

WYROK

z dnia 9 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 września 2014 r. przez **Mobilis spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Mościskach** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Miejskiemu Przedsiębiorstwu Komunikacyjnemu Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** – dokonanie unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwania wykonawcy **A. M.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Internationale Transport Spedition A. M. w Radomiu**, do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i dokonanie ponownej oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Mobilis spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Mościskach** tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od **Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** na rzecz **Mobilis spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Mościskach** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie:

osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o.o. we Wrocławiu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług w zakresie przewozu osób i bagażu podręcznego w autobusowym transporcie zbiorowym organizowanym przez Gminę Wrocław na terenie miasta Wrocławia.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 25 września 2014 roku wykonawca Mobilis Sp. z o.o. we Mościskach (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, zarzucając zamawiającemu:

1. naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy A. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Internationale Transport Spedition A. M. („ITS”) pomimo tego, że oferta ta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;

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

2. naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, tj. poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy Pzp, a ewentualnie, wybór jako najkorzystniejszej oferty z pominięciem zastosowania procedur przewidzianych w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp., a w konsekwencji poprzez potraktowanie oferty złożonej przez ITS w sposób preferencyjny w stosunku do ofert złożonych przez innych wykonawców.

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty ITS jako oferty najkorzystniejszej;
2. dokonania ponownej oceny złożonych ofert;
3. odrzucenia oferty wykonawcy ITS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 p.z.p. jako niezgodnej z ustawą, lub na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., jako oferty zawierającej rażąco nisko cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
4. wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej; ewentualnie, z ostrożności

nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny złożonych ofert oraz nakazanie zamawiającemu zwrócenia się do wykonawcy ITS o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów złożonej przez tego wykonawcę oferty mających wpływ na wysokość ceny,

5. 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 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 uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że w dniu 15 września 2014 r. zamawiający po dokonaniu oceny złożonych ofert dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postaci oferty złożonej przez ITS, przy czym zamawiający nie wzywał ITS do wyjaśnienia istotnych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W ocenie odwołującego oferta złożona przez ITS zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Rozbieżność pomiędzy ceną zaofertowaną przez ITS a wartością przedmiotu zamówienia przekracza bowiem kwotę PLN 100.000.000,00 netto. Oferta ITS znacząco odbiega również od ofert złożonych przez pozostałych dwóch wykonawców biorących udział w postępowaniu, których oferty zawierają porównywalne ceny zbliżone do wartości przedmiotu zamówienia, gdyż ITS przy podobnej dla wszystkich wykonawców stawce bazowej, jako jedyny wykonawca zrezygnował z waloryzacji ceny w oparciu o wskaźnik inflacji oraz zdecydował się poddać waloryzacji o wskaźnik cen oleju napędowego jedynie niewielką część ceny, tj. 10 %, co z ekonomicznego punktu widzenia

oznacza brak waloryzacji. W perspektywie dziesięcioletniej realizacji zamówienia, doprowadzi to do sytuacji, w której ITS poniesie stratę.

Powyższe zarzuty uzasadniają następujące okoliczności:

1. Sposób obliczania ceny

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) (Załącznik nr 1 do formularza ofertowego) jedynym kryterium oceny ofert złożonych w postępowaniu jest cena obliczona zgodnie z Załącznikiem 1 do formularza ofertowego. Załącznik ten przewiduje że cena jest obliczana w oparciu o:

- przyjęte przez wykonawców stawki brutto za wozokilometr (w rozbiciu na poszczególne typów pojazdów tj. dla autobusów przegubowych, autobusów jednoczłonowych oraz busów),
- przyjęty przez wykonawców procentowy zakres (udział) waloryzacji powyższych stawek brutto za wozokilometr („część waloryzowanej stawki”), oraz o
- założone przez wykonawców rozbiecie tak przyjętego przez nich zakresu (udziału) waloryzacji na przewidziane przez zamawiającego dwa wskaźniki waloryzujące. Zamawiający przewidział przy tym w SIWZ (Tabela nr 2 w pkt 3 Załącznika nr 1 do formularza ofertowego) dla potrzeb obliczenia ceny całkowitej ofert, zastosowanie dwóch wskaźników waloryzujących tj. wskaźnika waloryzacji opartego o inflację w wysokości 2,5% rocznie oraz wskaźnika waloryzacji opartego na kosztach paliwa w wysokości 5%.

2. Oferty złożone w postępowaniu

Wartość przedmiotu zamówienia została określona przez zamawiającego na kwotę PLN 415.260.000,00 netto.

W toku postępowania oferty złożyło trzech wykonawców, tj. odwołujący, Arriva sp. z o.o. („Arriva”) oraz ITS. Wykonawcy ci złożyli następujące oferty:

ITS:

Kwota brutto: PLN 338.128.000,00

Kwota netto PLN 313.081.481,48

Średnia stawka za jeden wozokilometr (netto) bez waloryzacji PLN 7,64

Odwołujący:

Kwota brutto: PLN 411.700.000,00

Kwota netto: PLN 381.203.703,70

Średnia stawka za jeden wozokilometr (netto) bez waloryzacji: PLN 8,27

Arriva:

Kwota brutto: PLN 426.072.000,00

Kwota netto: PLN 394.511.111,11

Średnia stawka za jeden wozokilometr (netto) bez waloryzacji: PLN 8,50

Odwołujący wskazał, że powyżej wskazane stawki za jeden wozokilometr, obowiązujące w pierwszym roku wykonywania zamówienia są bardzo podobne. Oznacza to, że każdy z oferentów skalkulował stawkę jednostkową w taki sam sposób, zakładając, że główne koszty (paliwo, koszty zatrudnienia kierowców oraz koszty leasingu/kredytu taboru autobusowego służącego realizacji zamówienia) stanowią po ok. 20-25% stawki, zysk netto przewoźnika będzie się kształtował na poziomie 8-10%, a pozostała kwota zostanie przeznaczona na pokrycie szeregu innych kosztów (np. kosztów utrzymania zajezdni).

Jak jednak wynika z SIWZ same stawki jednostkowe nie stanowią podstawy do ustalenia ceny oferty - wymagała ona dodatkowo zastosowania waloryzacji, z uwagi na dziesięcioletni okres obowiązywania kontraktu. Wykonawcy podali procentowy zakres (udział) waloryzacji w podanych przez nich stawkach brutto za wozokilometr i jego rozbiecie na przewidziane przez Zamawiającego dwa wskaźniki waloryzujące, w następujący sposób:

ITS - Waloryzowana część ceny: 10%, Część waloryzowana według wskaźnika inflacji (2,5 %): 0%, Część waloryzowana według wskaźnika cen paliwa (5 %): 100%, Część waloryzowana według wskaźnika cen paliwa (5 %): 0,5%

Arriva - Waloryzowana część ceny: 100%, Część waloryzowana według wskaźnika inflacji (2,5 %): 70%, Część waloryzowana według wskaźnika cen paliwa (5 %): 30%, Część waloryzowana według wskaźnika cen paliwa (5 %): 3,25%

Odwołujący - Waloryzowana część ceny: 100%, Część waloryzowana według wskaźnika inflacji (2,5 %): 75%, Część waloryzowana według wskaźnika cen paliwa (5 %): 25%, Część waloryzowana według wskaźnika cen paliwa (5 %): 3,13%.

3. Porównanie oferty ITS do wartości przedmiotu zamówienia

W ocenie odwołującego już samo porównanie ceny zaoferowanej przez ITS do szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia określonej przez samego zamawiającego potwierdza zarzut, że cena zaoferowana przez ITS jest rażąco niska. Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia (415.260.000,00 PLN netto) przekracza zaoferowaną przez ITS cenę (313.081.481,48 PLN netto) o przeszło 100.000.000,00 PLN.

Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 18 sierpnia 2010 r., KIO/UZP 1663/10, w którym wskazano, że jakkolwiek brak definicji "rażąco niskiej ceny", to w orzecznictwie przyjęto koncepcję, iż stwierdzenie tej okoliczności jest możliwe w oparciu o porównanie ceny netto spornej oferty z wartością szacunkową zamówienia lub z cenami innych ofert. Tak duża rozbieżność stanowiła zatem podstawę przynajmniej do zażądania przez zamawiającego udzielenia odpowiednich wyjaśnień przez ITS.

Tak duża różnica między ceną zawartą w ofercie ITS a oszacowaną wartością przedmiotu zamówienia wskazuje na to, że cena zaoferowana przez ITS jest rażąco niska, tym bardziej, że wartość przedmiotu zamówienia została oszacowana przez zamawiającego o szczególnym charakterze a przedmiot zamówienia obejmuje *de facto* podwykonawstwo na rzecz zamawiającego (będącego komunalną spółką transportową) części usług świadczonych przez zamawiającego na rzecz Gminy Wrocław na podstawie wieloletniej umowy zawartej przez te podmioty. Zamawiający, bowiem sam świadcząc usługi transportowe w zakresie autobusowej komunikacji miejskiej we Wrocławiu ma doskonałą wiedzę na temat kosztów świadczenia takich usług, w związku z czym oszacowaną przez niego wartość przedmiotu zamówienia należy traktować jako kalkulację przygotowaną przez podmiot profesjonalnie zajmujący się transportem, który w swoich obliczeniach uwzględnił również konieczność waloryzacji stawek według przyjętych przez niego wskaźników waloryzujących. Na uwagę w powyższym kontekście zasługuje także okoliczność, że wartość przedmiotu zamówienia (tj. 415.260.000,00 PLN netto) została ustalona (oszacowana) przez zamawiającego w dniu 23 czerwca 2014 r. tj. w niedługim czasie przed złożeniem ofert przez wykonawców (3 września 2014 r.).

4. Porównanie oferty ITS do ofert innych wykonawców

Odwołujący wskazał, że cena całkowita zawarta w ofercie złożonej przez ITS znacząco odbiega nie tylko od wartości przedmiotu zamówienia, ale również od cen zawartych w treści pozostałych ofert złożonych w postępowaniu (o przeszło PLN 70.000.000,00). Obie te okoliczności wskazują zatem na rażące zaniżenie ceny zawartej w ofercie ITS.

Pomimo, że zaoferowane przez ITS stawki jednostkowe za wozokilometr nie różnią się znacząco od stawek zaoferowanych przez pozostałych wykonawców (w jednym wypadku - w odniesieniu do busów - stawka za wozokilometr zaoferowana przez ITS jest nawet wyższa niż stawka zaoferowana przez odwołującego), to jednakże ITS jako jedyny wykonawca biorący udział w postępowaniu praktycznie zrezygnował z waloryzacji ceny, podczas gdy stawki zaoferowane przez pozostałych wykonawców zostały poddane waloryzacji zgodnie z zasadami przewidzianymi w SIWZ, wymogami racjonalnej gospodarki oraz zgodnie z obowiązującą praktyką rynkową dla wieloletnich umów o świadczenie autobusowych usług przewozowych zawieranych w trybie ustawy Pzp, których immanentnym elementem jest waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy (przewoźnika), tak by zabezpieczała go przed nieuchronnością rosnących kosztów wykonywania zamówienia w trakcie trwania umowy.

Przyjmując wartości tych wskaźników określone przez zamawiającego na potrzeby przygotowania oferty (odpowiednio 5 % i 2,5 %), cena zaoferowana przez odwołującego podlegałaby waloryzacji o 3,13% rocznie. Wykonawca Arriva założył natomiast coroczny wzrost stawki o 3,25%. Natomiast ITS przyjął średni coroczny wzrost stawki o 0,5%, czyli ponad sześciokrotnie mniej niż pozostali oferenci.

5. Realizacja Zamówienia przy zastosowaniu ceny niższej niż koszty

Przewidziana w SIWZ waloryzacja cen ma kluczowe znaczenie dla wysokości ceny całkowitej oraz dla dokonywania oceny, czy cena ta mogła zostać rażąco zaniżona. Na cenę całkowitą (cenę ofertową) składała się bowiem suma następujących składników:

- a. cena realizacji zamówienia w roku 2015, obliczona jako iloczyn stawek za jeden wozokilometr brutto (w rozbiciu na poszczególne rodzaje pojazdów) oraz podanej przez Zamawiającego liczby wozokilometrów (przewidzianej dla danego rodzaju pojazdów); oraz
- b. ceny realizacji zamówienia w latach kolejnych, obliczone w oparciu o cenę z roku poprzedniego po poddaniu jej waloryzacji w określonej przez wykonawcę części, przy czym

na potrzeby złożenia oferty zamawiający nakazał przyjąć stałe wartości wskaźników waloryzacyjnych, tj. 5 % w wypadku wskaźnika cen oleju napędowego oraz 2,5 % dla inflacji.

Odwołujący podkreślił, że kluczowe do określenia, czy cena oferowana za zamówienie nie jest rażąco niska, ma wartość zamówienia w całym 10-letnim okresie umowy. W świetle powyższego ograniczenie (a niemalże brak) waloryzacji stawek przedstawionych przez ITS w kolejnych latach realizacji zamówienia, będzie skutkować niemożliwością pokrycia rosnących kosztów wykonywania zamówienia i doprowadzi do powstania straty, stanowiąc podstawę do uznania, że cena całkowita z oferty ITS (będąca podstawą wyboru zgodnie z SIWZ) stanowi rażąco niską cenę.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym: wyrok KIO z dnia 21 sierpnia 2013 r., KIO 1874/13; KIO 1885/13, wyrok z dnia 3 września 2013 r., KIO 2003/13, wyrok z dnia 14 marca 2014 r., KIO 382/14 i inne.

Zdaniem odwołującego praktyczny brak waloryzacji ceny (wynagrodzenia) zaoferowanego przez ITS doprowadzi do poniesienia przez ITS straty na realizacji Zamówienia, co świadczy o rażącym zaniżeniu ceny całkowitej.

6. Wzrost kosztów realizacji Zamówienia

Zdaniem odwołującego zastosowanie przez ITS waloryzacji ceny na rzeczywistym poziomie 0,5 % świadczy o jej rażącym zaniżeniu, bowiem prowadzi, jak podkreślono powyżej, do określenia ceny całkowitej w wysokości nie uwzględniającej rosnących kosztów wykonywania usługi. Realizacja zamówienia wiąże się z ponoszeniem przez wykonawcę kosztów, obejmujących w szczególności:

1. koszt zakupu paliwa;
2. koszty wynagrodzeń pracowników, zwłaszcza kierowców autobusów;
3. koszty nabycia (w tym najczęściej leasingu) taboru autobusowego;
4. pozostałe koszty realizacji zamówienia w tym m.in. koszty zakupu opon, koszty serwisu pojazdów, w tym części zamiennych, koszty utrzymywania zajezdni autobusowej, koszty ubezpieczenia taboru autobusowego, podatku od środków transportu oraz koszty administracyjne.

Zamawiający przewidział, że zamówienie będzie realizowane przez 10 kolejnych lat, począwszy od roku 2015. W tak długim okresie poszczególne koszty ponoszone przez

wykonawcę będą ulegały wzrostowi, co wymaga waloryzacji ceny, lub zaoferowania stawek za wozokilometr w wysokości z góry uwzględniającej przyszły wzrost kosztów. Zdaniem odwołującego stawki zaoferowane przez ITS, nie uwzględniają wzrostu kosztów realizacji zamówienia dla całego jego okresu.

6.1 Ceny paliwa

Odwołujący wskazał, że średni koszt paliwa przeznaczonego dla taboru autobusowego, tj. oleju napędowego, będzie wzrastał przynajmniej o 5 % w skali roku, tym bardziej, że w okresie ostatnich dziesięciu lat ceny oleju napędowego rosły średnio o 7,77 % rocznie.

6.2 Wynagrodzenia

Odwołujący stwierdził, że również wysokość wynagrodzeń pracowników będzie rosła - można przewidywać, że wzrost wynagrodzeń zatrudnianego przez ITS personelu, w tym w szczególności kierowców, będzie rosła przynajmniej proporcjonalnie do wzrostu średniego wynagrodzenia za pracę. Na przestrzeni ostatnich dziesięciu lat stopień wzrostu wynosił w tym zakresie nie mniej niż 5,05 % rocznie. Wynagrodzenia w Polsce nadal są znacząco niższe od wynagrodzeń w „starych” krajach UE (w przypadku kierowców autobusów różnica ta jest nawet czterokrotna) i jest faktem powszechnie znanym, że występuje w Polsce znacząca presja na wzrost płac. W związku z czym należy zakładać, że również w kolejnych dziesięciu latach ta stabilna tendencja zostanie utrzymana, co potwierdza poniższa tabela oraz wykres, zawierające dane publikowane przez Główny Urząd Statystyczny:

Nawet zakładając spowolnienie wzrostu wynagrodzeń racjonalny wykonawca powinien przyjąć, że koszt zatrudnienia personelu niezbędnego do realizacji zamówienia, w szczególności kierowców, będzie wzrastał przynajmniej o wartość inflacji, tj. około 2,5 % rocznie, przy czym odwołujący podkreślił, że jest to i tak bardzo ostrożne założenie.

Pozostałe koszty

W ocenie odwołującego także pozostałe wydatki ITS. m.in. koszty leasingu, serwisu pojazdów itd., będą rosła przynajmniej proporcjonalnie do wskaźnika inflacji. Należy przy tym przewidywać, że wskaźnik ten będzie utrzymywał się na poziomie około 2,5 %. Według danych Głównego Urzędu Statystycznego w okresie ostatnich dziesięciu lat inflacja utrzymywała się na średnim poziomie około 2,62 %.

6.4 Praktyka rynkowa

Odwołujący podniósł, że waloryzacja ceny jest przy tym powszechnie stosowana w umowach o zamówienia publiczne, szczególnie w sektorze transportu oraz zwłaszcza w wypadku zamówień, które mają być realizowane przez długi okres. Kwestia zapewnienia wykonawcy (przewoźnikowi) waloryzacji należnego mu wynagrodzenia ma szczególne znaczenie w długoterminowych umowach o świadczenie autobusowych usług transportowych takich jak umowa wynikająca z niniejszego postępowania (10-letni kontrakt). Zastosowanie waloryzacji ma przy tym na celu nie tylko umożliwienie wykonawcy zachowania rynkowych, przynoszących racjonalny zysk stawek przez cały okres wykonywania zamówienia, ale przede wszystkim zapewnienie zamawiającym pewności, że dzięki możliwości dostosowania ceny do bieżących realiów gospodarczych wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienia w całości i nie będzie zmuszony do zaprzestania jego realizacji z przyczyn ekonomicznych. W zamówieniach dot. usług transportowych waloryzacja dotyczy co najmniej ceny paliwa oraz wskaźnika inflacji, przy czym stosowane są również inne wskaźniki waloryzacyjne, jak np. wskaźnik wzrostu średniego wynagrodzenia za pracę.

7. Ograniczenie przez ITS waloryzacji ceny

Odwołujący stwierdził, że ITS całkowicie zrezygnował z waloryzacji zaoferowanej ceny w oparciu o wskaźnik inflacji oraz ograniczył waloryzację kosztów paliwa do 10% stawki jednostkowej. Takie działanie doprowadzi to do sytuacji, w której wzrost kosztów, takich jak wynagrodzenia, media, itp. w okresie obowiązywania umowy nie znajdzie odzwierciedlenia we wzroście stawek za wozokilometr. Ponadto, ITS poddał waloryzacji jedynie 10 % wartości zaoferowanych stawek za wozokilometr, i to wyłącznie w oparciu o wskaźnik cen oleju napędowego. Sam udział kosztów paliwa znacznie przewyższa jednak 10 % stawki, co potwierdzają pozostałe oferty, które określają ten udział na poziomie 25-30%, oraz praktyka rynkowa.

Tak znacząco ograniczony zakres waloryzacji ceny przyjęty przez ITS (0,5%) jest zatem niedostateczny i w perspektywie dziesięcioletniej realizacji zamówienia doprowadzi do sytuacji, w której ITS osiągnie stratę.

8. Obowiązek Zamawiającego odrzucenia oferty ITS

Zdaniem odwołującego, w przypadku, gdy rażąco zaniżenie ceny ma charakter tak oczywisty, że nawet wyjaśnienia wykonawcy nie są w stanie zmienić tego ustalenia,

zamawiający powinien odrzucić ofertę nawet bez wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 7 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. jako oferty niezgodnej z ustawą, zmierzającej do naruszenia zasad uczciwej konkurencji lub na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp. Również KIO, w wyroku z dnia 24 stycznia 2014 r., KIO 32/14, potwierdziło dopuszczalność odrzucenia oferty zawierającej rażąco zaniżoną cenę, w sytuacji, w której spełnienie tej przesłanki ma charakter oczywisty i zostało ustalone w toku postępowania odwoławczego.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez ITS.

Z ostrożności odwołujący wskazał również, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienie dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w sytuacji powzięcia przez zamawiającego przypuszczenia, że zaoferowana cena może być rażąco zaniżona. W ocenie odwołującego przywołane powyżej argumenty stanowią wystarczającą podstawę do zażądania przez Zamawiającego wyjaśnień od ITS. W wyroku KIO z dnia 29 lutego 2008 r., KIO/UZP 126/08, wskazano, że gdy pojawiają się sygnały, że któraś z ofert może zawierać rażąco niską cenę, zamawiający powinien skorzystać z uprawnienia wyrażonego w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W niniejszej sprawie takim „sygnałem”, który powinien być skłonić Zamawiającego do zastosowania przewidzianego w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp trybu, była przede wszystkim rezygnacja ITS z możliwości waloryzacji ceny (ograniczenie waloryzacji jedynie do 10 % ceny). Takie działanie, mające wyraźnie nierynkowy charakter, a ponadto praktycznie niespotykane, powinno było skutkować wezwaniem ITS do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Do wystąpienia do ITS o udzielenie wyjaśnień zamawiającego powinno również skłonić porównanie oferty ITS z wartością przedmiotu zamówienia oraz innymi ofertami.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 października 2014 roku wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że nie zgadza się z tezą odwołującego, że zaproponowana przez ITS cena realizacji jest ceną rażąco niską. Zamawiający podniósł, że odwołujący upatruje uzasadnienie dla podniesionego zarzutu wyłącznie w różnicy pomiędzy wartością szacowaną przez zamawiającego a wartością złożonej oferty (75% wartości zamówienia). Tymczasem w przetargach na świadczenie podobnych usług zdarzają się często podobnej lub większej skali rozbieżności pomiędzy szacowaną wartością zamówienia a wartością złożonej oferty, np. w przetargu na świadczenie autobusowych usług przewozowych w systemie Komunikacji Miejskiej w Krakowie na liniach wchodzących w skład sieci

komunikacyjnej obejmującej obszar Gminy Miejskiej Kraków oraz Gmin, które zawarły porozumienia międzygminne w okresie od 31 lipca 2014 roku na okres 10 lat, tj. do 31 lipca 2024 roku z odwołującym, tj. Mobilis S. z o.o., gdzie cena usługi stanowiła 72% wartości szacunkowej zamówienia, a rozbieżność cen między ofertą Mobilis Sp. z o.o. a ITS wynosiła 15,25%.

Zamawiający stwierdził, że oszacował wartość zamówienia z należytą starannością przy uwzględnieniu rozstrzygnięcia podobnych przetargów w innych miastach z zastrzeżeniem, że zamawiający przy wycenie uwzględnił po stronie wykonawcy konieczność budowy zajezdni dla autobusów oraz ewentualne zaistnienie dodatkowego ryzyka wynikającego z charakteru kontraktu, w którym zamawiającą jest spółka komunalna, a nie, jak w innych miastach, jednostka samorządu terytorialnego. Powyższe może rodzić po stronie wykonawcy dodatkowe i uwzględnione w proponowanej cenie oferty ryzyko związane z faktem, iż spółka prawa handlowego może być postawiona w stan upadłości, w przeciwieństwie do jednostki samorządu terytorialnego, które są podmiotami bez zdolności upadłościowej. Może to mieć znaczenie zwłaszcza w przypadku kontraktu długoletniego.

Zamawiający zwrócił uwagę, że sam jako przewoźnik świadczy obecnie usługi przewozu osób i bagażu i jego stawki jednostkowe za wozokilometr są niższe od stawek zaproponowanych w ofercie ITS, tj. średnia stawka jednostkowa netto zł/km dla MPK wynosi 7,42 zł, a w przypadku ITS – 7,64 zł. Zamawiający zwrócił uwagę, że w przetargu w Krakowie wykonawca Mobilis (odwołujący) zaoferował w okresie 01.08.2014 r. – 31.07.2015 roku następujące stawki jednostkowe:

Cena wykonania 1 wozokilometra autobusem standardowym: 6,07 zł netto

Cena wykonania 1 wozokilometra autobusem wielkopojemnym: 7,26 zł netto.

Zamawiający stwierdził, że ponieważ firma Mobilis zawarła umowę z ZIKiT w Krakowie i świadczy określone w niej usługi otrzymując wynagrodzenie liczone według stawek niższych niż zaproponowane przez ITS w przetargu dla MPK Wrocław, to nie ma żadnych przesłanek do tego, by stawki zaproponowane przez ITS dla MPK Wrocław były jednocześnie przejawem rażąco niskiej ceny.

W przedmiotowym postępowaniu rozbieżność cen oferowanych przez wykonawców waha się w granicach kilkunastu procent, np. różnica pomiędzy ofertą Mobilis sp. z o.o. a ITS wynosi tylko 17,81%, zatem odwołujący nie może wywodzić, że różnica ta jest rażąca. Jeżeli w postępowaniu oferty posiadają ceny zbliżone do siebie to oznacza, że to „rynek” ustala

ceny i fakt, że ceny odbiegają od wartości szacunkowej zamówienia nie znaczy, że są one niewiarygodne.

Zamawiający wskazał, że w świetle znowelizowanej ustawy Pzp (Dz. U. z 18.09.2014 r., poz. 1232), która zacznie obowiązywać od 19 października br. sam ustawodawca po raz pierwszy wprowadził niejako definicję rażąco niskiej ceny, za którą można uznać cenę niższą o 30 % od wartości zamówienia (w tym przypadku cena oferty ITS jest niższa o 24,5%) lub od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (w tym wypadku cena oferty ITS jest niższa o 13,7%) – zmieniony art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający oceniał oferty z zastosowaniem jednego kryterium, tj. ceny, jednakże kryterium to uwzględniało inne elementy cenowe, np. cenę paliwa. By oferty te były porównywalne, zamawiający do wyliczenia ceny ofert zastosował wzór, w którym przewidział możliwość udziału waloryzacji innych elementów takich jak: paliwo inflacja, jednakże nie było to równoznaczne ze zobowiązaniem potencjalnych wykonawców do założenia/przyjęcia tych wszystkich elementów.

W ocenie zamawiającego podnoszona przez odwołującego kwestia wielkości oczekiwanej waloryzacji cen także nie budzi zastrzeżeń zamawiającego, zwłaszcza w świetle utrzymującego się trendu spadku inflacji (a krótkookresowo nawet deflacji) oraz kilkuletniego okresu spadku cen paliw.

Zamawiający w ocenie ofert uwzględnił także fakt, że ok. 20% kosztów całego zamówienia stanowi jednorazowe pozyskanie taboru autobusowego i zorganizowania bazy dla tego taboru, co oznacza, że ok. 20% wartości zamówienia może być kosztem, który nie będzie podlegać waloryzacji.

Odnosząc się do ewentualnego zarzutu zaniechania zwrócenia się do ITS o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny zamawiający powołał się na wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007, sygn. akt XIX Ga 3/07, wyrok KIO z dnia 15 lipca 2010 roku, sygn. akt KIO/UZP 1354/10, wyrok KIO z dnia 25 listopada 2010 roku KIO/UZP 2483/10, KIO/UZP 963/09.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez dokonanie wyboru oferty, która powinna być odrzucona zamawiający powołał się na wyrok SO w Warszawie sygn. akt V Ca 522/03 oraz wyrok KIO sygn. akt KIO/UZP 1140/09.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) (Załącznik nr 1 do formularza ofertowego) jedynym kryterium oceny ofert złożonych w postępowaniu jest cena obliczona zgodnie z Załącznikiem 1 do formularza ofertowego. Załącznik ten przewiduje że cena jest obliczana w oparciu o:

- przyjęte przez wykonawców stawki brutto za wozokilometr (w rozbiciu na poszczególne typów pojazdów tj. dla autobusów przegubowych, autobusów jednoczynowych oraz busów),
- przyjęty przez wykonawców procentowy zakres (udział) waloryzacji powyższych stawek brutto za wozokilometr („część waloryzowanej stawki”), oraz o
- założone przez wykonawców rozbięcie tak przyjętego przez nich zakresu (udziału) waloryzacji na przewidziane przez zamawiającego dwa wskaźniki waloryzujące. Zamawiający przewidział przy tym w SIWZ (Tabela nr 2 w pkt 3 Załącznika nr 1 do formularza ofertowego) dla potrzeb obliczenia ceny całkowitej ofert, zastosowanie dwóch wskaźników waloryzujących tj. wskaźnika waloryzacji opartego o inflację w wysokości 2,5% rocznie oraz wskaźnika waloryzacji opartego na kosztach paliwa w wysokości 5%.

Wartość przedmiotu zamówienia została określona przez zamawiającego na kwotę PLN 415.260.000,00 netto.

W toku postępowania oferty złożyło trzech wykonawców, tj. odwołujący, Arriva oraz ITS. Wykonawcy ci złożyli następujące oferty:

ITS:

Kwota brutto: PLN 338.128.000,00

Kwota netto PLN 313.081.481,48

Średnia stawka za jeden wozokilometr (netto) bez waloryzacji PLN 7,64

Odwołujący:

Kwota brutto: PLN 411.700.000,00

Kwota netto: PLN 381.203.703,70

Średnia stawka za jeden wozokilometr (netto) bez waloryzacji: PLN 8,27

Arriva:

Kwota brutto: PLN 426.072.000,00

Kwota netto: PLN 394.511.111,11

Średnia stawka za jeden wozokilometr (netto) bez waloryzacji: PLN 8,50

Wykonawcy podali procentowy zakres (udział) waloryzacji w podanych przez nich stawkach brutto za wozokilometr i jego rozbiecie na przewidziane przez zamawiającego dwa wskaźniki waloryzujące, w następujący sposób:

ITS - Waloryzowana część ceny: 10%, Część waloryzowana według wskaźnika inflacji (2,5 %): 0%, Część waloryzowana według wskaźnika cen paliwa (5 %): 100%, Część waloryzowana według wskaźnika cen paliwa (5 %): 0,5%

Arriva - Waloryzowana część ceny: 100%, Część waloryzowana według wskaźnika inflacji (2,5 %): 70%, Część waloryzowana według wskaźnika cen paliwa (5 %): 30%, Część waloryzowana według wskaźnika cen paliwa (5 %): 3,25%

Odwołujący - Waloryzowana część ceny: 100%, Część waloryzowana według wskaźnika inflacji (2,5 %): 75%, Część waloryzowana według wskaźnika cen paliwa (5 %): 25%, Część waloryzowana według wskaźnika cen paliwa (5 %): 3,13%.

Zamawiający nie wzywał wykonawcy ITS do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Izba zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy – Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących

elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Analiza treści wskazanego przepisu pozwala na wniosek, iż zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko poweźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zaniżenia. Zamawiający obowiązany jest zbadać zaoferowaną cenę w odniesieniu do danych, którymi dysponuje. Izba stoi na stanowisku, iż punktem odniesienia dla zamawiającego powinna być ustalona przez niego wartość zamówienia, ale także ceny zaoferowane przez innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu.

A zatem, jeśli w trakcie oceny ofert zamawiający ma do czynienia z ofertą zawierającą cenę odbiegającą w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia oraz innych ofert, w celu ustalenia, czy oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny.

Izba zbadała zatem przesłanki ewentualnego przeprowadzenia takiego postępowania i skonstatowała, iż w przypadku oferty wykonawcy ITS istniały podstawy do żądania złożenia przez nich wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zaoferowana cena w sposób znaczny odbiega zarówno od wartości szacunkowej zamówienia, jak i cen pozostałych wykonawców.

Izba podkreśla, że zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający obowiązany jest ustalić szacunkową wartość zamówienia z należytą starannością. Wytyczne, w jaki należy ustalić tę wartość w przypadku usług zawiera art. 34 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym podstawą ustalenia wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo jest łączna wartość zamówień tego samego rodzaju:

- 1) udzielonych w terminie poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym, z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych usług lub dostaw oraz prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem, albo
- 2) których zamawiający zamierza udzielić w terminie 12 miesięcy następujących po pierwszej usłudze lub dostawie.

W myśl art. 34 ust. 3 pkt 2 lit. b jeżeli zamówienia udziela się na czas oznaczony dłuższy niż 12 miesięcy (tak jak w niniejszym przypadku), wartością zamówienia jest wartość ustalona z uwzględnieniem okresu wykonywania zamówienia, a w przypadku zamówień, których przedmiotem są dostawy nabywane na podstawie umowy dzierżawy, najmu lub

leasingu z uwzględnieniem również wartości końcowej przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jednocześnie, zgodnie z art. 35 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie, zamawiający przed wszczęciem postępowania dokonuje zmiany wartości zamówienia.

W związku z tym, że zamawiający nie podnosił, iż szacunkowa wartość zamówienia została przez niego ustalona w sposób niewłaściwy, należy założyć, że dokonał on ustalenia tej wartości z uwzględnieniem wskazanych wyżej zasad. Przy ocenie zasadności zarzutu dotyczącego zaoferowania rażąco niskiej ceny wartość ta ma podstawowe znaczenie i nie można jej nie wziąć pod uwagę. Wzmocnieniem powyższej tezy jest fakt, że ceny zaoferowane w dwóch pozostałych ofertach (wykonawcy Arriva i odwołującego) jedynie nieznacznie odbiegają od wartości szacunkowej zamówienia. Wskazane okoliczności uzasadniają konieczność wezwania wykonawcy ITS do złożenia wyjaśnień niezbędnych do ustalenia, czy zaoferowania przez niego cena jest ceną rażąco niską.

W ocenie Izby dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy nie mają znaczenia okoliczności postępowania o udzielenie analogicznego zamówienia w Krakowie. Izba nie badała warunków i zasad oceny ofert obowiązujących w tamtym postępowaniu, a sam fakt zaoferowania cen na zbliżonym poziomie w obu postępowaniach nie może przesądzać o uznaniu ceny oferty ITS za prawidłową i nie noszącą znamion rażąco niskiej.

Jednocześnie Izba podkreśla, że zarzut żądania odrzucenia oferty wykonawcy ITS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, bez uprzedniego wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust.1 ustawy Pzp, nie mógł zostać uwzględniony. Odrzucenie oferty wykonawcy z powodu zaoferowania przez niego rażąco niskiej ceny musi być poprzedzone wezwaniem go do złożenia wyjaśnień, co jednoznacznie wynika z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....