

**WYROK**

**z dnia 13 kwietnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk**

**Protokolant: Krzysztof Wasilewski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2016 r. przez **Odwołującego – Europa Express City Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Zarząd Transportu Miejskiego z siedzibą w Warszawie**,

przy udziale wykonawcy: Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim Sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie**,
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego**, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Transportu Miejskiego z siedzibą w Warszawie – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usługi przewozu regularnego wykonywanej w ramach lokalnego transportu zbiorowego na liniach autobusowych funkcjonujących w ramach systemu komunikacji miejskiej łączącego obszar gminy Konstancin-Jeziorna”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE: 2016/S 020-031657 z dnia 29 stycznia 2016 r.

Pismem z dnia 17 marca 2016 r. Zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim Sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim.

W dniu 29 marca 2016 r. Odwołujący – Europa Express City Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 3) i 8) ustawy Pzp, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim sp. o.o. Grodzisk Mazowiecki (dalej jako: PKS Grodzisk Mazowiecki), mimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy PKS Grodzisk Mazowiecki, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a zamawiający zaniechał wezwania Wykonawcy do wyjaśnienia elementów ceny, które pozwoliły na złożenie ofert z zaproponowanymi cenami zaś oferta jest sprzeczna z przepisami dotyczącymi wynagradzania osób świadczących pracę, w tym z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu za pracę i obowiązku ich uwzględniania przy ustalaniu ceny oferty.

Odwołujący wskazał, że jego interes prawny został naruszony przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, ponieważ złożona przez Odwołującego prawidłowa oferta powinna być uznana za najkorzystniejszą, gdyby poprzedzająca ją oferta została odrzucona

wskutek właściwego zastosowania przez Zamawiającego naruszonych przepisów. Szkada, którą poniesie Odwołujący polega na utraceniu korzyści, jakie mógłby osiągnąć z realizacji zamówienia, które powinno być mu przyznane po zgodnej z prawem ocenie ofert.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert;
- 2) dokonania powtórnej oceny ofert i odrzucenie oferty wykonawcy PKS Grodzisk Mazowiecki ze względu na to, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji lub
- 3) wezwania Wykonawcy PKS Grodzisk Mazowiecki do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów ceny, które miały wpływ na jej wysokość potwierdzających, iż cena nie ma charakteru ceny rażąco niskiej, a ze względu na obiektywną niemożliwość wykazania prawidłowej wysokości ceny podanej w ofercie z powodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania - odrzucenie oferty PKS Grodzisk Mazowiecki
- 4) wyboru jako najkorzystniejszej oferty z ceną obliczoną bez naruszenia w/w przepisów tj. oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono następującą argumentację:

Na wstępie Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 17 marca 2016 r. poinformował, iż za ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu objętym odwołaniem została uznana oferta PKS Grodzisk Mazowiecki z ceną 2,22 zł brutto za jeden wozokilometr (wkm). Na drugiej pozycji została sklasyfikowana oferta Odwołującego z ceną 2,87 zł brutto za jeden wkm. W postępowaniu ofertę złożyło ponadto Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej „POLONUS” w Warszawie S.A. (dalej jako: PKS POLONUS) z ceną 2,88 zł brutto za wozokilometr.

Oprócz ceny brutto za wozokilometr kryterium oceny ofert był także rok produkcji autobusów, ale wszyscy trzej wykonawcy otrzymali za to kryterium 0 pkt.

Zważyć należy, że ceny podane w ofertach wykonawców Europa Express oraz PKS Polonus wynosiły odpowiednio:

- Europa Express - 2,87 zł brutto/wozokilometr,
- PKS Polonus - 2,88 zł brutto /wozokilometr.

PKS Grodzisk Mazowiecki zaoferował zaledwie 2,22 zł brutto/wozokilometr.

W ocenie odwołującego zaproponowana przez tego wykonawcę cena jest znacząco poniżej kosztów ponoszonych na świadczenie usługi, jednocześnie stanowi cenę rażąco różną od cen rynkowych.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, Odwołujący wskazał, że Zamawiający bez konieczności uzyskiwania jakichkolwiek wyjaśnień ze strony wykonawców może ustalić, iż cena na poziomie 2,22 zł brutto za wozokilometr w usłudze przewozu na

warunkach takich jak opisane w SIWZ jest ceną, która nie może pokryć kosztów nabycia towarów i usług niezbędnych do wykonania usługi. Jest tym samym ceną dumpingową w rozumieniu art. 15 ust 1 pkt 1) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp.

Istnienie w systemie prawnym (w art. 89 ustawy Pzp) dwóch odrębnych przesłanek odrzucania ofert (czyn nieuczciwej konkurencji w ust. 1 pkt 3 oraz ceny rażąco niskiej w ust. 1 pkt 4) powoduje, iż zamawiający w przypadku czynu będącego proponowaniem ceny zbytu poniżej kosztów uzyskania nie może abstrahować od przesłanki art. 89 ust. 1 pkt 3) realizując wyłącznie obowiązki wynikające z przepisów o cenie rażąco niskiej.

Ocena czy doszło do czynu nieuczciwej konkurencji polega na porównaniu kosztów ponoszonych przez wykonawcę do ceny jego oferty i jedynie cena wyższa lub równa kosztom wytworzenia (zakupu) nie będzie stanowić czynu nieuczciwej konkurencji. W przypadku usług przewozu koszty ponoszone przez wykonawców działających na rynku mają w przeważającej części charakter stały i niezależny od indywidualnych okoliczności. Oferowanie świadczenia usług poniżej podstawowych kosztów tj. łącznych kosztów pracy, kosztów zakupu paliwa, kosztów obowiązkowego ubezpieczenia oraz amortyzacji i utrzymania taboru będzie więc stanowić taki czyn i tym samym samoistną przesłankę odrzucenia oferty. Rynki właściwe do ustalenia koniecznych do poniesienia kosztów są rynkami o ograniczonym zakresie konkurencji.

Usługi ubezpieczeń komunikacyjnych świadczy wąska grupa podmiotów - wg oficjalnych danych KNF ok. 30 podmiotów, przy czym ubezpieczenie pojazdów komunikacji zbiorowej świadczy wyłącznie część z nich. Producenci paliw od których można nabywać paliwo w ilościach hurtowych to jedynie dwa podmioty, PKN Orlen oraz Lotos SA. Producenci pojazdów przystosowanych do świadczenia usług komunikacji miejskiej to między innymi Man, Scania, Solaris, Mercedes, Volvo, Solbus, VDL.

Z kolei koszty pracy winny być rozpatrywane z uwzględnieniem przepisów dotyczących wynagrodzenia za pracę. W przeciwnym przypadku (zaniżenia tych kosztów) samoistnie będzie to czynność sprzeczna z prawem konkurencji (tak Wyrok ETS w sprawie C-346/06 z dnia 3 kwietnia 2008 r. Rechtsanwalt Dr. Dirk Ruffert als Insolvenzverwalter über das Vermögen der Objekt und Bauregie GmbH & Co.KG przeciwko Land Niedersachsen Dz. U. C 128 z 24 maja 2008, str. 9) Zdaniem Trybunału, brak co prawda obowiązku udzielania zamówień publicznych tylko takim przedsiębiorstwom, które zobowiążą się do wypłaty swoim pracownikom wynagrodzenia w wysokości odpowiadającej co najmniej wynagrodzeniu obowiązującemu zgodnie z układem zbiorowym pracy w miejscu realizacji zamówienia. Jednak konieczne jest by pracownicy otrzymywali co najmniej minimalne stawki płacy ustanowione w przepisach uznanych za powszechnie stosowane w danym obszarze geograficznym, zawodzie lub przemyśle.

Jest to zatem minimalny koszt, który wykonawca działając zgodnie z prawem musi ponieść. Z powyższym orzeczeniem TSUE koresponduje przepis art 90 ust 1 pkt 1) ustawy Pzp, który nakazuje by przy ocenie prawidłowego poziomu ceny oferty uwzględniać skalkulowanie kosztów pracy w ten sposób by odpowiadały one co najmniej wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę. Należy zwrócić uwagę iż obowiązek respektowania tej zasady dotyczy też sytuacji w której osoby realizujące zamówienie nie są zatrudnione w oparciu o przepisy prawa pracy. Norma ma charakter generalny i nakazuje by koszt robocizny zawsze był ustalany z uwzględnieniem co najmniej takich wartości wynagrodzenia.

Zgodnie z SIWZ (§ 1 ust. 2 wzoru umowy) niezbędne jest świadczenie usługi obejmującej 905 490 (dziewięćset pięć tysięcy czterysta dziewięćdziesiąt wozokilometrów) świadczonej 5 pojazdami - w tym 1 rezerwowym (warunek udziału w postępowaniu - pkt IX ust.2 lit c SIWZ), zabierające co najmniej 20 pasażerów (20 miejsc siedzących). Wykonawca musiał też uwzględnić ryzyko zmniejszenia przewozów o 20% przy utrzymaniu zaproponowanej ceny jednostkowej. Usługa przewozu zgodnie z pkt V SIWZ obejmuje 21 miesięcy. Przy zaproponowanej przez PKS Grodzisk Mazowiecki cenie jednostkowej - 2,22 zł brutto (2,06 zł netto) - cena netto za zrealizowanie pełnej liczby wozokilometrów wyniesie: 2 014 534,15 zł brutto (1 865 309,40 zł netto).

Przy tak ukształtowanym opisie zamówienia konieczne do poniesienia koszty powszechnie znane i wspólne dla wszystkich wykonawców to:

- Koszty pracy kierowców

Przyjmując, że zasady obsługi linii zostały zdefiniowane w załączniku nr 1 do SIWZ- świadczenie usług przewozu ma się odbywać od ok. 4.30 - 5.30 rano do ok. 22.00 - 22.55 wieczorem, niezbędne jest, by każdy z pojazdów z przepisami o czasie pracy kierowców (Ustawa z dnia 16 kwietnia 2004 r. o czasie pracy kierowców tj. Dz. U. z 2012 r. poz. 1155 ze zm.) był obsługiwany codziennie (w skali miesiąca biorąc pod uwagę pracę ok. 21 dni w miesiącu i obowiązkowe przerwy w pracy) przez co najmniej 3 kierowców (czas pracy wynikający z rozdziału 4a w/w ustawy w związku z art. 6 ust 1 oraz rozdziału 3a przy uwzględnieniu urlopów (26 dni) i choćby minimalnej absencji ze względu na niezdolność do pracy (1 dzień nieobecności, na pracownika). Należy także uwzględnić wzrost zatrudnienia o min 0,3 osoby na pojazd .

Zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 11 września 2013 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę wynagrodzenie minimalne w 2016 wynosi 1850,00 brutto.

Koszt pracodawcy wzrasta jednak o:

- składka na ubezpieczenie emerytalne w wysokości 9,76% 1850,00 zł = 180,56 zł,
- składka na ubezpieczenie rentowe w wysokości 6,50% \*1850,00 zł = 120,25 zł,
- składka na ubezpieczenie wypadkowe w wysokości 1,93% \* 1850,00= 35,71 zł,

- składka na Fundusz Pracy- $1850,00 * 2,45\% = 45,32$  zł,
- składka na Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych - $1850,00$  zł \*  $0,10\%$   
=  $1,85$  zł,

tj. o  $383,69$  zł i wynosi  $2233,69$  zł.

Koszt jaki ponosi pracodawca z tytułu pracy dla jednego pojazdu miesięcznie wynosi więc  $7371,18$  zł.

Ponieważ zgodnie z SIWZ do wykonania usługi przewozu niezbędna jest stała praca 4 pojazdów, to koszt pracy wyniesie  $29484,71$  zł miesięcznie, a tym samym przez okres realizacji usługi tj. 21 miesiące sięgnie  $619\ 178,89$  zł.

Należy przy tym zważyć, że jest to minimalny koszt, który wykonawca działając zgodnie z prawem musi ponieść. Koszty faktyczne (rynkowe) zatrudniania pracowników są wyższe i wynoszą ok.  $20$  zł za godzinę pracy. Potwierdzają to wysokości wynagrodzeń za pracę kierowców u przewoźników z terenu aglomeracji warszawskiej. Wówczas przyjmując 20 godzinną pracę w obsłudze jednego pojazdu codziennie koszt ten to  $400$  zł dziennie i tym samym  $1\ 008\ 000$  zł za pracę kierowców przez 21 miesiące przy obsłudze 4 pojazdów (bez uwzględnienia wspomnianej wyżej ustawy o czasie pracy kierowców i uwzględnienia współczynnika zatrudnienia 3,3 osoby na pojazd).

- Koszty paliwa

Przy założeniu najniższego spalania podawanego przez producentów pojazdów dla każdego z pojazdów cena hurtowa paliwa (netto) wg PKN Orlen ([www.ornen.pl](http://www.ornen.pl)) to  $3075$  zł/m<sup>3</sup> (notowanie na dzień 09.03.2016). Cena podawana przez Lotos ([www.lotos.pl](http://www.lotos.pl)), to  $3080$  zł/m<sup>3</sup>. Przejechanie  $905\ 490$  km pojazdami przy najniższym spalaniu podawanym przez producenta VDL tj.  $15l/100km = 135823,51 * 3,075z\$/l = 417\ 657,26$  zł, przy czym każde zwiększenie zużycia paliwa o  $1$  l/100 km (a spalanie wyższe niż przyjęte podają prawie wszyscy przewoźnicy szczególnie dla mniejszych pojazdów), to ponad 4 groszy większy koszt 1 wozokilometra.

Należy też zwrócić uwagę, że ceny paliwa wzrastają i na dzień 22.03.2016 jest to już wartość  $3112$  zł/m<sup>3</sup> ( $0,037$  zł/l = wzrost kosztów 1 wozokilometra o prawie 4 grosze). Prognozy długoterminowe wskazują na dalszy wzrost ceny paliwa.

- Ubezpieczenie roczne

Ubezpieczenie roczne pojazdu o wartości ok.  $75.000.$  zł (AC -  $2998$  zł; OC -  $2276$  zł; NNW -  $436$  zł) - łącznie składka całkowita płatna jednorazowo  $5710,00$  zł (polisa 1002515007 – VDL Pro City pojazd w leasingu). Łącznie dla 5 pojazdów to koszt  $28\ 550,00$  zł rocznie tj.  $49\ 962,50$  zł.

- Koszty utrzymania pojazdów

Świadczenie usługi przewozu wymaga także utrzymania sprawności technicznej pojazdów, kosztów bieżących napraw i przeglądów wymiany materiałów eksploatacyjnych.

Pojazdy z 2007 roku są już pojazdami wyeksploatowanymi, dla których bazując na własnym doświadczeniu przyjmując najniższą wartości czyli 0,40 zł/km - przy przebiegu 905 490 km koszt wyniesie 362 196,00 zł. Należy przy tym zwrócić uwagę, że większość producentów - w tym producenci pojazdów, którymi wykonawcy deklarują świadczenie usługi podaje koszty utrzymania pojazdu przeliczane na 1 km przebiegu jako wartość zbliżoną do ok. 0.60 zł/km, a przy tej wartości koszt ten wyniesie w niniejszym przetargu 543 294,00 zł.

- Podatek od środków transportu.

Poza tym konieczne jest uwzględnienie w kosztach podatku od środków transportu. Przyjmując zgodnie z Ustawą z dnia 12 stycznia 1991 o podatkach i opłatach lokalnych maksymalną stawkę dla autobusów z liczbą miejsc siedzących: a) mniejszej niż 30 miejsc - 1439,20 zł

Oznacza to, że roczny podatek dla 5 autobusów wymaganych w SIWZ wyniesie 7196,00 zł rocznie tj., 12 593,00 zł przez 21 miesięcy.

Dla zrealizowania czynności o których mowa w załączniku nr 8 do Umowy niezbędne jest także:

- Utrzymanie czystości.

Miesięczny koszt sprzątnięcia autobusu, na podstawie własnego doświadczenia Odwołującego to kwota 243,90 zł za sprzątnięcie jednego autobusu i 56,91 netto za mycie na zewnątrz. Przyjmując tylko 50 zł i mycie raz w tygodniu (co dla spełnienia wymagania Zamawiającego może się okazać niewystarczające, powoduje to 92 mycia 4 pojazdów W okresie 21 miesięcy, dając koszt 18 400 zł. Przyjmując tylko 150 zł (miesięcznie) na sprzątnięcie jednego autobusu wewnątrz, 600,00 miesięcznie na 4 autobusy, co daje łącznie 12 600,00 zł.

- Ubezpieczenie operatora w zakresie OC z tytułu wykonywanych usług na podstawie własnej polisy to koszt roczny składki 7 000 zł - w okresie umowy - 12 249,99 zł.

- Koszty najmu kasowników i sterowników oraz ich obsługi i serwisowania - koszt ten wynosi około 137 zł/pojazd miesięcznie. Przyjmując tę samą stawkę koszt łączny dla 5 pojazdów przez 21 miesiące wyniesie 14 385,00 zł, a także obowiązek zawarcia umowy na zgrywanie danych plus zakładając tylko 500 zł jako koszt umowy miesięcznej na zgrywanie danych (średnie stawki to około 1500 zł) czyli 10 500 zł, a więc łącznie 24 885,00 zł.

- Koszty leasingu

Z oferty wynika że wszystkie autobusy są w leasingu. Kalkulując koszt zakupu pojazdu na poziomie 85 000,00 zł i leasing 3-letni, nie licząc kosztów finansowych - koszty leasingu wyniosą dla 5 autobusów łącznie 247 916,55 zł.

- Koszty dojazdów i zjazdów do/z krańca do/z bazy

Przyjmując dojazdy z wynajętej bazy w Piasecznie, najbliższa baza w okolicy jest oddalona o 6,8 km, łącznie będzie to koszt 15 782,26 zł.

Koszt wynajmu bazy (Odwołujący posiada taką wiedzę na podstawie własnego doświadczenia) wynosi 400,00 zł na pojazd, co daje łączną kwotę w okresie 21 miesięcy 42 000,00 zł. Łączne koszty związane z wynajmem bazy i dojazdem autobusów wynoszą 57 782,26 zł.

- Koszty stałego zarządu

Niezbędne jest także uwzględnienie w cenie tej usługi części kosztów stałego zarządu Wykonawców. Koszty te uwzględniając obsługę biurową, księgową, prawną, pracy mechaników podatki od nieruchomości lub wynajem tych nieruchomości (bazy, warsztaty itp.) są niezmiernie trudne do oszacowania, jednak przyjęcie, iż wynoszą one 10 000 zł miesięcznie (2 000 zł na pojazd) jest założeniem bardzo korzystnym. Przy 21 miesięcznym okresie realizacji usługi sięgną więc 210 000 zł.

Wszystkie wykazane wyżej koszty, przy przyjęciu najniższych występujących na rynku wartości i bez uwzględnienia wyższych kosztów utrzymania i spalania większych pojazdów (wszystkie założenia przyjęto dla pojazdów mniejszych) to:

• Koszty pracy -	619 178,89 zł
• Koszty paliwa -	417 657,26 zł
• Koszty ubezpieczenia -	49 962,50 zł
• Koszty leasingu -	247 916,55 zł
• Koszty dojazdu i wynajmu bazy -	57 782,26 zł
• Koszty utrzymania pojazdów -	362 196,00 zł
• Podatek od środków transportu -	12 593,00 zł
• Utrzymanie czystości -	31 000,00 zł
• Koszty kasowników -	24 885,00 zł
• Ubezpieczenie OC -	12 249,99 zł
• Koszty stałego zarządu -	210 000,00 zł
• Koszty opłaty ekologicznej (ok 0.003zł/km) -	2 716,47 zł
Razem:	2 048 137,92 zł netto

Te minimalne koszty są jednocześnie nierealne do zachowania. Kwota zaoferowana przez wykonawcę PKS Grodzisk Mazowiecki w wysokości 1 865 309,40 zł netto jest znacząco poniżej tych minimalnych i nieosiągalnych kosztów. Stawka podana przez PKS Grodzisk Mazowiecki rażąco odbiega od stawki pokrywającej koszty liczone nawet przy nierealnych w praktyce założeniach. Eliminuje tym samym z rynku przedsiębiorców, którzy działają zgodnie z rachunkiem ekonomicznym. Najprostsze zasady kalkulacji przeczą możliwości realizacji usługi za zaproponowaną kwotę.



Odwołujący wskazał ponadto, że gdyby pozostałe koszty (paliwa, utrzymania, sprzątnia) zbliżyć do kosztów racjonalnych i rynkowych kwota PKS Grodzisk Mazowiecki będzie jeszcze bardziej odbiegała od standardów rynkowych.

Dodatkowo, na marginesie, Odwołujący wskazał, że w swoich szacunkach nie uwzględnił rezerwy środków, jaką każdy Wykonawca powinien uwzględnić z uwagi na kary umowne, jakie Zamawiający sformułował w załączniku nr 9 do projektu umowy. Odwołujący jako podmiot świadczący usługi dla ZTM Warszawa ma dostęp do codziennych raportów działu przewozów nadzoru i praktycznie codziennie widnieją tam informacje będące podstawą do naliczania kar. Przyjmujący minimalną rezerwę na poziomie 1% czyli 0,02 zł na 1 km na cały okres umowy daje to łączną kwotę 18 109 zł.

Dodatkowo, Odwołujący jako świadczący usługi na tej trasie ma wiedzę na temat orientacyjnej ilości sprzedawanych na tej trasie biletów tj. ok. 2500 - 3000 miesięcznie. Nie jest to zatem ilość, która uzasadniałaby tak rażąco niską cenę w ofercie PKS Grodzisk Mazowiecki. Założenie minimalnych kosztów powinno iść w parze z założeniem minimalnych przychodów, podobnie jak maksymalne przychody powinny być rozważane łącznie z większymi kosztami.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 90 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Odwołujący podniósł na wstępie, że o ile w ocenie Izby przedstawione dowody i argumentacja z punktu I nie są wystarczające do uznania, iż złożenia oferty przez PKS Grodzisk Mazowiecki stanowi czyn nieuczciwej konkurencji - Odwołujący wnosi o uznanie, iż zamawiający przyjął oferty bez ustalenia czy nie zawierają ceny rażąco niskiej. Okoliczności rynkowe wskazane w pkt I tj. w szczególności koszty eksploatacji i amortyzacji pojazdów, koszty paliw, koszty pracy, koszty ubezpieczeń, koszty podatku, koszty stałego zarządu sprawiają, że ceny zaproponowane przez obu wykonawców nie mogą być uznane za realistyczne.

Zgodnie z orzecznictwem sądów powszechnych *„Przepisy p.z.p. nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, mimo że pojęcie to zostało użyte przez ustawodawcę nie tylko w art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., ale i w art. 90 p.z.p. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i można przyjąć, że cena rażąco niska, to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”* (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08).

Zgodnie z orzecznictwem jest to niezmiernie istotny w ocenach zamawiającego punkt odniesienia. *„Za cenę rażąco niską należy uznać taką cenę, która jest nierealna w odniesieniu do cen rynkowych podobnych zamówień”* (Wyrok KIO z dnia 29 marca 2012 r., sygn. akt KIO 517/12).

*„Obowiązek wszczynania procedury na podstawie art. 90 ust. 1 p.z.p. występuje w każdym przypadku, gdy zamawiający ustali, że zachodzi co najmniej jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności. Próg 30% stanowi jedynie przykładowy, ale jednocześnie maksymalny limit wartości, który może być odpowiednio obniżony przez zamawiającego, w zależności od okoliczności dotyczących przedmiotu zamówienia. Również w sytuacji, gdy cena oferty jest niższa, np. o 10% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, w okolicznościach związanych z konkretnym zamówieniem, zamawiający ma prawo powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę. Zaistnienie wątpliwości po stronie zamawiającego stanowi podstawową okoliczność uruchamiającą procedurę żądania wyjaśnień w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. oznacza dla wykonawcy obowiązek wykazania, że zaproponowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Na wykonawcy ciąży więc obowiązek wskazania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i sposobu w jakich dokonano ich kalkulacji, a więc udowodnienia, że zaproponowana Cena nie jest rażąco niska. W przypadku nieudowodnienia, że cena ustalona z uwzględnieniem okoliczności wymienionych w art. 90 ust. 1 p.z.p., potwierdzonych załączonymi dowodami, nie jest rażąco niska, zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę” ( Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2766/14).*

W końcu należy wskazać, że wobec braku ustawowego zdefiniowania pojęcia „cena rażąco niska”, w orzecznictwie KIO przyjmuje się, że konieczne jest porównanie ceny ofertowej do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia oraz do cen innych ofert złożonych w postępowaniu, do cen rynkowych jak również do średniej cen ofert (Wyroki: KIO/UZP 2604/10 z dnia 16 grudnia 2010 r., KIO/UZP 2338/10 z dnia 10 listopada 2010 r., KIO/UZP 1663/10 z dnia 18 sierpnia 2010 r.). W innym orzeczeniu KIO stwierdza: „Punktami odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: (1) wartość przedmiotu zamówienia, (2) ceny innych ofert złożonych w postępowaniu, również (3) wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych jakimi dysponują członkowie komisji zamawiającego” (Wyrok KIO z dnia 21 września 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1126/09). „Ustalając czy oferta zawiera rażąco niską cenę, w pierwszej kolejności należy porównać wysokość cen zaoferowanych w postępowaniu obrazujących ceny rynkowe” (Wyrok KIO z dnia 20 listopada 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1227/08).

W postępowaniu objętym odwołaniem Odwołujący jak też PKS POLONUS złożyli oferty zbliżone cenowo (2,87 zł i 2,88 zł) - PKS Grodzisk Mazowiecki oferując jedynie 2,22 zł za wozokilometr, co stanowi cenę niższą od pozostałych ofert aż o ok. 21% a także niższą od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert o ok. 15%.

Zgodnie z orzecznictwem KIO, konieczność wszczęcia procedury wyjaśniającej powstaje już wówczas, gdy cena oferty odbiega choćby o 10 % od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20 % od wartości szacunkowej zamówienia (Wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 117/10). Co więcej, „wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustanawia domniemanie prawne zaproponowania ceny *rażąco niskiej*” (wyrok KIO/UZP 2338/10 z dnia 10 listopada 2010 r.).

Zamawiający otrzymał dwie oferty PKS POLONUS oraz Europa Express City sp. z o.o. o zbliżonej cenie (2,87 zł i 2,88 zł), i przewidując cenę 2,84 według założeń własnych oraz odbiegającą cenowo ofertę PKS Grodzisk Mazowiecki (2,22 zł), a także mając na względzie rosnące ceny paliw okoliczność, że usługi na tym samym odcinku do tej pory są świadczone za stawkę ok. 4 zł - zobowiązany był do wszczęcia trybu przewidzianego w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w celu ustalenia czy złożona oferta uwzględniają całość zobowiązań narzuconych przez Zamawiającego, jak również czy wycena poszczególnych elementów została wykonana należycie.

Mając na uwadze przepis art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, określający jakie okoliczności Zamawiający uwzględnia przy ocenie wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (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) oraz fakt, że żadne z tych okoliczności nie znajdują zastosowania dla wykonawcy PKS Grodzisk Mazowiecki Zamawiający zobowiązany był wezwać wykonawcę do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a następnie po jej zbadaniu podjąć decyzję o odrzuceniu oferty, w przypadku potwierdzenia się podejrzeń *rażąco niskiej* ceny, tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp.

Nie stanowi uzasadnienia dla odstąpienia od wezwania do wyjaśnień ceny i odrzucenia oferty PKS Grodzisk Mazowiecki fakt, że różnica między wartością zamówienia, a także średnią cen ofert złożonych, a ceną oferty badanej nie przekracza 30%. Ta wielkość zobowiązuje do wezwania wyjaśnień. Do tego samego zobowiązują jednak także wątpliwości, co do ceny nawet gdy różnica nie osiąga 30%. W odwołaniu w sposób wystarczający wykazano, iż zamawiający winien był powziąć takie wątpliwości. Wystarczająco wykazano także, że cena PKS Grodzisk nie ujmuje wszystkich składników cenotwórczych i nie była kalkulowana starannie. Wskutek obligatoryjnego w tej sytuacji wezwania do wyjaśnień i złożenia dowodów na prawidłowość kalkulacji - wykonawca PKS Grodzisk powinien wykazać iż cena jest ustalona zgodnie z wymaganiami ustawy PZP, gdyż to jego obciąża ciężar dowodu w tym zakresie.

Dodatkowo zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, by cena oferty wykonawcy odbiegająca od pozostałych cen mogła być uznana za realną, do dostępane temu wykonawcy rozwiązania muszą mieć charakter wyjątkowy - właściwy akurat temu wykonawcy, który obniżył cenę względem innych, a niedostępny innym wykonawcom. Ma to szczególnie znaczenie, jeśli zaoferowane przez tych innych wykonawców ceny są do siebie zbliżone tak jak w niniejszej sprawie, co sugeruje, że wykonawcy ci za ten sam przedmiot zamówienia i z uwzględnieniem konieczności konkurencji z innymi wykonawcami, uznają, że dostępne im metody realizacji zamówienia nie pozwalają na obniżenie ceny. Wykonawca PKS Grodzisk poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień takiego uzasadnienia okoliczności szczególnie korzystnych nie przedstawił. Zaniechanie wezwania do wyjaśnień stanowi tym samym działanie prowadzące do utraty celu przepisu polegającego na przyjmowaniu wyłącznie ofert, które proponują w sposób nie budzący wątpliwości ceny, za które możliwe jest uczciwe wykonanie zamówienia.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim Sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika.

W odpowiedzi Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 8 Pzp, Zamawiający wskazał, że aby uznać dany czyn za czyn nieuczciwej konkurencji niezbędne jest kumulatywne spełnienie przesłanek: związku działania podlegającego ocenie z działalnością gospodarczą, sprzeczności czynu z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrożenia tym działaniem interesu innego przedsiębiorcy lub klienta (wyrok SA w Katowicach z dnia 6 czerwca 2007 r., sygn. akt V ACa 253/07). W piśmie Odwołującego nie została wykazana żadna z przytoczonych wyżej przesłanek, wypełniająca znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Ponadto, zgodnie z poglądami doktryny *„naruszenia ustawy nie stanowi każde utrudnianie dostępu do rynku, lecz jedynie takie, które nie wynika z prowadzonej dozwolonymi metodami walki konkurencyjnej”* (Komentarz – Zwalczenie nieuczciwej konkurencji, art. 15 SPP T. 15 red. Kępiński 2014, wyd. 1). Odwołujący nie wykazał, aby taka sytuacja miała miejsce.

Zamawiający zaznaczył, że cena zaoferowana przez Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim Sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim, będąca ceną najniższą z zaproponowanych w przedmiotowym postępowaniu, ale nie będąca jednocześnie ceną rażąco niską w rozumieniu przepisów ustawy Pzp, nie jest wyznacznikiem czynu nieuczciwej konkurencji. Potwierdza to orzecznictwo, zgodnie z którym

*„wskazanie ceny, która nie znajduje potwierdzenia jako rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia – nie stanowi potwierdzenia zarzutu, że złożenie oferty przez przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na działaniu sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażający lub naruszający interes odwołującego, mający na celu eliminację innych wykonawców, w szczególności odwołującego” (wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 586/14).*

Wskazano następnie, że jak stanowią przepisy obowiązującego prawa, aby dany czyn mógł zostać zakwalifikowany, jako czyn nieuczciwej konkurencji, musi być zagrożeniem dla interesu innego przedsiębiorcy lub klienta. Złożona przez potencjalnego wykonawcę oferta, wraz z zaproponowaną ceną, jest zawsze tajna do czasu otwarcia ofert w danym przetargu. Skutkiem tego jest niemożność zapoznania się przez wykonawcę z ofertami innych zainteresowanych danym postępowaniem wykonawców i zaprezentowanymi przez nich cenami. W związku z powyższym, w przedmiotowym postępowaniu, z racji niejawności ofert do czasu ich otwarcia, nie może być mowy o zagrożeniu przez Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim Sp. z o.o. interesu innego wykonawcy i tym samym czynie nieuczciwej konkurencji. Złożenie przez Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim Sp. z o.o. oferty z ceną 2,06 PLN netto za 1 wozokilometr było działaniem wynikającym z istoty konkurencyjnego rynku, zagwarantowanego przez prawo powszechnie obowiązujące, a nie w celu utrudnienia do niego dostępu za pomocą mechanizmów sprzecznym z wolną konkurencją. Takie stanowisko potwierdza orzecznictwo, wskazujące, iż *„trudno jest uznać, w ocenie Izby, że wykonawca konkurujący na rynku zamówień odpowiadających przedmiotowo ocenianemu zamówieniu, ubiegając się o udzielenie zamówienia, nie ma na celu uzyskania zamówienia, a wyłącznie utrudnienie dostępu do rynku innemu wykonawcy. Tym bardziej, że przed otwarciem ofert nie byli znani wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, jak również oferowane przez nich ceny”* (wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 586/14).

Ponadto, należy zauważyć, że zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Oznacza to, iż Odwołujący dla wykazania czynu nieuczciwej konkurencji, powinien kompleksowo uwzględnić wszystkie elementy wpływające na cenę zaoferowaną przez wykonawcę. Jednakże argumentacja przedstawiona przez Odwołującego w zakresie kalkulacji ceny nie jest kompletna. Nie przewiduje bowiem jednej z bardzo istotnych okoliczności (przewidzianej/dopuszczonej w SIWZ), która wpływa na poziom kalkulacji ceny przedmiotowej usługi przewozowej. Odwołujący powinien bowiem uwzględnić w kalkulacji wpływy ze sprzedaży biletów jednorazowych i okresowych, zgodnych z uchwaloną taryfą gminną, kompensujące operatorowi część kosztów stałych związanych z funkcjonowaniem usługi. Każdy z wykonawców wiedząc o możliwości uzyskania wpływów z powyższego

tytułu, kalkulując konkurencyjną ofertę w postępowaniu przetargowym mógł dokonać rozeznania poziomu sprzedaży biletów i bazując na swej wiedzy i doświadczeniu oszacowany poziom wpływów uwzględnić w kalkulacji. Takie działanie, jako element ryzyka biznesowego, było dostępne każdemu z wykonawców i mogło być wykorzystane w warunkach konkurencji.

Zamawiający wskazał następnie, że nieprzeanalizowanie przez Odwołującego wszystkich aspektów wpływających na wysokość ceny zaoferowanej przez Wykonawcę i tym samym nieuwzględnienie ich w przedstawionej kalkulacji, dowodzi, iż nie można uznać, że przedstawiona przez Odwołującego kalkulacja oznacza cenę dumpingową. Dla postawienia zarzutu nieuczciwej konkurencji konieczne jest przeanalizowanie wszystkich aspektów wpływających na wysokość ceny zaoferowanej przez Wykonawcę, czego Odwołujący nie dokonał. W konsekwencji należy przyznać, iż w omawianym aspekcie, Zamawiający zgodnie z prawem dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny Zamawiający argumentował, że przepisy ustawy Pzp skonstruowane zostały dość restrykcyjnie. Obowiązek wyjaśnienia 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 wyjaśnienia 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 oferty Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim jest niższa od:

- wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego o 17,78%
- średniej arytmetycznej ofert złożonych w postępowaniu o 16,44%.

Dla porównania cena oferty Europa Express City Sp. z o.o. jest wyższa od:

- wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego o 6,30 %
- średniej arytmetycznej ofert złożonych w postępowaniu o 8 %

Wskazano, że Zamawiający nie był więc zobligowany z mocy przepisów prawa do podjęcia procedury z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający nie skorzystał też z możliwości podjęcia badania w tym względzie, gdyż Zamawiający nie miał wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia przez Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim za zaoferowaną stawkę.

Zamawiający, dokonując oceny ofert, wziął pod uwagę aktualne ceny z innych rozstrzygniętych przetargów przewozowych, w tym również te, gdzie do obsługi linii lokalnych zgodnie z SIWZ skierowany został identyczny tabor pod względem parametrów eksploatacyjnych - VDL Procity 2007:

- a) przetarg nr 69/2015 (dot. przewozów Kampinos) - stawka w najkorzystniejszej ofercie: 2,09 PLN netto,
- b) przetarg nr 110/2014 (dot. przewozów Raszyn) - stawka w najkorzystniejszej ofercie: 2,07 PLN netto.

Podkreślono, iż w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - w stosunku do wcześniej obowiązujących umów - zostały dokonane korekty tras linii lokalnych na terenie Gminy Konstancin-Jeziorna. W wyniku wyżej wymienionych zmian tras i rozkładów jazdy (zwiększenie liczby kursów wybranych linii), wzrosłyienne przebiegi brygad (tzn. zadań do realizacji dla operatora określonych stosownym rozkładem jazdy). Bazując na dotychczasowym doświadczeniu w zakresie organizacji przetargów na usługi przewozowe, Zamawiający przewidywał spadek stawki za 1 wozokilometr, dlatego też Zamawiający określił taką, a nie inną wartość zamówienia. Zauważono, iż oferta Odwołującego przekroczyła przewidywaną wysokość środków przeznaczonych na realizację przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający podkreślił, że to właśnie Odwołujący zaoferował stawkę 2,07 PLN netto w postępowaniu nr 110/2014. Stawka ta nie została wówczas uznana przez Zamawiającego za cenę rażąco niską. Ponadto, wraz z zaoferowanym przez niego takim taborem, jaki został zadeklarowany w przedmiotowym postępowaniu przez Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim, spowodowała, że oferta Odwołującego została oceniona przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza. W związku z tym, iż usługi przewozowe na podstawie powyższych stawek są realizowane, dlatego nie zachodzi wątpliwość, że cena 1 wozokilometra zaoferowana przez Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim na podobnym poziomie jest rażąca. W myśl orzeczenia Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r. sygn. akt XIX Ga 128/08 powołanego w piśmie Odwołującego: *„(...) można przyjąć, że cena rażąco niska, to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”*. Ze wskazanej powyżej argumentacji jednoznacznie wynika, że cena zaoferowana przez Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim jest zarówno realistyczna, jak i wiarygodna.

Ponadto, w myśl przytoczonego wyżej orzecznictwa, to, czy dana cena wypełnia znamiona ceny rażąco niskiej, należy ocenić poprzez rozeznanie cen rynku. Analiza realiów rynkowych powinna odbyć się w sposób kompleksowy, uwzględniający wszystkie elementy, które składają się na wysokość ceny. Jak zostało wskazane przez Odwołującego, pewne koszty przedstawione w kalkulacji Odwołującego, zostały ustalone jedynie na podstawie własnego doświadczenia, zatem jest to ocena czysto subiektywna. Dowody przedstawione przez Odwołującego, zawierają stawki, które Odwołujący przyjął do kalkulacji. Jednakże

należy zaznaczyć, iż fakt, że Odwołujący płaci takie ceny za powyższe usługi, w żaden sposób nie dowodzi, że takie koszty ponoszą także inni Wykonawcy, czy w szczególności Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim. Każdy z Wykonawców może mieć wynegocjowane dla siebie indywidualnie stawki usług i indywidualnie ustalane polisy ubezpieczeń komunikacyjnych lub korzystać z wykonywanej pracy w ramach swojego personelu. Wnioskowanie na podstawie jednostkowego, własnego kosztu poziomu cen innego Wykonawcy jest niezasadne, z zasady pozbawione obiektywizmu i nie może skutecznie dowodzić słuszności podnoszonych zarzutów. Ponadto Odwołujący uwzględnił w kalkulacji koszty stałego zarządu, które różnią się w zależności od danego przedsiębiorstwa i są dzielone na całą firmę, zatem do danego kontekstu należy kalkulować jedynie jakiś określony procent tychże kosztów. Jak wskazał Odwołujący, koszty te są niezmiernie trudne do oszacowania, dlatego nie mogą być w sposób kompleksowy uwzględniane przy badaniu rażąco niskiej ceny. Koszty obsługi biurowej, księgowej, prawnej, czy też koszty związane z uiszczaniem podatku od nieruchomości i wynajem tych nieruchomości ponoszone są przez każdego przedsiębiorcę w związku z prowadzeniem całej działalności, świadczeniem wielu usług, a nie wyłącznie jednej usługi związanej z wygraniem danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jak zostało wskazane powyżej, kalkulacja cen powinna być oparta o analizę rynku, a nie własnych doświadczeń.

Ponadto, jak zostało zaznaczone wcześniej w zestawieniu kosztów stałych, podczas kalkulacji cen Odwołujący nie uwzględnił wszystkich aspektów wpływających na cenę zaoferowaną przez Wykonawcę, pomijając rozważanie wpływów ze sprzedaży biletów jednorazowych i okresowych, zgodnych z uchwaloną taryfą gminną, kompensujących operatorowi część kosztów stałych związanych z funkcjonowaniem usługi. Wraz z poprawą oferty przewozowej (zwiększenie liczby kursów wybranych linii), przewidujemy wzrost sprzedaży biletów, które emitować będzie operator, co niewątpliwie wpłynie na bilans ogólny kosztów wykonawcy. Argument ten jest kolejnym dowodem na to, że nie można zgodzić się z zarzutem, iż przedstawiona przez Odwołującego kalkulacja dowodzi rażąco niskiej ceny.

W piśmie procesowym Przystępujący, w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, podniósł, że w swojej argumentacji Odwołujący podkreśla wyłącznie zarzuty dotyczące rzekomo rażąco niskiej ceny oferty Uczestnika. Takie naruszenie jest stypizowane w art. 89 ust. 1 pkt 4) PZP. Zgodnie z orzecznictwem cena rażąco niska to nie to samo, co cena dumpingowa. W kontekście art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji sprzedaż poniżej kosztów świadczenia usługi następuje, gdy nastąpiła poniżej kosztów własnych, jednak sama sprzedaż nie wystarcza do zakwalifikowania danego zachowania jako czynu nieuczciwej konkurencji, konieczne jest jeszcze wykazanie, iż do



transakcji doszło w celu eliminacji innych przedsiębiorców (np. KIO 867/11). Odwołujący w żaden sposób nie próbuje dowodzić, jak miałyby wyglądać eliminacja innych przedsiębiorców w przedmiotowym przypadku.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny Przystępujący argumentował, że przepis art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych ustanawia obowiązek zamawiającego zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jeżeli cena oferty, w opinii zamawiającego, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Ustawodawca wskazuje jednak przesłanki, które stanowią o konieczności zwrócenia się do Wykonawcy o przedstawienie wyjaśnień co do ceny zaproponowanej oferty. Musi to nastąpić w sytuacji, gdy Wystąpienie przez zamawiającego z wezwaniem do udzielenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, powinno nastąpić gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub 30% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W analizowanej sytuacji cena oferty Uczestnika odbiega od:

- 1) Wartości zamówienia - 21,43 % (wartość zamówienia przedstawiona przez Zamawiającego wyniosła 2 567 079 zł brutto podczas, gdy wartość oferty Uczestnika łącznie zgodnie z wyliczeniami Odwołującego wyniosła 2 014 534,15 zł)
- 2) Średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert - 22,78 % (średnia arytmetyczna 2,875 zł za wozokilometr brutto, cena Uczestnika - 2,22 zł za wozokilometr brutto)

Z powyższego wynika, że Zamawiający nie miał obowiązku wzywać Uczestnika do przedstawiania wyjaśnień co do zaproponowanej ceny.

Powyższe potwierdza orzecznictwo KIO. Tak np. wyrok z dnia 23 września 2014 r. sygn. KIO 1883/14: *„Jako wskazówki interpretacyjne stosowania przepisów dotyczących ustalania podstaw rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy, mogą służyć zmiany ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 sierpnia 2014 r. w którym to akcie ustawodawca zmienił także art. 90 ust. 1 ustawy i nadał mu treść: "Art. 90 ust. 1. Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, a 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." Przepisy te zostały wprowadzone ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień*

*publicznych (Dz. U. poz. 1232) i wchodzi w życie 19 października 2014 r.[...] Z definicji ustawowej, zamawiający nie miał, więc podstaw do wszczęcia procedury wyjaśniania przez wykonawcę L. Sp. z o.o. elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Irrelevantne pozostawało, że odwołujący przy kalkulowaniu ceny własnej oferty przyjął odmienne od wybranego wykonawcy założenia kalkulacyjne, w tym, co do marży zysku, kosztów pracy, czy utrzymania pojazdów."*

Nadto należy zauważyć, że w przedmiotowym postępowaniu to na Odwołującym spoczywa ciężar dowodu. Tak np. wyrok KIO z dnia 19 maja 2015 r. sygn.: KIO 921/15 „Zadaniem wykonawcy, któremu cena innego wykonawcy wydała się rażąco niska, jest w pierwszej kolejności przekonanie zamawiającego o konieczności zbadania takiej ceny co do jej rażąco niskiego charakteru".

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający posiada odpowiednie doświadczenie pozwalające mu ocenić, czy przedstawiona przez Uczestnika cena jest prawidłowo skalkulowana i czy w związku z tym Uczestnik jest w stanie wykonać zamówienie za przedstawioną stawkę. Dalej w tym samym wyroku czytamy: *"To perspektywa zamawiającego - jako podmiotu posiadającego precyzyjne informacje co do specyfiki przedmiotu zamówienia oraz oferowanych przez wykonawców cen - jest kluczowa dla oceny tego, czy pojawiło się domniemanie wystąpienia rażąco niskiej ceny. które to dopiero wówczas musiałoby zostać obalone przez wykonawcę składającego daną ofertę. Odwołanie się do perspektywy zamawiającego jest o tyle uzasadnione, że z jednej strony procedura przewidziana w art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. ma w sposób bezpośredni chronić jego interesy i eliminować niewiarygodnych wykonawców zagrażających realizacji planowanych przez Zamawiającego przedsięwzięć, z drugiej zaś charakteryzuje się obiektywnością, o której trudno mówić w przypadku perspektywy konkurujących ze sobą wykonawców".*

Odwołujący starając się porównać cenę swojej oferty do ceny oferty Uczestnika nie udowodnił, by cena Uczestnika była rażąco niska, a jedynie wskazuje dlaczego według niego ta cena odbiega od ceny oferty Odwołującego.

W zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny Przystępujący podniósł w pierwszej kolejności, że żądanie nakazania odrzucenia oferty Uczestnika jest przedwczesne, gdyż dopiero w wyniku stwierdzenia naruszenia art. 90 ust. 1 PZP Zamawiający miałby obowiązek dokonać wezwania do wyjaśnienia ceny przez Uczestnika, a dopiero w przypadku gdyby dowody przez niego dostarczone nie były wystarczające, mógłby dokonać czynności odrzucenia oferty Uczestnika.

Odwołujący nie wykazał, że Uczestnik nie będzie w stanie za kwotę podaną w ofercie wykonać przedmiotowego zamówienia, a gołosłowne twierdzenia o cenie rażąco niskiej, ponieważ odbiegającej od ceny zaoferowanej przez Odwołującego czy innych Wykonawców, nie są wystarczające dla stwierdzenia, że cena jest rażąco niska. Szczególnie w sytuacji

kiedy Odwołujący oraz drugi z wykonawców współpracują ze sobą. Z załączonej do odwołania faktury na mycie pojazdu wynika, że tę usługę na rzecz Odwołującego wykonuje drugi z Wykonawców biorących udział w przedmiotowym przetargu tj. Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Polonus w Warszawie S.A. Powyższe może sugerować zbieżny sposób kalkulacji oferty przez oba te podmioty. Stąd ceny ofert Odwołującego oraz Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Polonus w Warszawie S.A. mogły być zbliżone, natomiast cena Uczestnika odbiegała od ceny zaproponowanej przez pozostałych wykonawców. Określenie wysokości poszczególnych składników cenowych składających się na cenę ryczałtową oferty jest suwerennym prawem każdego podmiotu konstruującego ofertę – czyli wykonawcy. Powyższa zasada znajduje potwierdzenie w doktrynie PZP oraz orzecznictwie KIO. Poszczególne elementy kosztowe wykonawca skalkulował zgodnie z własną strategią gospodarczą będąc do tego uprawnionym na gruncie PZP i przedmiotowej SIWZ – własna strategia gospodarcza (podobnie każdy inny wykonawca mógł tak postąpić na podstawie zapisów przedmiotowej SIWZ). Wysokość nakładów jakie poczyni wykonawca na w/w czynności są niczym innym jak strategią gospodarczą wykonawcy - zamawiający w przedmiotowej SIWZ nie zapisał żadnych wytycznych co do wzajemnej proporcji cen za w/w czynności.

Przystępujący odwołał się do orzecznictwa - *„Dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu”* - wyrok SO w Katowicach z 21.06.2010r., sygn. akt XIX Ga 175/10

Przystępujący przedstawił następnie wyjaśnienia w odniesieniu do kalkulacji przedstawionej przez Odwołującego. Odwołujący skalkulował minimalne koszty oferty na poziomie 2 048 137, 92 zł netto czyli 2 211 988, 95 zł brutto.

Jednym z istotniejszych, ale całkowicie chybionych argumentów Odwołującego jest fakt, że z oferty Uczestnika wynika, że wszystkie autobusy są w Leasingu. Odwołujący przedstawiając swoje wyliczenia podnosi koszty leasingu 5 autobusów łącznie na kwotę 247 916,55 zł (netto). Uczestnik w celu spełnienia wymogów SIWZ wskazał posiadanie 5 sztuk autobusów VDL Procity. Wskazał również, że autobusy te pozostają w Leasingu na dzień składania oferty.

Przystępujący zaznaczył, że autobusy te zamortyzowane zostały już w poprzednich kontraktach przewozowych. Zgodnie z załączonymi dwoma dokumentami z Millenium Leasing w dniu 04 kwietnia 2016 został wpłacony przez Uczestnika wykup za trzy autobusy VDL Procity na kwotę 51 579,83zł brutto (41 934,82 zł netto) a w dniu 05 maja 2016 r. nastąpi wykup czwartego autobusu VDL Procity na kwotę 17 315,61 zł brutto (14077,73zł netto). Wykup piątego autobusu VDL Procity nastąpił w dniu 31 marca 2016r. na kwotę 14

011,20 zł netto. Daje to razem netto : 41 934,82zł + 14 077,73 zł + 14 011,20zł = 70 023,75 zł netto.

Obecne przepisy dopuszczają amortyzację autobusów używanych przez okres 30 miesięcy. Koszt amortyzacji w okresie trwania kontraktu wyniesie zgodnie z poniższym wyliczeniem: (70 023,75zł netto/30 miesięcy) X 21 miesięcy (długość kontraktu) = 49 016,62 zł netto. Już sama ta pozycja kosztowa powoduje, że koszty finansowe autobusów dla przedmiotowego postępowania zostały przez Odwołującego zawyżone o 198 899,93 zł netto.

Kolejnym argumentem Odwołującego, z którym nie sposób się zgodzić jest konieczność uwzględnienia polisy ubezpieczenia AC w kalkulacji kosztów. W związku z zakończeniem leasingu Uczestnik nie ma obowiązku ubezpieczania pojazdów w zakresie AC. W związku z powyższym wg wyliczenia Odwołującego takie wyliczenie można obniżyć o  $(2998zł \times 5 \text{ szt autobusów}) / 12 \times 21 \text{ miesięcy} = 26232,50zł \text{ netto}$ . Zmniejszenie kosztów w stosunku do wyliczeń Odwołującego wynosi w tym zakresie = 26232,50zł

Kolejnym z argumentów jest wyliczenie kosztów zarządu dla poszczególnych autobusów. Wg Odwołującego powinny one wynosić 2000 zł miesięcznie na pojazd. Zgodnie ze sprawozdaniem finansowym za 2015 r. Uczestnika (wyciąg z rachunku zysków i strat) zbadanym przez biegłego rewidenta roczne koszty zarządu Uczestnika wyniosły 6 613 766,78 zł. Uczestnik dysponuje 340 autobusami. W przeliczeniu na 1 pojazd miesięcznie koszty zarządu wynoszą 1621,02 zł. W przypadku kosztów zarządu mamy do czynienia także z zawyżeniem przez Odwołującego kosztów zgodnie z poniższym wyliczeniem: 2000 zł- 1621 zł = 379zł (zmniejszenie kosztów w skali 1 miesiąca dla 1 autobusu) 379zł x 5 autobusów x 21 miesięcy = 39795zł (netto)

Przystępujący podniósł następnie, że Odwołujący konstruując inne argumenty odwołania w powyższym zakresie postępował mocno tendencyjnie czasami wręcz zafałszowując stan faktyczny i prawny. Odwołujący wskazał stawkę podatku od środków transportowych na maksymalnej wysokości. Jest to stawka, która praktycznie nie występuje, o czym Odwołujący doskonale wie. Np. w Warszawie powyższa stawka wynosi 959 zł, czyli 480,20 zł mniej niż przedstawił to Odwołujący. Powoduje to kolejne zawyżenie kosztów przez Odwołującego o łącznie co najmniej 4201, 75 zł. Stawki w okolicznych gminach są jeszcze niższe.

Koszty najmu bazy Odwołujący wskazał na poziomie 400 zł za pojazd miesięcznie. Co miałyby dać łącznie kwotę 42 000 zł w okresie trwania kontraktu. Uczestnik przy kalkulacji oferty uwzględnił kwotę 300 zł netto (po przeprowadzonym rozeznaniu cenowym, w załączeniu faktury) i odnosi ją wyłącznie do 4 pojazdów, gdyż 5 pojazd jest pojazdem rezerwowym i może stacjonować w bazie Uczestnika. Daje to kolejne zawyżenie kosztów przez Odwołującego w stosunku do kosztów realnych o 16 800 zł.

Odwołujący wskazuje szacunkowe wpływy z biletów w wysokości 2500-3000 zł miesięcznie. Uczestnik na podstawie swojego doświadczenia z obsługi aglomeracji warszawskiej do kalkulacji kosztowej założył kwotę 3000 zł miesięcznie.

Odnosząc się tylko do powyższych kalkulacji można wskazać, że: Koszty wyliczone według Odwołującego 2 048 137,92 zł netto powinny zostać pomniejszone o: 1) Koszty leasingu 198 899,93 zł, 2) Koszty ubezpieczenia AC - 26232,50 zł, 3) Koszty zarządu - 3 979 5 zł, 4) Koszty podatku od środków transportowych - 4201, 75 zł, 5) Koszty bazy-16 800 zł łącznie: 285 929,18 zł.

Odejmując to od kwoty założonej przez Odwołującego daje to kwotę: 1 762 208 zł, a więc o ponad 100 000 zł niższą od oferty przedstawionej przez Uczestnika. Zatem zysk bez biletów wyniósłby: 103 101,40 zł Należy również uwzględnić wpływy z biletów: 3000 zł \* 21 miesięcy: 63 000 zł. łącznie zysk wyniósłby: 166 101, 40 zł

Jednocześnie należy pamiętać, iż różnice w cenach oferowanych przez wykonawców są normalnym następstwem występowania konkurencji w danej branży. *„Dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu”* - wyrok SO w Katowicach z 21.06.2010r., sygn. akt XIX Ga 175/10.

Przystępujący podniósł następnie, że posiada korzystne umowy z dostawcami paliw, producentami - korzysta z atrakcyjnych upustów. Uczestnik posiada wdrożone nowoczesne i ekonomiczne procedury wykonywania usług przewozu oraz wykwalifikowaną kadrę zarządzającą.

Na rozprawie strony i uczestnik podtrzymali swoje stanowiska.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Rozpoznając odwołanie Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Przy rozstrzygnięciu sprawy Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, jak również z art. 192 ust. 7 Pzp w myśl, którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

**Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania, Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.**

Przedmiot zamówienia obejmuje świadczenie w okresie 1 kwietnia 2016 r. do 31 grudnia 2017 r. z możliwością ewentualnego udzielenia zamówienia uzupełniającego usługi przewozu regularnego wykonywanej w ramach lokalnego transportu zbiorowego na linii autobusowej funkcjonującej w ramach systemu komunikacji miejskiej łączącego obszar Gminy Konstancin-Jeziorna z Warszawą w ilości 905 490 wozokilometrów, zwanych „wozkm”, przy wykorzystaniu autobusów spełniających warunki określonego w punkcie VII SIWZ.

W specyfikacji Zamawiający szczegółowo określił trasy, na których będą świadczone usługi stanowiące przedmiot zamówienia oraz założenia do rozkładów jazdy, przebieg trasy i wykaz przystanków (załącznik nr 1 do SIWZ).

W pkt VI SIWZ Zamawiający wskazał, że przejazdy na liniach odbywać się mogą również (poza biletami wymienionymi w ust. 2) na podstawie biletów emitowanych przez wykonawców na zasadach i według cen określonych przez Gminę Konstancin-Jeziorna na podstawie obowiązujących przepisów w wysokości:

- bilet jednorazowy normalny w cenie nie wyższej niż 3,6 zł,
- bilet jednorazowy ulgowy w cenie nie wyższej niż 1,8 zł,
- bilet miesięczny normalny w cenie nie wyższej niż 90 zł,
- bilet miesięczny ulgowy w cenie nie wyższej niż 45 zł,
- przewóz bagażu i zwierząt nie podlega opłacie.

W Opisie technicznym autobusów (pkt VII SIWZ) Zamawiający zastrzegł, że usługi przewozowe muszą być wykonywane autobusami dopuszczonymi do ruchu zgodnie z prawem polskim oraz spełniającymi następujące warunki:

a) rok produkcji – 2007 lub późniejszy,

b) pojemność:

linie: L14, L15, L16 i L21: możliwość przewozu co najmniej 20 pasażerów (w tym 20 pasażerów na miejscach siedzących, drzwi otwierane w cyklu automatycznym Autobus I klasy, niskopodłogowy lub z częściowo obniżoną podłogą, przystosowane do przewozu wózków inwalidzkich napędzane silnikami wysokoprężnymi, spełniającymi normy ekologiczne, co najmniej EURO IV,

c) podłoga gładka, z materiału antypoślizgowego,

d) wentylacja naturalna – poprzez przesuwane/uchylne okna boczne lub poprzez uchylne wywietrzniki dachowe. W przypadku wyposażenia pojazdów w klimatyzację,

wyposażenie ich w okna przesuwne/uchylne oraz w wywietrzniki dachowe nie jest obligatoryjne.

W Kryteriach oceny ofert (pkt XV SIWZ) Zamawiający przewidział następujące kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej:

1. Cena 1 (jednego) wozokilometra z wagą 90%,
2. Rok produkcji autobusów zgłoszonych w wykazie narzędzi usług do SIWZ z wagą 10%.

Zgodnie z wzorem formularza ofertowego (załącznik nr 2 do SIWZ) wykonawca zobowiązany był do podania parametrów technicznych autobusów (marka, typ, rok produkcji) oraz stawki 1 (jednego) wozokilometra (netto, vat, brutto).

W postępowaniu złożone zostały oferty 3 wykonawców:

1. Odwołującego z cenę brutto jednego wzkm – 2,87 PLN,
2. Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej „POLONUS” S.A. z siedzibą w Warszawie z cenę brutto jednego wzkm – 2,88 PLN,
3. Przystępującego z ceną brutto jednego wzkm – 2,22 PLN.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć 2.567.079,00 zł brutto.

Szacunkowa wartość zamówienia została ustalona na kwotę 3.565.387,50 PLN netto, w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających została ustalona na kwotę 1.188.462,50 PLN netto (Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego).

Pismem z dnia 17 marca 2016 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty Przystępującego. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji.

Oceniając zarzuty odwołania Izba uznała, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia żadnego z przepisów podniesionych przez Odwołującego. Kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy miały przy tym zarzuty referujące na zaoferowania rażąco niskiej ceny oraz zaniechania wezwania Przystępującego do wyjaśnienia elementów ceny.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na rozkład ciężaru dowodowego w przedmiotowej sprawie. Odwołujący wyspecyfikował w odwołaniu pewien katalog kosztów koniecznych do poniesienia, jak również podał minimalny poziom tych kosztów, zastrzegając jednocześnie, że nie jest to katalog zamknięty, jak również, że podane minimalne koszty są w zasadzie nierealne do zachowania. Odwołujący wskazując na określone koszty i ich minimalny poziom przyjął następnie taką optykę i taktykę, że to w istocie Przystępujący miał udowodniać zarówno cenę ogólną, jak i każdy poszczególny koszt, który zdaniem

Odwołującego został zaniżony – a więc, że to Przystępujący miał obalać poszczególne tezy odwołania i udowodnić, że wyspecyfikowane przez Odwołującego koszty może ponosić na innym, niższym poziomie, bądź, że nie musi ich ponosić wcale. Rozstrzygając sprawę Izba musiała wziąć natomiast pod uwagę, że to na Odwołującym spoczywał w głównej mierze ciężar dowodowy, w tym obowiązek udowodnienia twierdzeń odwołania. Odwołujący nie sprostował temu obowiązkowi i nie przedstawił Izbie ani rzeczowych podstaw, ani wiarygodnych i mocnych dowodów.

Należy wskazać, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie stosował procedury wyjaśniającej z art. 90 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami 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 późn. zm.);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Przystępujący zasadnie wskazał, że pierwszą i podstawową okolicznością spoczywającą na Odwołującym było wykazanie, że w sprawie można faktycznie mówić o istnieniu wątpliwości, co do realności ceny oferty Przystępującego – musiało się to odnosić dodatkowo do wykazania, że cena oferty „wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia” oraz, że powinno to zbudzić „wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów”, gdyż bezspornie przesłanka w postaci różnicy 30%, o której mowa w art. 90 ust. 1 Pzp nie zaistniała w tej sprawie.

Należy wskazać w tym miejscu na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 166/15, gdzie Izba wyraziła następujące stanowisko: *„W przepisie art. 90 ust. 1 p.z.p. ustawodawca wskazał jedynie taksatywnie, kiedy zamawiający powinien zwrócić się o wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę. W takiej sytuacji, przedmiotem sporu w postępowaniu odwoławczym może być to jedynie, czy istnieją wątpliwości co do rzetelności ceny oferty, a ciężar dowodu co do okoliczności wskazujących, że zamawiający powinien dokonać czynności wezwania do wyjaśnień spoczywa na*



*wykonawcy, który dokonania tej czynności się domaga. Zastosowanie znajdzie bowiem nie regulacja szczególna art. 190 ust. 1a p.z.p., lecz klasyczna zasada rozkładu ciężaru dowodu wskazana w art. 190 ust. 1 p.z.p. w ślad za art. 6 k.c.”*

Stawianie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, gdy nie miało w ogóle miejsce wezwanie z art. 90 ust. 1 Pzp, może zostać uznane za przedwczesne. Odwołujący postawił jednak zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp (w uzasadnieniu odwołania głównie argumentowano właśnie na rzecz wykazania, że cena oferty jest rażąco niska), jak również postawił zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp. W odniesieniu do obu z tych norm prawnych to na Odwołującym, w realiach tej sprawy, spoczywał główny ciężar dowodowy.

W wyroku z dnia 3 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 561/15, Izba wskazała m.in., że: *„Art. 190 p.z.p. w kolejnym ust. 1a p.z.p. wprowadza w odniesieniu do rażąco niskiej ceny oferty szczególny rozkład ciężaru dowodu, co nie zmienia reguły, że wpieryw muszą zaistnieć w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. Przy czym nie może się to sprowadzać do samego twierdzenia, że cena oferty jest rażąco niska, czy też twierdzenia, że ocena wyjaśnień powinna prowadzić do takiej oceny, gdyż należy skonkretyzować okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie takiego wniosku”*.

W niniejszej sprawie Izbie nie przedstawiono ani przekonujących argumentów, ani dowodów, które nakazywałyby uznanie zaistnienia „faktów”, z których Odwołujący wywodził wniosek o rażącym zaniżeniu ceny. W istocie argumentacja odwołania ograniczyła się do postawienia samych twierdzeń, że dany koszt winien być kalkulowany minimalnie na poziomie przyjętym przez Odwołującego.

Podstawy wyliczeń Odwołującego należało przy tym ocenić, jako ogólnikowe i hipotetyczne bądź niewiarygodne – przykładowo:

W zakresie kosztów paliwa - gdzie ogólnie odwołano się do ceny hurtowej podawanej na stronie internetowej [www.orlden.pl](http://www.orlden.pl), [www.lotus.pl](http://www.lotus.pl), bez wykazania np. braku możliwości uzyskania niższych cen, chociażby z uwagi na posiadane wypracowane relacje handlowe, czy w ramach indywidualnych negocjacji, jak również odwołano się do nieweryfikowalnego założenia, co do prognoz długoterminowych, bez sprecyzowania np. jakiego okresu prognozy te mają dotyczyć i jaki jest poziom wiarygodności tych prognoz. Przystępujący podnosił przy tym, że *„W listopadzie 2014 roku, gdy rozstrzygano przetarg w Raszynie paliwo w hurcie kosztowało 3,48 zł, a teraz kosztuje 3,02 zł do tego doszła deflacja na poziomie ok 2 %”* (vide: protokół z rozprawy). Twierdzenia te można skutecznie przeciwstawić twierdzeniom Odwołującego, a spór – nie tylko w zakresie kosztów paliwa – Odwołujący sprowadził w istocie do „słowa przeciwko słowu”, co nie czyni zadość wymogom wynikającym z rozkładu ciężaru dowodowego, jak i kontrydiktoryjnego charakteru sprawy odwoławczej.

W zakresie kosztów ubezpieczenia rocznego - gdzie przywołane stawki mogą stanowić jedynie przykład stawek dostępnych Odwołującemu, co nie może oznaczać, że jest to poziom minimalny, a Przystępujący nie ma możliwości uzyskania korzystniejszych warunków ubezpieczenia. W dodatku wyliczenie oparto na własnym założeniu Odwołującego o konieczności poniesienia kosztów z tytułu ubezpieczenia AC, gdzie Załącznik nr 8 do SIWZ nie wprowadzał wymogu wykupu ubezpieczenia AC, a jedynie „ubezpieczenia autobusów zgodnie z wymogami wynikającymi z przepisów obowiązującego prawa”.

W zakresie kosztów utrzymania pojazdów – gdzie Odwołujący sam wskazał, że bazuje jedynie na własnym doświadczeniu, jak również ograniczył się do twierdzenia, że większość producentów podaje koszty utrzymania pojazdu przeliczone na 1 km przebiegu, jako wartość zbliżoną do ok. 0,60 zł/km, co w żaden sposób – niezależnie od ogólnikowości tych twierdzeń – nie mogło stanowić przesądzającego argumentu, który jednoznacznie potwierdzałby fakt, że koszty utrzymania pojazdów po stronie Przystępującego nie mogą być niższe.

W zakresie kosztów utrzymania czystości, ubezpieczenia operatora w zakresie OC, kosztów najmu kasowników i sterowników, kosztów wynajmu bazy – gdzie Odwołujący także odwoływał się jedynie do własnego doświadczenia i ograniczył się do podania stawek w oparciu o pewne teoretyczne założenia, co nie mogło być przyjęte przez Izbę za wystarczające dla wyprowadzenia wniosku, że koszty te nie mogą faktycznie być kalkulowane przez innego wykonawcę na innym poziomie niż deklarowany przez Odwołującego.

W zakresie kosztów zarządu, kosztów bazy – gdzie Odwołujący zrezygnował w zasadzie z prowadzenia sporu (vide protokół rozprawy: „3) koszty zarządu–odwołujący nie polemizuje z przystępującym, ale podkreśla, że nie ma ze strony przystępującego żadnego dowodu na podane koszty. 4) koszty bazy–też nie ma dowodów ze strony przystępującego”.

W zakresie kosztów leasingu – gdzie wyliczenia Odwołującego abstrahują w istocie od sytuacji Przystępującego, wynikającej m.in. z faktu wykupu pojazdów.

W zakresie kar umownych – gdzie twierdzenia Odwołującego pozostawały nie tylko ogólnikowe, teoretyczne, ale także cechowały się zmiennością. W uzasadnieniu odwołania wskazywano na minimalną rezerwę „na poziomie 1%, czyli 0,02 na 1 km na cały okres umowy daje to łączną kwotę 18 109 zł”, zaś na rozprawie argumentowano, że kary umowne to realne ryzyko wykonawcy, który z tego tytułu winien orientacyjnie „uwzględnić kwotę ok. 180 000 zł” (vide: protokół z rozprawy).

W zakresie kosztów związanych z podatkiem od środków transportu – gdzie Odwołujący wskazał na stawki maksymalne, które nie obciążają Przystępującego. W piśmie procesowym i na rozprawie Przystępujący wskazał, że stawka maksymalna praktycznie nie występuje, jak również odwołał się do uchwały Rady Gminy Baranów, wskazując, że „w

*gminie tej podatek od środków transportu dla dużych autobusów wynosi 480 zł, a odwołujący podaje kwotę 1400 zł” (vide: protokół z rozprawy). Odwołujący w żaden sposób nie obalił argumentów Przystępującego. Uchwała, do której referował Przystępujący jest przy tym aktem powszechnie dostępnym, nie był konieczny odrębny dowód na okoliczność stawek przyjętych w tej uchwale (a są to stawki odmienne od podawanych przez Odwołującego), gdyż okoliczności te mogły zostać uznane za notoria urzędowe.*

W zakresie kosztów pracy Odwołujący przedstawił wyliczenie, z odwołaniem się do minimalnego poziomu wynagrodzenia, co jednak samo w sobie nie stanowiło ani argumentu, ani dowodu, który pozwalałby na uznanie, że Przystępujący kalkulował koszty pracy poniżej kosztów minimalnych. Tego rodzaju wyliczenie i twierdzenie mogłoby się ostać jedynie w sytuacji, gdyby wszystkie inne założenia i wyliczenia Odwołującego okazały się zasadne i wiarygodne, co w tej sprawie nie miało miejsca (niezależnie od tego, że Odwołujący wycofał się ze sporu, co do części pozycji).

Wprowadzenie przepisu art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp, zgodnie z którym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego – jak wskazano już wcześniej – nie zwalnia strony odwołującej z obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą swoich zarzutów, zwłaszcza w sytuacji, gdy tak jak w sprawie niniejszej Zamawiający nie miał wątpliwości, co do realności ceny Przystępującego i nie stosował nawet trybu wyjaśniającego z art. 90 ust. 1 Pzp. Przyjęcie innego spojrzenia prowadziłoby do sytuacji, gdy strona odwołująca mogłaby poprzestać przykładowo na jednym ogólnym twierdzeniu, że cena konkurenta jest rażąco niska (uczestnik postępowania miałby zaś udowodniać każdy element ceny, jak i cenę ogólną). Nadal funkcjonuje przepis art. 180 ust. 3 Pzp, stanowiący o tym, że odwołanie powinno wskazywać m.in. okoliczności i prawne uzasadniające wniesienie odwołania; obowiązuje także przepis § 4 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U.2014.964 j.t.), stanowiący o tym, że odwołanie zawiera *„wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”*, jak również obowiązuje przepis art. 190 ust. 1 zd. pierwsze Pzp, zgodnie z którym *„strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne”*. W sytuacji, gdy to Odwołujący twierdzi o zaistnieniu wątpliwości, co do ceny oferty konkurenta, gdy twierdzi także, że cena oferty konkurenta jest rażąco niska (nawet bez zbadania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp) i domaga się wykonania czynności, które wywodzi z powyższych twierdzeń – to Odwołujący jest stroną obowiązaną do udowodnienia swoich racji, zgodnie z klasycznym rozkładem ciężaru dowodowego.

W niniejszej sprawie Odwołujący przedstawił zaś jedynie pewne własne wyliczenia i założenia, których trafności, zasadności, czy adekwatności do sytuacji Przystępującego, nie obronił nawet przed samymi argumentami strony przeciwnej, jak również przed dowodami złożonymi przez Przystępującego. Rozstrzygając sprawę zgodnie z twierdzeniami i żądaniami Odwołującego Izba miałaby w istocie oprzeć się na pewnej projekcji kosztów, przyjętej przez Odwołującego, w dodatku na projekcji podważonej skutecznie przez Zamawiającego i Przystępującego.

Niezależnie od tego Odwołujący winien przedstawić Izbie rzeczowe dowody, które uzasadniałyby m.in. tezę wyjściową odwołania, mianowicie, że faktycznie podawane w odwołaniu kwoty są kwotami, poniżej których nie sposób zejść przy kalkulacji oferty, czego Odwołujący nie uczynił. Wydruki artykułów dotyczących kar umownych zapłaconych przez kilku przewoźników przy realizacji innych kontraktów (w dodatku odnoszących się do terenu aglomeracji warszawskiej, gdzie i Zamawiający i Przystępujący podnosili, że „system karania na tak zwanych L-kach (wyjazdy po za Warszawę) jest inny i kary są zdecydowanie niższe niż na terenie Warszawy” – vide: protokół z rozprawy), czy wydruki z artykułów prezentujących relację ich autorów z pewnych zdarzeń związanych z wykonywaniem usług przewozu, nie mogły zostać uznane za istotny i wiarygodny materiał dowodowy, który potwierdzałby zasadność twierdzeń i tez Odwołującego. W sposób tożsamy należało ocenić pozostałe dowody Odwołującego. Zamawiający trafnie wskazał, że złożone dokumenty mogły dowodzić jedynie okoliczności dotyczącej kosztów ponoszonych przez Odwołującego, co w żadnej mierze nie mogło być utożsamiane z wnioskiem, że inny wykonawca musi mieć identyczny minimalny poziom kosztów, w tym nie dysponuje możliwością uzyskania korzystniejszych cen. Z drugiej strony Przystępujący przedstawił rzeczowe dowody, podważające zasadność przyjęcia przez Odwołującego, do swojej kalkulacji, określonego poziomu kosztów, w tym dowody odnoszące się do kosztów zarządu (złożony wyciąg z rachunków zysków i strat za 2015 r., gdzie widnieje pozycja „E. Koszty ogólnego zarządu – 6.613.766,78 zł, a Przystępujący dodatkowo argumentował na okoliczność uzyskiwania zysków z dzierżawy terenów), kosztów najmu bazy (złożone na rozprawie faktury), jak również kosztów poniesionych z tytułu wykupu leasingowanych pojazdów (złożone na rozprawie pisma z Millennium leasing). W niniejszej sprawie Odwołujący nie tylko nie sprostął więc ciężarowi dowodowemu, ale także konfrontując dowody złożone przez Odwołującego z dowodami przedstawionymi przez Przystępującego, Izba nie miała wątpliwości, co do konieczności przyznania tylko dokumentom Przystępującego znaczenia i mocy dowodowej.

Izba w pełni podzieliła także stanowisko Zamawiającego, co do braku wątpliwości odnośnie realności ceny oferty Przystępującego, a więc również, co do braku podstaw do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp – niezależnie od tego, że zarzut ten, w świetle tego, że

Zamawiający w ogóle nie wzywał do złożenia wyjaśnień, mógł zostać uznany za przedwczesny. W zakresie zarzutów referujących do rażąco niskiej ceny Izba w całości uznała argumentację Zamawiającego przyjmując ją w konsekwencji za własną.

Stanowisko, iż zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie, uzasadniała już sama krytyczna ocena, co do przyjętej w odwołaniu kalkulacji kosztów i twierdzeń oraz wywodów Odwołującego z tej kalkulacji wywodzonych. Izba uznała przy tym doniosłość odwołania się przez Zamawiającego do cen z innych postępowań o zbliżonym przedmiocie zamówienia. Odwołujący w zasadzie nie kwestionował, że postępowanie na przewozy w Raszynie (przetarg nr 110/2014) było porównywalne. Jeżeli porównywalne zamówienie może być wykonywane za stawkę bardzo zbliżoną do stawki zaoferowanej w niniejszym postępowaniu (2,07 PLN netto, przy stawce 2,06 PLN netto podanej w ofercie Przystępującego), to trudno mówić, by stawki tego postępowania nie były rynkowe. Tym bardziej nie sposób podzielić stanowiska Odwołującego, gdy weźmie się pod uwagę, że to właśnie ten wykonawca zaoferował w postępowaniu dotyczącym przewozów w Raszynie podaną powyżej stawkę 2,07 PLN netto. W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wsparł swoje stanowisko orzecznictwem, wskazując m.in., że *„Za cenę rażąco niską należy uznać taką cenę, która jest nierealna w odniesieniu do cen rynkowych podobnych zamówień”*. W świetle okoliczności wykazanych przez Zamawiającego, i nie zakwestionowanych, ani podważonych przez Odwołującego, a dotyczących realizacji przez Odwołującego podobnego zamówienia według stawki 2,07 PLN netto, powyższa teza przemawiała wręcz przeciwko argumentom i wywodom Odwołującego.

Krytycznie Izba oceniła także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podstawą tego zarzutu były w istocie twierdzenia o zaniżeniu ceny usługi poniżej kosztów, których to twierdzeń Izba nie uznała za zasadne. Odnosi się to także do kosztów pracy, gdzie Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, by Przystępujący dopuścił się lub kalkulował wynagrodzenia pracowników z naruszeniem minimalnego poziomu wynagrodzeń.

Należy dodatkowo wskazać, że przypisanie naruszenia art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wymaga także wykazania kierunkowanego działania wykonawcy, a więc wykazania celowego działania z zamiarem eliminacji konkurencji, co zdaniem Izby zostało w ogóle pominięte w argumentacji Odwołującego. W zakresie tego zarzutu Odwołujący nie mógł mieć przy tym już żadnych wątpliwości, co do faktu, że to po jego stronie spoczywał obowiązek udowodnienia postawionego zarzutu. Żadnych istotnych i wiarygodnych dowodów, które odnosiłyby się do twierdzeń o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji Odwołujący Izbie nie złożył.

Oddaleniu podlegał także zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. W uzasadnieniu odwołania nie przedstawiono w zasadzie okoliczności faktycznych

i prawnych, które miałyby uzasadniać przedmiotowy zarzut. Na rozprawie Odwołujący podał, że „art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, jest aktualny w zakresie przepisów ustawy o czasie pracy kierowców”. Nie sposób jednak uznać - tym bardziej, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów ani przekonujących argumentów - by Przystępujący miał skalkulować swoją ofertę przy założeniach naruszających przepisy dotyczące czasu pracy kierowców. Odwołujący nie wykazał przy tym, by przepisy, do których w sposób ogólny się odwoływał, przewidywały sankcję nieważności oferty. Na marginesie należy dodać, że także przepis art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, podawany w uzasadnieniu odwołania, tego rodzaju sankcji nieważności nie przewiduje. Nie można przy tym uznawać, by ewentualne wypełnienie dyspozycji tego przepisu (co w niniejszej sprawie nie miało miejsca) mogło stanowić zarówno podstawę do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, jak i art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp. Zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp został, w ocenie Izby, postawiony w zasadzie w sposób blankietowy.

Mając wszystko powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, zaliczając w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego (§ 3 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....