.1. do s.i.w.z. Również w samym załączniku, oprócz tabeli, nie wskazano żadnych szczegółowych wytycznych w tym zakresie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

W ocenie Izby zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Arriva z powodu błędów w obliczeniu ceny jest niezasadny. Błąd w obliczeniu ceny to inny niż omyłka

rachunkowa błąd w obliczeniu, polegający na przyjęciu niewłaściwych danych, wynikający np. z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego (tak też KIO w wyroku z dnia 9 kwietnia 2008 roku sygn. akt: KIO/UZP 257/08, KIO/UZP 258/08). Jednakże reguła ta nie znajduje zastosowania w przypadku, gdy zamawiający przyjmie, iż cena za wykonane roboty jest ceną ryczałtową. Przepisy ustawy P.z.p. nie definiują pojęcia ryczału, jednak bogate orzecznictwo sądowe pozwala na zdefiniowanie tego pojęcia. Przykładowo, zdaniem Sądu Najwyższego (wyrok SN z dnia 20 listopada 1998 r. sygn. akt II CKN 913/97), ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagać wynagrodzenia wyższego. Zgodnie z kodeksem cywilnym wynagrodzenie ryczałtowe dotyczy całości przedmiotu umowy, a jego istotę stanowi określenie wynagrodzenia z góry bez przeprowadzenia szczegółowej analizy kosztów. Poza zakresem badania zamawiającego powinny zatem pozostać dane wyjściowe przyjęte przez odwołującego się przy obliczaniu przez niego ceny oferty. Zamawiający powinien przyjąć, iż zaoferowana cena jest ceną prawidłową bez względu na sposób jej obliczenia". Izba powyższe stanowisko Sądu w pełni podziela.

W ocenie Izby za niezasadny należy również uznać zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Arriva z powodu niezgodności jej treści z treścią s.i.w.z.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z s.i.w.z. musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w s.i.w.z. oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami s.i.w.z. (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w s.i.w.z.); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami s.i.w.z.

Analiza treści odwołania wskazuje, iż odwołujący niezgodności treści oferty wykonawcy Arriva upatruje wyłączenie w nieodpowiedniej wycenie poszczególnych pozycji. Ze stanowiskiem takim nie sposób się zgodzić. Izba nie dopatrzyła się takich uchybień w

ofercie wykonawcy Arriva, które przesądzałyby o jej niezgodności z treścią s.i.w.z. Oferta wykonawcy jest kompletna i spełnia wymogi specyfikacji.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

KIO 860/16

Odwołujący Mobilis Sp. z o.o. w Mościskach zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie przepisu art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Arriva Bus Transport Polska sp. z o.o. pomimo tego, że oferta ta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;

ewentualnie:

naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie zwrócenia się do Arriva o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny pomimo tego, że prawidłowa ocena złożonej przez Arriva oferty powinna była prowadzić przynajmniej do podjęcia przez zamawiającego uzasadnionej obawy, że oferta złożona przez tego wykonawcę zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- 2) naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p., poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Arriva, pomimo że wykonawca ten nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert i w konsekwencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Arriva chociaż została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu;
- 3) naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p. w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 p.z.p. oraz w związku z art. 26 ust. 2b p.z.p., poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Europa Express City sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („Europa Express”) ze względu na brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji usług przewozu regularnego w rozumieniu ustawy z dnia 06 września 2001 r. o transporcie drogowym („u.t.d.”) tj. niewykazania przez Europa Express, w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert, wykonania lub wykonywania należycie autobusami usług przewozu regularnego w rozumieniu u.t.d. w ilości nie mniejszej niż 6.000.000 (sześć milionów) wozokilometrów („w.k.m.”), w ramach jednej lub kilku umów (nie więcej niż trzech) i w konsekwencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Europa Express chociaż została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu;

ewentualnie:

naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 25 ust. 1, art. 26 ust. 1, art. 26 ust. 3 oraz art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p. w związku z § 1 ust. 1 pkt 3, § 1 ust. 2 pkt 1 oraz § 1 ust. 5 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, a także w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p. w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 p.z.p. i art. 26 ust 2b p.z.p. poprzez zaniechanie zażądania od wykonawcy Europa Express złożenia dokumentów dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz zaniechanie zwrócenia się do tego wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących złożonych przez Europa Express: wykazu wykonanych w okresie ostatnich 3 lat usług, dokumentu referencji/poświadczenia z dnia 19 kwietnia 2016 r. wystawionego na rzecz Europa Express przez spółkę „Koleje Mazowieckie - KM” sp. z o.o. jak również wystawionych na rzecz Pana S. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „S. B. Usługi Transportowe Przewóz Osób i Ładunków”, adres: Trzęsówka 12, 36-106 Trzęsówka („S. B.”) (tj. podmiotu, na którego zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia powołuje się Europa Express) dokumentu referencji/poświadczenia z dnia 21 kwietnia 2016 r. wystawionego przez spółkę Przewozy Regionalne sp. z o.o. oraz dokumentu referencji z dnia 18 kwietnia 2016 r. wystawionego przez spółkę „PKP Intercity” S.A., względnie zaniechanie zwrócenia się przez zamawiającego bezpośrednio do: spółki „Koleje Mazowieckie - KM” sp. z o.o., spółki Przewozy Regionalne sp. z o.o. oraz spółki „PKP Intercity” S.A. o przedłożenie informacji na temat: (i) liczby umów zawartych przez Europa Express ze spółką „Koleje Mazowieckie - KM” sp. z o.o., na podstawie których Europa Express w okresie wskazanym w treści ww. dokumentu referencji/poświadczenia z dnia 19 kwietnia 2016 r. (tj. od dnia 12 października 2014 r. do dnia 12 grudnia 2015 r.) świadczyła na rzecz spółki „Koleje Mazowieckie - KM” sp. z o.o. usługi w zakresie regularnego przewozu osób w zastępczej komunikacji autobusowej wraz z podaniem liczby wkm wykonanych przez Europa Express w powyższym okresie odrębnie na podstawie każdej z ww. umów; (ii) liczby umów zawartych przez S. B. ze spółką Przewozy Regionalne sp. z o.o. na podstawie których S. B. w okresie wskazanym w treści ww. dokumentu referencji/poświadczenia z dnia 21 kwietnia 2016 r. (tj. od dnia 14 grudnia 2013 r. do dnia 31 sierpnia 2015 r.) świadczył na rzecz spółki Przewozy Regionalne sp. z o.o. usługi w zakresie regularnego przewozu osób w zastępczej komunikacji autobusowej wraz z podaniem liczby wkm wykonanych przez S. B. w powyższym okresie odrębnie na podstawie każdej z ww. umów oraz (iii) liczby umów zawartych przez S. B. ze spółką

„PKP Intercity” S.A. na podstawie których S. B. w okresie wskazanym w treści ww. dokumentu referencji z dnia 18 kwietnia 2016 r. (tj. od dnia 01 lipca 2014 r. do dnia 12 grudnia 2015r.) świadczył na rzecz spółki „PKP Intercity” S.A. usługi regularnego przewozu osób w ramach zastępczej komunikacji autobusowej wraz z podaniem liczby wkm wykonanych przez S. B. w powyższym okresie odrębnie na podstawie każdej z ww. umów;

4) naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 2a ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Europa Express, pomimo że wykonawca ten w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe i w konsekwencji poprzez i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Europa Express chociaż została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu;

5) naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, tj. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Arriva, tj. oferty która powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy P.z.p. lub na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. w związku z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p. w związku z art. 24 ust. 4 ustawy P.z.p., a ewentualnie, wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Arriva z pominięciem zastosowania procedur przewidzianych w art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., a w konsekwencji poprzez potraktowanie oferty złożonej przez Arriva w sposób preferencyjny w stosunku do ofert złożonych przez innych wykonawców;

6) naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, tj. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Europa Express, która powinna być odrzucona zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 p.z.p. w związku z art. 24 ust. 4 p.z.p. tj. w sytuacji, gdy wykonawca ten winien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 p.z.p. oraz w związku z art. 26 ust. 2b p.z.p. względnie na podstawie art. 24 ust. 2a p.z.p., a ewentualnie, poprzez pominięcie zastosowania w stosunku do Europa Express procedur przewidzianych w 26 ust. 3, art. 26 ust. 4 p.z.p. w związku z § 1 ust. 1 pkt 3, § 1 ust. 2 pkt 1 oraz § 1 ust. 5 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, a w konsekwencji poprzez potraktowanie oferty złożonej

przez Europa Express w sposób preferencyjny w stosunku do ofert złożonych przez innych wykonawców.

Odwołujący wniósł o: o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegających na dokonaniu oceny złożonych ofert oraz dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Arriva;
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny złożonych ofert;
- 3) odrzucenia oferty wykonawcy Arriva na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p., jako oferty zawierającej rażąco nisko cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

względnienie

- 4) wykluczenia wykonawcy Arriva z udziału w postępowaniu i odrzucenia oferty wykonawcy Arriva na podstawie art. 89 ust 1 pkt 5 p.z.p. jako oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 5) wykluczenia wykonawcy Europa Express z udziału w postępowaniu i odrzucenia oferty wykonawcy Europa Express na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 p.z.p. jako oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia
- 6) wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej; ewentualnie, z ostrożności nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny złożonych ofert oraz:
 - a) zwrócenia się do wykonawcy Arriva o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów złożonej przez tego wykonawcę oferty mających wpływ na wysokość ceny;
 - b) wezwania wykonawcy Europa Express do uzupełnienia dokumentów dotyczących wiedzy i doświadczenia względnie zwrócenia się bezpośrednio do: spółki „Koleje Mazowieckie - KM” sp. z o.o., spółki Przewozy Regionalne sp. z o.o. oraz spółki „PKP Intercity” S.A. o przedłożenie informacji na temat: (i) liczby umów zawartych przez Europa Express ze spółką „Koleje Mazowieckie - KM” sp. z o.o. na podstawie których Europa Express w okresie wskazanym w treści dokumentu referencji/poświadczenia wystawionego przez „Koleje Mazowieckie - KM” sp. z o.o. w dniu 19 kwietnia 2016 r. (tj. od dnia 12 października 2014 r. do dnia 12 grudnia 2015 r.) świadczyła na rzecz spółki „Koleje Mazowieckie - KM” sp. z o.o. usługi w zakresie regularnego przewozu osób w zastępczej komunikacji autobusowej wraz z podaniem liczby wkm wykonanych przez Europa Express w powyższym okresie odrębnie na podstawie każdej z ww. umów; (ii) liczby umów zawartych przez S. B. ze spółką Przewozy Regionalne sp. z o.o., na podstawie których S. B. w okresie wskazanym w treści dokumentu referencji/poświadczenia wystawionego przez Przewozy Regionalne sp. z o.o. w dniu 21 kwietnia 2016 r. (tj. od

dnia 14 grudnia 2013 r. do dnia 31 sierpnia 2015 r.) świadczył na rzecz spółki Przewozy Regionalne sp. z o.o. usługi w zakresie regularnego przewozu osób w zastępczej komunikacji autobusowej wraz z podaniem liczby wkm wykonanych przez S. B. w powyższym okresie odrębnie na podstawie każdej z ww. umów oraz (iii) liczby umów zawartych przez S. B. ze spółką „PKP Intercity” S.A. na podstawie których S. B. w okresie wskazanym w treści dokumentu referencji wystawionego przez „PKP Intercity” S.A. w dniu 18 kwietnia 2016 r. (tj. od dnia 01 lipca 2014 r. do dnia 12 grudnia 2015r.) świadczył na rzecz spółki „PKP Intercity” S.A. usługi regularnego przewozu osób w ramach zastępczej komunikacji autobusowej wraz z podaniem liczby wkm wykonanych przez S. B. w powyższym okresie odrębnie na podstawie każdej z ww. umów.

Odwołujący wniósł o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania i nakazanie zamawiającemu wypłaty na rzecz odwołującego kwoty PLN 18.600,00, stanowiącej uzasadnione koszty odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocników.

Odwołujący wskazał, że spełnia przesłanki umożliwiające wniesienie odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p, tj. posiada interes w uzyskaniu zamówienia i w związku z tym może ponieść szkodę na skutek dokonania przez zamawiającego zaskarżonych czynności z naruszeniem przepisów ustawy.

W zakresie zarzutów dotyczących wykonawcy Arriva odwołujący wskazał, że wykonawca ten zaniżył część pozycji kosztowych. Odwołujący wskazał tu na koszty paliwa, ubezpieczeń komunikacyjnych, części zamiennych, przeglądów, inne koszty techniczne, koszty wynagrodzeń obsługi zaplecza technicznego, utrzymania systemów łączności i innych, utrzymania obsady służby zabezpieczenia ruchu, koszty szkoleń, koszty finansowe, koszty nieregularności i niepunktualności, marżę.

Odwołujący podniósł, że zamawiający określił wartość Części I Zamówienia na kwotę 304.612.000,00 zł netto. Całkowita cena zaoferowana przez wykonawcę Arriva wynosi natomiast 214.400.000,00 zł netto (tj. 6,70 zł / 1 wkm netto dla zadania przewozowego obejmującego 4.000.000 wkm rocznie przez okres 8 pełnych lat). Cena zaoferowana przez wykonawcę Arriva jest zatem niższa od wartości przedmiotu Części I Zamówienia o 29,62 %. W ocenie odwołującego uzasadnia to konieczność żądania od wykonawcy Arriva złożenia wyjaśnień dotyczących elementów zaoferowanej ceny.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p., odwołujący wskazał, że wykonawca Arriva winien być wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p. z uwagi na fakt, że nie wniósł on wymaganego wadium albowiem treść przedłożonej przez Arriva gwarancji bankowej nie odpowiada postanowieniom s.i.w.z..

Odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią Rozdziału X ust. 5 s.i.w.z., zamawiający przewidział, że „W przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji bankowej, gwarancji ubezpieczeniowej lub poręczenia, o którym mowa w ust. 2, do oferty musi być dołączony oryginał dokumentu ustanawiającego wadium na okres związania ofertą. Z treści gwarancji musi wynikać bezwarunkowe, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez zamawiającego, zobowiązanie gwaranta do wypłaty zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art 46 ust. 4a i 5 ustawy (...).” Z treści s.i.w.z. wynika więc wymóg, że - w przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji bankowej - w treści tej gwarancji musi być przewidziane bezwarunkowe zobowiązanie gwaranta do wypłaty pełnej kwoty wadium na rzecz zamawiającego (w przypadkach określonych w ustawie P.z.p.).

Gwarancja bankowa (wystawiona w dniu 20 kwietnia 2016 r. przez bank z siedzibą na terytorium Niemiec), którą przedłożyła Arriva wraz z ofertą, nie zawiera w swej treści postanowienia/klauzuli obejmującej bezwarunkowe zobowiązanie ww. banku do wypłaty zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy. Tym samym, w ocenie odwołującego, treść przedłożonej przez Arriva gwarancji bankowej nie odpowiada postanowieniom s.i.w.z.

Wobec oferty wykonawcy Europa Express odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz w związku z art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p.

W ocenie odwołującego wykonawca Europa Express nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem doświadczenie, na które powołał się ten wykonawca zostało nabyte w ramach świadczenia usług na podstawie umów w liczbie większej niż 3, tj. liczbie większej, niż maksymalna dopuszczona przez zamawiającego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 2a ustawy P.z.p., odwołujący podniósł, że w niniejszym postępowaniu zachodzą określone w art. 24 ust. 2a ustawy P.z.p. przesłanki do wykluczenia przez zamawiającego wykonawcy Europa Express z postępowania o udzielenie zamówienia. Co istotne, zamawiający przewidział możliwość wykluczenia wykonawców na tej podstawie w treści Sekcji III.2.1 ogłoszenia o Zamówienia jak również w treści Rozdziału IX ust. 7 s.i.w.z. Wykonawca Europa Express w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe (w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia) poprzez nienależyte wykonanie 2 (dwóch) zamówień publicznych udzielonych Europa Express przez zamawiającego w następstwie rozstrzygnięcia postępowania przetargowego nr 4/2015 („Przetarg nr 4/2015”) oraz postępowania przetargowego nr 5/2015 („Przetarg nr 4/2015”). Przedmiotem każdego z tych zamówień jest świadczenie usługi przewozu regularnego wykonywanej w ramach lokalnego transportu zbiorowego na liniach autobusowych nadzorowanych przez

zamawiającego, funkcjonujących w ramach systemu komunikacji miejskiej łączącego obszar aglomeracji warszawskiej przy wykorzystaniu 15 autobusów 9-metrowych w okresie od dnia 1 września 2015 r. do dnia 31 sierpnia 2018 r.

Zamawiający w piśmie z dnia 3 czerwca 2016 roku wniósł o oddalenie odwołania jako oczywiście bezzasadnego.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny, zamawiający stwierdził, iż obowiązek jej wyjaśnienia istnieje w przypadku, gdy cena ta jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zamawiający zauważył, że nawet fakt zaistnienia obligatoryjnych przesłanek wyjaśniania rażąco niskiej ceny nie zawsze prowadzi do uznania, że cena jest rzeczywiście rażąco niska i w konsekwencji do odrzucenia oferty. Zamawiający zbadał, czy oferta ta nie powinna podlegać badaniu obligatoryjnemu pod kątem rażąco niskiej ceny. Taka sytuacja nie wystąpiła, ponieważ cena jednostkowa za wozokilometr oferty Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. jest niższa od:

- ceny szacunkowej ustalonej przez zamawiającego - o 11,82%,
- średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w części pierwszej postępowania, w której oferta Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. jest najniższa - o 2,35%,
- średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w obu częściach postępowania, w których oferta Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. jest na trzecim miejscu - o 3,96%,

Dla porównania cena oferty odwołującego jest wyższa od:

- ceny szacunkowej ustalonej przez zamawiającego o 3,17 %
- średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w części pierwszej postępowania, w której oferta odwołującego jest najwyższa - o 8,68%,
- średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w obu częściach postępowania, w których oferta Odwołującego jest najwyższa - o 12,36%,

W ocenie zamawiającego, w tym, iż cena 1 wozokilometra zaoferowana przez Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. jest na poziomie zbliżonym do wartości zamówienia oraz średniej arytmetycznej wszystkich stawek nie zachodzi podejrzenie, że może być rażąco niska.

Zamawiający wskazał, że odwołującego w sposób znaczący odbiega od pozostałych ofert w przetargu (zarówno w części I jak II) i jako jedyna nie mieści się w wielkości środków przewidzianych przez zamawiającego, a zaoferowana stawka jest wyższa niż cena za wozokilometr zaoferowana przez wykonawcę Mobilis sp. z o.o. w przetargu 27/2015 za autobusy przegubowe (8,29 brutto za wóz 18-metrowy a w niniejszym przetargu 8,47 PLN za wóz 12-metrowy), co budzi obawy co do realności założonych przez odwołującego kosztów i stanowi ewidentny przykład przeszacowania zamówienia.

Zamawiający wskazał, że w niniejszym przypadku, kiedy to zamawiający nie zażądał wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, ciężar dowodu spoczywa na odwołującym się wykonawcy, który musi wykazać, iż cena wybranej oferty obligowała zamawiającego do podjęcia ustaleń w zakresie rażąco niskiej ceny. W tym przypadku bezskuteczne będzie jednak domaganie się odrzucenia oferty, gdyż to może nastąpić dopiero po przeprowadzeniu postępowania, o którym mowa w art. 90 ust. 1.

Zamawiający podniósł, że nie narzucił wykonawcom szczegółowej treści gwarancji wadialnej np. w formie wzoru gwarancji stanowiącej załącznik do s.i.w.z. Jedynie wymagał, aby z treści gwarancji wynikało bezwarunkowe zobowiązanie gwaranta. Gwarancja złożona przez Arriva, zawierająca w swojej treści oświadczenie o rzeczeniu się „wszelkich praw sprzeciwu i obrony z długu podstawowego” ten warunek spełnia.

W zakresie zarzutów dotyczących ofert wykonawcy Europa Express, zamawiający wskazał, że w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, wykonawca Europa Express City sp. z o.o. przedstawił wraz z ofertą wykaz wykonanych w okresie ostatnich 3 lat usług (według Załącznika nr 5 do SIWZ), w którym wskazał doświadczenie z wykonania 3 usług, powołując się na własne doświadczenie (w przypadku usług świadczonych na rzecz spółki „Koleje Mazowieckie - KM” Sp. z o.o.) oraz na doświadczenie podmiotu trzeciego tj. S. B. udostępniającego swoje doświadczenie, na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp (w przypadku usług świadczonych na rzecz spółki Przewozy Regionalne Sp. z o.o. oraz spółki PKP Intercity” S.A.).

Wykonawca Europa Express City Sp. z o.o. dołączył do oferty także dokumenty, potwierdzające, że usługi te zostały wykonane należycie. Z treści przedstawionych dokumentów nie wynikało, że usługi wymienione w Wykazie usług, były świadczone na podstawie więcej niż 3 umów.

W związku z wniesionym odwołaniem oraz załączonymi dowodami, dotyczącymi ilości umów wymienionych w Wykazie usług, zamawiający zwrócił się bezpośrednio do wymienionych wyżej spółek z wnioskiem udzielenie szczegółowych informacji w sprawie ilości zawartych umów, dotyczących usług przewozowych wymienionych w Wykazie usług. Z informacji otrzymanych od PKP Inter City S.A. wynika, że potwierdziły się zarzuty odwołującego.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy P.z.p., Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Zaniechanie wykluczenia wykonawcy Europa Express City Sp. z o.o. nie miało wpływu na wybór najkorzystniejszej oferty. W związku z tym odwołanie nie może być uwzględnione w zakresie zarzutu dotyczącego wykluczenia oferty Wykonawcy Europa Express City Sp. z o.o.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2a ustawy P.z.p., zamawiający wskazał, że wykonawca Europa Express City sp. z o.o. jako podmiot, z którym zawarto umowy na świadczenie usługi przewozu regularnego wykonywanej w ramach lokalnego transportu zbiorowego na liniach autobusowych nadzorowanych przez ZTM, funkcjonujących w ramach systemu komunikacji miejskiej łączącego obszar aglomeracji warszawskiej (przetargi nr 4/2015 i 5/2015), przystąpił do wykonywania ww. umów nie posiadając wystarczającej liczby autobusów. Z uwagi na powyższe, zamawiający naliczył przewidziane w umowach kary umowne, które wykonawca Europa Express City Sp. z o.o. pokrył w całości. Jednocześnie do chwili obecnej nie ujawnił szkody, która mogłaby pozostawać w związku przyczynowym z wyżej wymienionymi działaniami wykonawcy Europa Express City Sp. z o.o., która przenosiłaby wysokość pobranych kar umownych. W świetle powyższego, należy uznać, iż wykonawca dokonał naprawienia szkody w rozumieniu przepisu art. 24 ust. 2a ustawy P.z.p.. Zamawiający posiadając z własnej wiedzy informację, iż zachodzi przesłanka wyłączająca możliwość zastosowania wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 2a ustawy, nie podjął dalszych czynności zmierzających do wykazania innych przesłanek tej instytucji uznając je za bezprzedmiotowe.

Zamawiający wskazał, że posiadał informację, iż Wykonawca Europa Express City Sp. z o.o. realizuje przedmiotowe zamówienia zakładaną w umowach liczbą autobusów. Tym samym należy uznać, iż nie istnieje ryzyko poważnego naruszania obowiązków zawodowych w przyszłości w przedmiotowym zakresie, co również stanowi przesłankę wyłączającą możliwość zastosowania wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 2a ustawy.

Tym samym zamawiający uznał, że zarzut naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie równego traktowania uczestników postępowania oraz niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji, jest nieuzasadniony.

Przystępujący Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. w Toruniu wniósł o oddalenie odwołania. W przystąpieniu szczegółowo wyjaśnił wysokość zakwestionowanych przez odwołującego pozycji kosztowych.

Przystępujący Europa Express City Sp. z o.o. w Warszawie wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Cena jednostkowa za wozokilometr oferty Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. jest niższa od:

- ceny szacunkowej ustalonej przez zamawiającego - o 11,82%,
- średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w części pierwszej postępowania, w której oferta Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. jest najniższa - o 2,35%,
- średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w obu częściach postępowania, w których oferta Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. jest na trzecim miejscu - o 3,96%,

Zgodnie z treścią Rozdziału X ust. 5 s.i.w.z., zamawiający przewidział, że „W przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji bankowej, gwarancji ubezpieczeniowej lub poręczenia, o którym mowa w ust. 2, do oferty musi być dołączony oryginał dokumentu ustanawiającego wadium na okres związania ofertą. Z treści gwarancji musi wynikać bezwarunkowe, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez zamawiającego, zobowiązanie gwaranta do wypłaty zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art 46 ust. 4a i 5 ustawy (...)

Wykonawca Arriva przedłożył gwarancję bankową, wystawioną w dniu 20 kwietnia 2016 r. Gwarancja złożona przez Arriva, zawiera w swojej treści oświadczenie o zrzeczeniu się „wszelkich praw sprzeciwu i obrony z długu podstawowego”.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

Izba ustaliła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

W ocenie Izby, zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Arriva Bus Transport Polska sp. z o.o. pomimo tego, że oferta ta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, jest niezasadny.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., jeżeli cena 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, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p., obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Analiza treści przepisu art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. pozwala na wniosek, iż zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy powźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zaniżenia. Przepis wskazuje jedną okoliczność uzasadniającą powzięcie takich wątpliwości, tj. różnica ceny na poziomie *in minus* 30% w stosunku do wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

W rozpoznawanej sprawie okoliczność ta nie wystąpiła. Cena jednostkowa za wozokilometr oferty Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. jest niższa od:

- ceny szacunkowej ustalonej przez zamawiającego - o 11,82%,
- średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w części pierwszej postępowania, w której oferta Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. jest najniższa - o 2,35%,
- średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w obu częściach postępowania, w których oferta Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. jest na trzecim miejscu - o 3,96%,

W ocenie Izby nie wystąpiły też żadne inne okoliczności uzasadniające zarzut zaoferowania przez wykonawcę Arriva rażąco niskiej ceny. Podkreślenia wymaga fakt, że odwołujący zakwestionował w istocie poszczególne pozycje kosztowe, nie zaś cenę globalną, do czego zresztą i tak nie było podstaw. W tym miejscu wskazać należy, iż zgodnie z art. 2 pkt 1 ustawy P.z.p., ilekroć w ustawie jest mowa o cenie, należy przez to rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. poz. 915). Zgodnie zaś z definicją wyrażoną w przepisie art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy wskazanej ustawy, ceną jest wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. W cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. A zatem, mając na uwadze powyższe, cena jest sumą wszystkich elementów składających się na wartość danego zakupu. Jak wynika z

przyjętej linii orzeczniczej KIO, „rażąco niską cenę należy odnosić do całkowitej ceny oferty, a nie do jej cen jednostkowych. Twierdzenie, że niektóre pozycje kosztowe w ofercie są znacznie zaniżone nie uzasadnia tezy, że cena całkowita oferty nosi znamiona ceny rażąco niskiej” (tak: wyrok KIO z dnia 24 maja 2012 r., sygn. akt KIO 916/12).

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p., poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Arriva, pomimo że wykonawca ten nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert i w konsekwencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Arriva, chociaż została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu.

Należy zgodzić się z poglądem, iż aby gwarancja skutecznie zabezpieczała interesy zamawiającego, dokument gwarancyjny winien zawierać zobowiązanie gwaranta do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty kwoty wadium na pierwsze żądanie zamawiającego uzasadnione oświadczeniem, że w przypadku ubezpieczającego (wykonawcy) zaszły okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp. Jednakże wymóg, by dokument gwarancji zawierał tego rodzaju sformułowania, powinien być zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w przedmiotowej sprawie takiego warunku nie było. Ponadto o „bezwarunkowości” zapłaty gwarancji powinna rozstrzygać jej treść, ustalona na podstawie przyjętych reguł oświadczeń woli (art. 65 K.c.). I tak, jeżeli z treści gwarancji wynika, że wymagana kwota zostanie wypłacona pod jakimikolwiek warunkami (np. pod warunkiem dołączenia gwarantowi innych dokumentów poza żądaniem zapłaty albo po uzyskaniu potwierdzenia od wykonawcy, iż istotnie zaszły okoliczności uzasadniające zatrzymanie wadium) bądź też gwarancja dopuszcza możliwość odwołania jej przez gwaranta przed upływem terminu, w jakim obowiązuje itp., przyjęć należy, że tak wniesione wadium nie spełnia swej roli, jaką jest ochrona zamawiającego przed niesolidnym wykonawcą.

Gwarancja wniesiona przez wykonawcę Arriva nie zawiera żadnych warunków, których ziszczenie umożliwi wypłatę sumy gwarancyjnej. Ponadto wystawca gwarancji w jej treści zrzekł się „wszelkich praw sprzeciwu i obrony z długu podstawowego”. Należy zatem przyjąć, że dokument gwarancyjny zabezpiecza interesy zamawiającego i czyni zadość wymogom ustawy oraz wymogom s.i.w.z.

Izba nie prowadziła postępowania dowodowego wobec zarzutów podniesionych do oferty złożonej przez wykonawcę Europa Express City Sp. z o.o. w Warszawie. Wskazać należy, iż, zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy P.z.p., Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wynik postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego należy rozumieć przez pryzmat pojęcia tego postępowania zdefiniowanego w art. 2 pkt 7a ustawy P.z.p., a więc jako akt wyboru oferty tego wykonawcy, z którym zamawiający zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego (tak: Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 12 lutego 2014 roku, sygn. akt IV CSK 291/13). W związku z tym, że Izba oddaliła odwołanie wykonawcy Europa Express City Sp. z o.o. oraz te zarzuty odwołania Mobilis, które dotyczyły oferty wykonawcy Arriva, wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w postaci wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Arriva nie uległ zmianie i ewentualne naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy przy ocenie oferty wykonawcy Europa Express nie miało wpływu na wybór tej oferty. Tym samym rozpoznawanie zarzutów dotyczących oferty Europa Express należało uznać za bezprzedmiotowe.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w obydwu sprawach orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....