

WYROK

z dnia 18 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Aleksandra Zielonka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 listopada 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2016 r. przez wykonawcę **„Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Grodzisku Mazowieckim** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **M. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Radomiu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie w zakresie bezpodstawnego wezwania wykonawcy **„Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Grodzisku Mazowieckim** do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w zakresie obsługi technicznej wozu – części zamienne oraz wynagrodzenia i nakazuje zamawiającemu - **Miastu Stołecznemu Warszawa – Zarządowi Transportu Miejskiego w Warszawie** – unieważnienie czynności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień we wskazanym zakresie.
2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala
3. kosztami postępowania obciąża **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie**

i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **„Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Grodzisku Mazowieckim** tytułem wpisu od odwołania.
- 3.2. zasądza od **Miasta Stołecznego Warszawy – Zarządu Transportu Miejskiego w Warszawie** – na rzecz wykonawcy **„Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Grodzisku Mazowieckim** 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 2015 r. poz. 2164 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

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

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

W dniu 4 listopada 2016 roku wykonawca „Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Grodzisku Mazowieckim (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca M. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Radomiu (dalej: przystępujący).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust 1 ustawy P.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 90 ust 1 ustawy P.z.p. poprzez bezpodstawne wezwanie odwołującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z akt sprawy KIO 1458/16 - na okoliczność potwierdzenia, że wezwanie do wyjaśnień przekazane w dniu 25 października 2016 r. było bezpodstawne;
- 3) nakazanie unieważnienia czynności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny,

4) nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z wytycznymi zawartymi w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 września 2016 r. KIO 1458/16,

5) przyznanie zwrotu kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą według norm przepisanych.

Odwołujący podniósł, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący jest profesjonalnym podmiotem od wielu lat funkcjonującym na rynku usług będących przedmiotem zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu, na skutek bezpodstawnych działań zamawiającego, sprzecznych z zasadami równego traktowania i uczciwej konkurencji, nie może uzyskać zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że w dniu 2 września 2016 r. Krajowa Izba Odwoławcza jednoznacznie przesądziła o tym, iż zarzuty zamawiającego w odniesieniu do oferty odwołującego, zarówno w zakresie nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak i rażąco niskiej ceny okazały się bezpodstawne (wyrok KIO 1458/16).

W szczególności odwołujący zwrócił uwagę na ustalenia Izby oparte na oświadczeniach zamawiającego złożone na rozprawie:

1) „... stawka za 1 wzkm była ceną ryczałtową. Co równie ważne, a co przyznał sam Zamawiający, składana wraz z ofertą szczegółowa kalkulacja ceny miała mu umożliwić jedynie wstępną ocenę charakteru oferowanej przez wykonawców ceny i w ten sposób skrócić procedurę udzielania zamówienia. Kalkulacja ta, jak przyznał Zamawiający, nie miała mieć żadnego wpływu na realizację umowy. Tym samym nie mogła zostać uznana za element kształtujący jej treść, dookreślający świadczenie oferowane Zamawiającemu. Nie mogło być inaczej, skoro nie miała ona mieć wpływu na realizację umowy.” (str. 17 uzasadnienia wyroku)

W ocenie odwołującego, wynika z tego wyraźnie, iż w ocenie KIO działania Zamawiającego w odniesieniu do niezwykle uszczegółowionych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jakie prowadził Zamawiający, nie powinny mieć miejsca, z uwagi na charakter ceny za kwzkm oraz z uwagi na to, że szczegółowa kalkulacja miała wyłącznie charakter pomocniczy.

2) „Jednocześnie Zamawiający oświadczył, że nie neguje poziomu rzeczywistych kosztów ponoszonych przez Odwołującego na poczet zakupu części zamiennych, który to poziom został określony w złożonych mu wyjaśnieniach (...), kwota ta została potwierdzona przez Biegłego Rewidenta (...)” (str. 18 uzasadnienia) ;

Odwołujący stwierdził, że mimo powyższego oświadczenia wciągniętego do protokołu rozprawy i umieszczonego w uzasadnieniu wyroku, zamawiający w dniu 24 października 2016 r. ponownie wezwał odwołującego do wyjaśnień:

A13. Obsługa techniczna wozu — części zamienne

1. W ramach uzupełnienia wcześniejszych wyjaśnień prosimy o wskazanie metodyki oszacowania wysokości sumarycznego kosztu za części zamienne w kolejnych latach trwania umowy, która potwierdzi ich wystarczającą wielkość dla zapewniania pojazdów w stanie technicznym wymaganym SIWZ.

Jeśli założenia kosztów dla każdego roku opierały się na dodatkowy bazujących dla przykładu na szacowanej liczbie wymian poszczególnych podzespołów (oraz ich jednostkowego kosztu) to również prosimy o p zestawień.

Prosimy o przedstawienie informacji w jaki sposób ewentualna zmiana wybranego modelu pojazdu wpłynie na zmianę oszacowanych kosztów części zamiennych. Informacje prosimy przedstawić z podziałem na wszystkie modele, które zostały zaproponowane w przetargu.

W ocenie odwołującego, treść tego żądania pozostaje w sprzeczności z treścią oświadczeń ZTM składanych na rozprawie.

3) „Zamawiający w toku rozprawy przed Izbą stwierdził bowiem wyraźnie, że nie oczekiwał on od wykonawców jednoznacznego określenia w treści oferty liczby kierowców, których wykonawcy zobowiązaliby się zatrudnić. (...) Nadto, jak przyznał Zamawiający, w SIWZ nie zostały zawarte wymagania co do minimalnego poziomu wynagrodzenia, które powinno być wypłacane kierowcom.” (str. 20 uzasadnienia)

Odwołujący wskazał, że mimo złożenia oświadczenia takiej treści, zamawiający w dniu 25 października 2016 r. wezwał go do wyjaśnień:

D.I Wynagrodzenia

1. Prosimy o przedstawienie planowanej liczby etatów oraz struktury zatrudnienia (wskazanie liczby osób planowanych do zatrudnienia z wykorzystaniem poszczególnych form zatrudnienia - umowa o pracę, umowa zlecenie) dla:

- Kierowców (wg dotychczasowych informacji 145 kierowców),

- Pracowników służby zabezpieczenia ruchu (wg dotychczasowych informacji 10 osób plus dodatkowe 2,5 etatu),
- Dyspozytorów (wg dotychczasowych informacji 5 pracowników),
- Obsługi zaplecza technicznego (wg dotychczasowych informacji 12-14 pracowników w zależności od roku realizacji umowy).

2. Prosimy o wskazanie podziału kosztów wynagrodzeń kierowców, zasad przyznawania oraz algorytmu wyliczenia poszczególnych elementów, z uwzględnieniem wszystkich wymienionych przez Państwa w dotychczasowej korespondencji elementów (m.in. podstawę wynagrodzenia, fundusz socjalny, ekwiwalent, diety kierowców, ewentualne podwyżki, składki ZUS i FEP).

W ocenie odwołującego, powyższe żądanie nie znajduje wobec powyżej wskazanego oświadczenia zamawiającego, a w szczególności wobec treści s.i.w.z., uzasadnienia.

Odwołujący wskazał na dwa inne fragmenty uzasadnienia wyroku, które w jego ocenie, wobec treści sentencji wyroku, nie pozostawiają wątpliwości co do tego, jakie czynności powinien wykonać zamawiający:

1) w odniesieniu do spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania doświadczenia: „Zsumowanie powołanej wielkości (1 794 517 wzkm), z ilością wozokilometrów w pozycji trzeciej i czwartej uzupełnionego wykazu (łącznie 4 416 875,30 wzkm), pozwoliło stwierdzić, że zostało Zamawiającemu wykazane zrealizowanie co najmniej 6 000 000 wozokilometrów w ramach wykonywania autobusami przewozu regularnego w rozumieniu ustawy o transporcie drogowym na podstawie nie więcej niż trzech umów.” (str. 15 uzasadnienia),

2) w odniesieniu do rażąco niskiej ceny: „Wszystkie te okoliczności przemawiały za tym, że w rozpoznawanej sprawie brak było podstaw do uznania, że zaoferowana przez Odwołującego cena jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tym samym odrzucenie przez Zamawiającego oferty złożonej przez Odwołującego z tego właśnie powodu stanowiło naruszenie przepisów ustawy Pzp, w tym w szczególności przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4).” (str. 21 uzasadnienia).

Odwołujący wskazał, że tak sformułowane tezy uzasadnienia w połączeniu z sentencją wyroku nie pozostawiają Zamawiającemu wyboru co do sposobu wykonania wyroku. Zamawiający powinien być:

- 1) unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej,

- 2) unieważnić czynność wykluczenia odwołującego,
- 3) unieważnić czynność odrzucenia oferty odwołującego,
- 4) powtórzyć czynność badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 5) dokonać ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą powinna być uznana oferta odwołującego.

Odwołujący podkreślił, iż przy tak jednoznacznym rozstrzygnięciu i przy tak sformułowanych wytycznych w uzasadnieniu, zamawiający nie ma podstaw dalszego kwestionowania treści i charakteru zaproponowanej ceny ofertowej, do czego najwyraźniej zamawiający dąży. Podczas gdy w tym przypadku, ponowne badanie i ocena ofert mają służyć *de facto* jedynie „przywróceniu” odrzuconej oferty wykluczonego wykonawcy, ponieważ czynność ta w szczególności została przeprowadzona przed KIO. Izba zbadała bowiem zarówno to, czy odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, jak i to, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie może teraz zmieniać tych ustaleń dokonanych przez KIO, gdyż wyrok jest wykonalny i prawomocny wobec niezłożenia skargi do sądu okręgowego. Jeżeli zamawiający miał wątpliwości co do treści i charakteru oferty odwołującego dokonanej przez KIO, to miał możliwość złożenia skargi do sądu okręgowego i kwestionowania wyroku KIO. Skoro jednak tego nie uczynił, to oznacza to, że wyrok KIO respektuje i powinien go w całości wykonać, tj. *de facto* dokonać wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że w wyznaczonym terminie, tj. 28 października 2016 r. z najdalej posuniętej ostrożności, złożył wyjaśnienia, aby uniknąć kolejnego odrzucenia oferty, ponieważ wszystkie działania zamawiającego podejmowane w toku przedmiotowego postępowania są skoncentrowane (nawet za cenę łamania przepisów ustawy P.z.p.) na usunięciu odwołującego z kręgu wykonawców i pozbawienie go możliwości uzyskania zamówienia. Odwołujący podkreślił, że zarówno w toku badania ofert, jak i przed Krajową Izbą Odwoławczą w toku postępowania KIO 1458/16, odwołujący złożył bardzo obszerne wyjaśnienia, których prawidłowość została jednoznacznie potwierdzona przez KIO. Dlatego też, w ocenie odwołującego, wezwanie z 25 października 2016 r. jest pozbawione jakichkolwiek podstaw.

Odwołujący wskazał, iż – zgodnie z wyrokiem KIO 458/16 – ocena wyjaśnień wykonawcy składanych na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) nie może sprowadzać się do odszukania w nich elementów cząstkowych ceny oferty wskazanych przez odwołującego - brak tych elementów cząstkowych nie oznacza, że cena jest rażąco niska.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający - wobec tak jednoznacznych ustaleń KIO w wyroku KIO 1458/16 - nie miał podstaw do dalszego wyjaśniania treści oferty odwołującego, co potwierdza również KIO: „W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej czynność zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz czynność złożenia wyjaśnień wraz z dowodami ma charakter czynności jednokrotnej, analogicznie jak możliwość zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 ZamPublU. Zamawiający nie może bowiem w sposób nieskończony prowadzić niejako negocjacji, poprzez wielokrotne wzywianie do wyjaśnień. Zamawiający wzywa, a wykonawca wyjaśnia i dowodzi. Zgodnie z art. 90 ust. 2 ZamPublU, wykonawca ma obowiązek przekonać zamawiającego. Tak więc cały arsenał argumentów i dowodów winien być złożony w sposób wystarczający i ostateczny. W przeciwnym razie, zamawiający odrzuci ofertę. ” (KIO 1103/15) Podobnie orzekła KIO w wyroku KIO 2247/14: „Ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień można skutecznie żądać, jeżeli na podstawie udzielonych wyjaśnień powstały kolejne wątpliwości, które zamawiający powinien wyjaśnić przed rozstrzygnięciem podejrzenia rażąco niskiej ceny. ” Podobnie w sprawie KIO 664/14: „Brak jest przeszkód do ponownego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, jeżeli złożone pierwotnie wyjaśnienia nie rozwiązały wątpliwości zamawiającego związanych z „rażąco niską ceną”. W przedmiotowej sprawie nie można mówić o istnieniu jakichkolwiek wątpliwości, gdyż wszystkie kwestie w zakresie rażąco niskiej ceny zostały wyjaśnione w toku postępowania przed Krajową Izbą

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 18 listopada 2016 roku wniósł o:

- ~ odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy P.z.p. z uwagi na fakt, iż odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby;
- ewentualnie, w przypadku gdyby Izba nie przychyliła się do wniosku o odrzucenie, o
- oddalenie odwołania jako oczywiście bezzasadnego.

Zamawiający podniósł, że w wyroku KIO 1458/16 Izba wskazała na szereg wątpliwości wynikających z faktu sporządzenia dwóch opinii rzeczoznawców w zakresie rażąco niskiej ceny. Ponadto, wskazała - m.in. mając na uwadze ww. rozbieżności - iż w rozpoznawanej sprawie brak było podstaw do uznania, że zaoferowana przez odwołującego cena jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. A zatem nie stwierdziła jednoznacznie, że w niniejszym przypadku nie mieliśmy do czynienia z rażąco niską ceną.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy P.z.p., Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zamawiający

stwierdził, że zgodnie z sentencją wyroku KIO z dnia 2 września 2016 r. powtórzył czynności oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz badania i oceny ofert. W czynnościach wskazanych przez KIO do wykonania przez zamawiającego w oczywisty sposób mieściła się czynność wezwania oferenta do złożenia wyjaśnień w momencie, gdy pojawią się kolejne wątpliwości. Zatem, jak wykazał zamawiający, biorąc od uwagę, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby, przedmiotowe odwołanie, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy P.z.p. powinno zostać przez Izbę odrzucone.

Uzasadniając wniosek o oddalenie odwołania zamawiający podniósł, że wykonał wyrok KIO w sprawie 1458/16 unieważniając wszystkie trzy czynności, o czym poinformował odwołującego w piśmie z dnia 24 października 2016 r., oraz w wykonaniu ww. wyroku powtórzył czynności oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a także badania i oceny ofert. Po wykonaniu tych czynności doszedł on do wniosku, iż w sprawie nadał występuje szereg kolejnych wątpliwości dotyczących m.in. kwestii rażąco niskiej ceny. Dlatego też, pismem z dnia 24 października 2016 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień.

Zamawiający podkreślił, że podczas ponownej analizy pojawiły się wątpliwości do oferty odwołującego zarówno w zakresie formalnym, jak i merytorycznym. Kwestia formalna dotyczyła nieprzedłużenia przez odwołującego ofert na niektóre modele autobusów zaproponowanych w ramach jego oferty. Ze względu na różne parametry techniczne poszczególnych pojazdów mogło to wpłynąć na rozstrzygnięcie przetargu. W zakresie merytorycznym zamawiający zwrócił się z zapytaniem zarówno o nowe elementy mogące wpłynąć na oferowaną w przetargu cenę (tj. wpływ wyboru modelu pojazdu przez odwołującego na takie czynniki jak spalanie i części zamienne będące istotnymi elementami wpływającymi na koszty ponoszone przez operatora oraz wyjaśnienia przyjętej trwałości opon na poziomie wyższym niż deklarowana przez producentów), jak i o składowe ceny, które w opinii zamawiającego nie zostały przejrzyste i jednoznacznie wyjaśnione przez odwołującego w toku dotychczasowego postępowania. Jest to przede wszystkim algorytm wynagradzania pracowników. W dotychczasowej korespondencji nie został on jasno przedstawiony, z uwzględnieniem wszystkich elementów i wskazaniem źródeł pozyskania środków. W wyjaśnieniach odwołujący te same środki wymiennie przeznacza na obowiązkowe i niezaliczane do wynagrodzenia składniki, tj. fundusz socjalny, ekwiwalent, diety oraz jako dodatkowe środki na podwyższenie płacy zasadniczej: pismo odwołującego do KIO z dn. 4 sierpnia 2016, str. 22; „W PKS Grodzisk Sp. z o.o. istnieje system motywacyjny w formie 350 zł brutto do pensji, gdy dany kierowca nie ma w przepracowanym miesiącu absencji chorobowej ”, jak również ciąg dalszy na tej samej stronie: „ W tym

punkcie należy dodać, że w pozycji D. 7 dotyczące kierowców i dyspozytorów/pozostałe kalkulacji ujęto pozostałe wydatki dotyczące: Kierowców i Dyspozytorów. Pozycja ta daje roczną wartość w wysokości 856 000 zł. Powyższa pozycja stanowi rezerwę, z której przewiduje się wypłaty dodatkowych środków dla pracowników, tzn. korzystanie z funduszu socjalnego, ekwiwalent za pranie, diety kierowców oraz środki na ewentualne podwyżki dla pracowników lub/i zwiększenie stanu zatrudnienia w ramach potrzeb". Na str. 23 Odwołujący pisze natomiast: „Ewentualne przetransferowanie kosztów z pozycji D. 7 Dotyczące kierowców i Dyspozytorów/Pozostałe w kwocie 0,2140 do pozycji D.I dotyczące kierowców i Dyspozytorów/Wynagrodzenia spowoduje wzrost tej pozycji do poziomu 1,5135". Drugą składową wymagającą uzupełnienia w ocenie zamawiającego był algorytm szacowania kosztu części zamiennych w kolejnych latach obowiązywania potencjalnej umowy. W dotychczasowych wyjaśnieniach odwołujący przedstawił jedynie przyjęte w kolejnych latach wartości, jednak bez wyjaśnienia metodyki przygotowania danych. Wyjaśniał, że przyjął w szacunku stawki wyższą składową części zamiennych niż w obecnie obowiązujących umowach, jednak bez uzasadnienia dlaczego przyjęta wartość miałaby być wystarczająca do zapewnienia przez cały okres trwania umowy stanu technicznego pojazdów zgodnego z SIWZ. W szczególności wskazane okoliczności, w ocenie zamawiającego, mają wpływ na ryczałtową stawkę za wozokilometr, zaoferowaną przez odwołującego i jako takie wymagają wyjaśnienia.

Zamawiający stwierdził, że zgodnie z art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy P.z.p., uwzględniając odwołanie Izba może, jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego. Na podstawie tego właśnie przepisu KIO nakazała powtórne badanie ofert, a zamawiający to uczynił i w wyniku ich badania powziął kolejne wątpliwości. Jest to procedura jak najbardziej właściwa, zgodna z orzeczeniem KIO, a także poparta ugruntowanymi poglądami doktryny oraz orzecznictwem. Zgodnie z wyrokiem KIO z 4 kwietnia 2013 r., KIO 672/13, „zamawiający jest uprawniony, aby w toku postępowania korygować swoje czynności, nie tylko nakazane wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej, ale także samodzielnie, w sytuacji gdy w trakcie ponownej oceny ofert ustali okoliczności, które powinny skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Do czasu zawarcia umowy z wybranym wykonawcą zamawiający może zmienić swoje czynności, na które wykonawcom przysługują ewentualne nowe środki zaskarżenia. Konsekwentnie, w oparciu o art. 192 ust. 3 pkt 1 PrZamPubl Izba może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego, lub nakazać unieważnienie czynności do czasu zawarcia umowy". Podobne stanowisko zajęła KIO w wyroku z dnia 28 czerwca 2013 r., KIO 1370/13, w którym stwierdziła, że „Izba jednocześnie zwraca uwagę, że oddalenie odwołania ze

wskazanych powodów, czy też w związku z art. 192 ust. 2 PrZamPubl bądź odrzucenie odwołania nie stanowi formalnej przeszkody dla zamawiającego do powtórzenia czynności związanych z badaniem i oceną ofert oraz wyborem najkorzystniejszej oferty, jeżeli zamawiający dostrzeże - przed zawarciem umowy - że dokonał (zaniechał) tych czynności z naruszeniem przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, szczególnie gdy te naruszenia (dokonane lub zaniechane czynności) mają wpływ, bądź mogły mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego". Zatem, jak wynika z powyższych orzeczeń, do czasu zawarcia umowy, zamawiający jest uprawniony do badania ofert, podejmowania w tym celu określonych czynności, a co za tym idzie, oczywiste jest, iż może powziąć kolejne wątpliwości dotyczące określonych wykonawców.

W ocenie zamawiającego, za ponownym szczegółowym badaniem ofert wykonawców w omawianym postępowaniu przemawia również sama treść uzasadnienia wyroku z dnia 2 września 2016 r., która wskazuje na szereg niewyjaśnionych wątpliwości, które powzięła KIO w toku sprawy w zakresie badania rażąco niskiej ceny. Przede wszystkim w ww. wyroku wskazano, że trudno jest ocenić przedmiotową sprawę jednoznacznie z uwagi na fakt, iż zamawiający kierował się przy badaniu rażąco niskiej ceny dwiema sprzecznymi w wielu miejscach opiniami. Nie rozstrzygnął on, jaka miała być hierarchia tych opinii. Izba jednoznacznie stwierdziła, iż z uwagi na te opinie w sprawie narodziło się szereg wątpliwości. Wszystkie powstałe w kwestii badania rażąco niskiej ceny rozbieżności i nieścisłości doprowadziły do tego, iż w rezultacie KIO nie wypowiedziała się jednoznacznie, stwierdzając, że w przypadku oferty odwołującego mamy do czynienia z rażąco niską ceną, ale stwierdziła jedynie, że w rozpatrywanej sprawie brak było podstaw do takiego uznania. Tak mało kategoriyczny zapis sprawił, że zamawiający tym bardziej powziął wątpliwości i czuł się zobligowany do dalszego badania kwestii rażąco niskiej ceny. Przyjęcie sposobu rozumowania prezentowanego przez odwołującego, zgodnie z którym zapadły w sprawie KIO 1458/16 wyrok nakazywał wybór oferty odwołującego, a tym samym zawarcie z tym wykonawcą umowy, prowadziłyby do wniosku iż Krajowa Izba Odwoławcza może nakazać zawarcie umowy, co stoi w oczywistej sprzeczności z art. 192 ust. 6 ustawy P.z.p., zgodnie z którym Izba nie może nakazać zawarcia umowy.

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 18 listopada 2016 roku wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący stwierdził, że odwołujący zaskarżył czynność zamawiającego polegającą na wezwaniu odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., która to czynność została dokonana przez zamawiającego w dniu 24 października 2016 r. (po raz

kolejny w tym postępowaniu -w odniesieniu do oferty odwołującego), w ramach powtórzenia czynności badania i oceny ofert, na skutek uwzględnienia odwołania odwołującego przez Krajową Izbę Odwoławczą w dniu 2 września 2016 r., w sprawie sygn. akt KIO 1458/16. Przedmiotem wezwania zamawiającego do złożenia wyjaśnień były punkty A.7.2 Obsługa techniczna wozu-części zamienne oraz D.1.Wynagrodzenia.

Przystępujący wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 2 września 2016 r., sygn. akt KIO 1458/16 nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a także czynności wykluczenia odwołującego oraz czynności odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę, a następnie powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenia zamówienia oraz badania i oceny ofert.

Przystępujący wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza w zakresie dotyczącym odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, wskazała, że w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy brak było podstaw do uznania, że zaoferowana przez Odwołującego cena jest rażąco niską. Na tle ww. orzeczenia Izba wskazała, że zamawiający nie rozstrzygnął w żaden sposób w piśmie z dnia 27 lipca 2016 r., jaka powinna być hierarchia opinii, na które się powoływał uzasadniając podjętą przez siebie czynność - nie wskazał, jak należy rozstrzygać zaistniałe między nimi sprzeczności. Zdaniem KIO, wobec jednoznacznego wykluczenia możliwości zaistnienia takich sprzeczności przez zamawiającego, nie sposób dokonanej przez niego oceny uznać za rzetelną. W zakresie pozycji A.7.2. obsługa techniczna wozu - części zamienne Izba wskazała, że przyjęty w opinii własnej ZIM mechanizm korekty wynagrodzenia nie odnosi się do sposobu wyceny części zamiennych, nie odwołuje się do jakichkolwiek kosztów ich zakupu, ilości części czy też innych czynników mogących mieć wpływ na ustalenie podstaw wyceny tej pozycji szczegółowej kalkulacji ceny. Mechanizm ten oparty jest jedynie na założeniu, że wynagrodzenie naliczane przez odwołującego będzie musiało zostać skorygowane z uwagi na zakładane przez autorów opinii nienależne wykonywanie przez odwołującego przyszłej umowy. Nie ma zatem mechanizm ten jakiegokolwiek związku z podstawami wyceny, (str. 19 uzasadnienia). W zakresie pozycji D.1 Wynagrodzenia Izba wskazała, że zamawiający bezpodstawnie przyjął, że deklarowana przez Odwołującego liczba 145 kierowców równa jest 145 pełnym etatom. Jeżeli uwzględnić okoliczność, że nie wszyscy zatrudnieni przez odwołującego kierowcy zostaną zatrudnieni na pełen etat, wówczas niemożliwe jest proste podzielenie kwoty globalnie przeznaczonej na wynagrodzenia przez liczbę zatrudnionych kierowców i ustalenie rzeczywistych zarobków kierowców zatrudnionych tylko na pełnych etatach (str.20 uzasadnienia).

W ocenie przystępującego, w stanie faktycznym będącym przedmiotem badania przez Krajową Izbę Odwoławczą, brak było podstaw do uznania, że zaofferowana cena przez odwołującego jest ceną rażąco niską, dlatego KIO nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego. Zaznaczyć przy tym trzeba, że Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku nie ograniczyła zamawiającego, co do zakresu lub rodzaju czynności, które mogą być wykonane w ramach powtórnego badania i oceny ofert, w tym oferty odwołującego. Związanie zamawiającego wyrokiem Izby w niniejszej sprawie nie oznacza, że zamawiający nie może podjąć żadnych czynności związanych z badaniem i oceną oferty odwołującego, w tym skierować wezwania do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny. Powyższe byłoby sprzeczne z dyspozycją normy zawartej w art. 193 ust. 3 ustawy P.z.p. Ponieważ Izba wskazała na sprzeczności i rozbieżności w opiniach zamawiającego, to w ocenie przystępującego, jeśli zamawiający ma ponownie badać ofertę odwołującego to sprzeczności te obowiązany jest wyjaśnić. Zaznaczyć także należy, że przedmiotowe orzeczenie zapadło na tle konkretnego stanu faktycznego i tylko do tego stanu faktycznego się odnosi. Wynik postępowania w niniejszej sprawie, po przeprowadzeniu ponownego badania i oceny ofert będzie podstawą do złożenia ewentualnego odwołania przez wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu.

Przystępujący stwierdził, że nie można zgodzić się z odwołującym, że czynność zamawiającego, polegająca na wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jest czynnością jedнокrotną. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., w sytuacji, gdy oferta wykonawcy może zawierać rażąco niską cenę, zamawiający jest zobowiązany do przeprowadzenia procedury, której celem jest wyjaśnienie wszelkich wątpliwości związanych z poziomem cenowym oferty. Jak wskazuje KIO w wyroku z 7 maja 2014 r. sygn. akt KIO 798/14 „(...) nasuwa się więc pytanie, czy Zamawiający ma możliwość zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny więcej niż jeden raz. Biorąc pod uwagę ugruntowany pogląd wyrażony w wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 23 lutego 2007 roku, sygn. akt: X Ga 23/07 (...), przy uwzględnieniu, iż ustawodawca nie ograniczył takiego działania, odpowiedź będzie twierdząca, jednakże należy stanowczo zaznaczyć, że nie prowadzi to do obowiązku wzywania wykonawcy do składania wyjaśnień, aż do czasu gdy będą one potwierdzać, że cena nie jest rażąco niska, lecz do czasu, gdy pozwolą Zamawiającemu na obiektywną ocenę tychże wyjaśnień”.

Przystępujący wskazał, że w niniejszej sprawie zamawiający skierował w dniu 24 października 2016 r. do odwołującego wezwanie, w którym jasno przedstawił wymagania co do zakresu informacji, które należy przedstawić. Przedmiotowe pytania były konsekwencją

nakazania przez KIO ponownego badania i oceny ofert złożonych przez wykonawców w niniejszym postępowaniu. Przystępujący zaznaczył, iż zakres żądania zawarty w przedmiotowym wezwaniu nie był tożsamy z wezwaniami kierowanymi dotychczas do odwołującego, a był ich uszczegółowieniem. A zatem działanie zamawiającego w niniejszym postępowaniu było zgodne z dyspozycją art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p..

W ocenie przystępującego, fakt, że cena za wykonanie przedmiotu zamówienia jest ceną ryczałtową nie tamuje uprawnienia zamawiającego do żądania szczegółowych wyjaśnień odnośnie sposobu kalkulacji tej ceny przez wykonawcę, w sytuacji gdy uzasadnione są wątpliwości, co do rzetelności ceny oferty. Przystępujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2014 r. sygn. akt KIO 382/14, zgodnie z którym „Ryczałtowy charakter wynagrodzenia nie wyklucza możliwości wyjaśnienia określonych elementów cenotwórczych, a nawet precyzja wezwania niekiedy wręcz wymaga wskazania takich elementów. Jednakże w takiej sytuacji wezwanie powinno dotyczyć wszystkich najistotniejszych elementów cenotwórczych i nie powinno się tracić z pola widzenia całości ceny oferty. W szczególności badaniu nie powinien podlegać jedynie jeden z wielu mniej istotnych elementów cenotwórczych, w sytuacji gdy analizie nie poddawana jest znakomita większość innych, kluczowych elementów ceny.”

Odnośnie naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przystępujący wskazał, że art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. nie może stanowić w zasadzie samoistnej podstawy zarzutów odwołania i powinien odnosić się do konkretnej czynności w nawiązaniu do skonkretyzowanego przepisu ustawy Pzp. W niniejszej sprawie wykonawca nie wskazał, w jaki sposób wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny narusza zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji. W ocenie przystępującego, w tym stanie faktycznym, nierówne traktowanie wykonawców mogłoby przejawiać się kierowaniem tylko do wykonawców wezwań o takiej samej treści - bez ich uszczegółowienia - co w okolicznościach tej sprawy nie zostało wykazane. Powyższe potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 lipca 2012 r. KIO 1512/12, zgodnie z którym „Dla stwierdzenia uchybienia przepisowi art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) w zakresie naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, nie wystarczy jedynie opisanie konkretnego działania, czynności, ale również niezbędne jest wykazanie niezgodności z prawem wskazanego działania lub zaniechania.”

Przystępujący podkreślił, że wiążąca dla zakreslenia kognicji Izby jest treść zarzutów sformułowanych w odwołaniu a ich późniejsza modyfikacja, w tym podczas rozprawy, jest niedopuszczalna.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający pismami z dnia 24 czerwca i 22 lipca 2016 r. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., uzyskując na każde z nich odpowiedź od odwołującego. W pierwszym z pism zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnienia podstaw dokonanej wyceny w szeregu pozycji złożonej z ofertą szczegółowej kalkulacji ceny oferty sporządzoną na podstawie załączonego do s.i.w.z. wzoru. Drugie pismo odnosiło się do jednej tylko z pozycji powołanej szczegółowej kalkulacji.

Pismem z dnia 27 lipca 2016 r. zamawiający poinformował wykonawców m.in. o uznaniu za najkorzystniejszą w części nr II zamówienia oferty złożonej przez przystępującego oraz o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Na powyższe czynności odwołujący, w dniu 5 sierpnia 2016 roku, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Wyrokiem z dnia 2 września 2016 roku Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu, w zakresie części nr II zamówienia, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a także czynności wykluczenia odwołującego oraz czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego, a następnie, w ramach tej części zamówienia, powtórzenie czynności oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu wyroku Izba stwierdziła, iż:

„Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się w piśmie z dnia 27 lipca 2016 r. do wyjaśnień złożonych przez odwołującego w odpowiedzi na dwa wezwania do niego skierowane w trybie art. 90 ustawy P.z.p.. W piśmie tym zamawiający nie podjął żadnej polemiki z argumentami przywołanymi w powołanych wyjaśnieniach, a jako podstawę faktyczną swej decyzji wskazał wyłącznie na „wynik badań oraz opinie biegłych”, nie omawiając przy tym w żaden sposób owego wyniku.(...)”

Za istotny dla rozstrzygnięcia Izba uznała również charakter ceny ofertowej – nie stanowiło sporu między Stronami, że oferowana Zamawiającemu stawka za 1 wzkm była ceną ryczałtową, i jako taka powinna obejmować wszystkie koszty, które ponosić będzie przy realizacji wykonawca. Co równie ważne, a co przyznał sam Zamawiający, składana wraz z ofertą szczegółowa kalkulacja ceny miała mu umożliwić jedynie wstępną ocenę charakteru oferowanej przez wykonawców ceny i w ten sposób skrócić procedurę udzielania zamówienia. Kalkulacja ta, jak przyznał to sam Zamawiający, nie miała mieć żadnego

wpływu na realizację umowy. Tym samym, jako taka nie mogła zostać uznana za element oferty kształtujący jej treść, dookreślający świadczenie oferowane Zamawiającemu.

Nie mogło być inaczej, skoro nie miała ona mieć wpływu na realizację umowy. Zgodnie z opinią własną ZTM zaoferowana przez Odwołującego stawka za 1 wzkm była niedoszacowana o 0,5846 zł netto, a tym samym przewyższała założoną przez Odwołującego marżę na poziomie 0,3214 zł netto o kwotę równą 0,2632 zł netto.

Zgodnie z opinią IDiM zaoferowana przez Odwołującego stawka za 1 wzkm była niedoszacowana o 0,4378 zł netto. Opinia ta nie odnosi się do zakładanej przez Odwołującego marży, z czego płynie wniosek, że autorzy powołanej opinii nie uwzględnili tej okoliczności przy jej sporządzaniu. Dostrzeżenia wymaga, że w takim przypadku, kwota ustalona jako wartość niedoszacowania zostałaaby pomniejszona do kwoty 0,1164 zł netto. Proste porównanie wartości, o jakie niedoszacowana miała być stawka zaoferowana przez Odwołującego, pozwala stwierdzić, że w tym newralgicznym elemencie każdej z opinii nie były one ze sobą zgodne. Wobec jednoznacznego wykluczenia możliwości zaistnienia takiej sprzeczności przez Zamawiającego, nie sposób dokonanej przez niego oceny uznać za rzetelną.

Co ważne, już w toku postępowania odwoławczego Zamawiający wycofał się z części twierdzeń zawartych w opiniach, tym samym *de facto* uznał on na tym polu racje Odwołującego. Oświadczenia takie złożył Zamawiający w odniesieniu do pozycji A.1 (w obu opiniach wskazano w tym elemencie niedoszacowanie na poziomie 0,2255 zł netto) oraz pozycji C.2 i C.3 (jedynie w opinii IDiM wskazano na niedoszacowanie na poziomie 0,0174 zł netto; w opinii własnej ZTM znalazło się stwierdzenie, że jej autorzy nie są w stanie określić realnego niedoszacowania, przy czym wielkość ta nie będzie znacząca).

Samo uwzględnienie tych tylko okoliczności pozwalało stwierdzić, że w świetle opinii IDiM, przy uwzględnieniu przewidzianej przez Odwołującego marży, oraz uznania przez Zamawiającego słuszności twierdzeń Odwołującego odnoszących się do pozycji A.1, C.2 i C.3 zaoferowana przez Odwołującego stawka gwarantowałaby zysk Odwołującemu na poziomie 0,1265 zł netto na 1 wzkm. Tym samym samo zamówienie nie byłoby realizowane poniżej kosztów jego wykonania (...).

W opinii własnej ZTM znalazło się odniesienie do kosztów ponoszonych przez Miejskie Zakłady Autobusowe (MZA) w latach 2014-2015 na naprawy i obsługę autobusów.

W toku rozprawy przed Izbą Zamawiający przyznał, że w opinii własnej ZTM nie ma mowy o niższych kosztach zakupu części przez MZA i koszty MZA zostały tam powołane jedynie dodatkowo. Wyjaśnił on wówczas również, że określona w tej opinii kwota

niedoszacowania w wysokości 0,2800 zł netto wynika z przyjęcia korekty na poziomie 4%. Korekta taka miałaby być naliczana na wynagrodzeniu należnym Odwołującemu w przypadku zaistnienia przy realizacji liczby uchybień, jaka miała miejsce w latach 2013-2015 przy realizacji usług świadczonych obecnie przez Odwołującego na rzecz Zamawiającego. Jednocześnie Zamawiający oświadczył, że nie neguje poziomu rzeczywistych kosztów ponoszonych przez Odwołującego na poczet zakupu części zamiennych, który to poziom został określony w złożonych mu wyjaśnieniach w kwocie 0,1700 zł netto – kwota ta została potwierdzona oświadczeniem Biegłego Rewidenta złożonym w trybie art. 90 ustawy Pzp wraz z wyjaśnieniami.

W tym kontekście dostrzeżenia wymagało również to, że usługi realizowane dotychczas przez Odwołującego na rzecz Zamawiającego, wykonywane są na podstawie umów zawartych w roku 2006 i 2007 na okres 10 lat. Zgodnie z tym co podnosił Odwołujący, przez pierwsze 8 lat ich realizacji Zamawiający uznawał, że usługi te świadczone są należycie – Odwołujący przedstawił Izbie kolejne listy referencyjne wystawiane przez Zamawiającego. Również do tych pierwszych ośmiu lat odnosi się oświadczenie Biegłego Rewidenta o rzeczywistych realnych kosztach ponoszonych przez Odwołującego na zakup części zamiennych. Zestawienie tych dwóch informacji przemawia za tym, że zapewnienie w przywołanym okresie wydatków na części zamienne na poziomie 0,17 zł na 1 wzkm, pozwalało Zamawiającemu uznawać świadczone na jego rzecz usługi jako wykonywane zgodnie z warunkami określonymi w zawartej z nim umowie, a zatem należycie.

Nadto, dostrzeżenia wymaga to, że przyjęty w opinii własnej ZTM mechanizm korekty wynagrodzenia nie odnosi się do sposobu wyceny części zamiennych, nie odwołuje się on do jakichkolwiek kosztów ich zakupu, ilości części czy też innych czynników mogących mieć wpływ na ustalenie podstaw wyceny tej pozycji szczegółowej kalkulacji ceny. Mechanizm ten oparty jest jedynie za założeniu, że wynagrodzenie naliczane przez Odwołującego będzie musiało zostać skorygowane z uwagi na zakładane przez autorów opinii nienależyte wykonywanie przez Odwołującego przyszłej umowy. Nie ma zatem mechanizm ten jakiegokolwiek związku z podstawami wyceny, nie kwestionuje on bowiem, co do istoty rzetelności przyjętych przez Odwołującego założeń i wyceny, a jedynie prowadzi do pomniejszenia zakładanego wynagrodzenia, przyjmując *a priori* nienależyte wywiązywanie się przez Odwołującego przez pełen okres realizacji umowy z obowiązków z niej wynikających. Nie można go wobec tego uznać za mogący w uzasadniony sposób podważać rzetelność kalkulacji ceny Odwołującego w tej pozycji szczegółowej kalkulacji.

Dostrzeżenia wymaga, że w opinii własnej ZTM w odniesieniu do pozycji A.2 oraz A.7.5 brak jakichkolwiek zastrzeżeń co do prawidłowości ich kalkulacji. Tym samym

stwierdzone w opinii IDiM niedoszacowanie (w A.2 to kwota 0,00009 zł netto, zaś w A.7.5 kwota 0,0011 zł netto), Izba uznała za nieistotne dla rozstrzygnięcia dokonanego przez Zamawiającego, jako że nie znajdują one potwierdzenia w drugiej z powoływanych przez Zamawiającego opinii.

W kontekście pozycji D.1 i D.2, w pierwszej kolejności dostrzeżenia wymagało to, że zgodnie z § 5 pkt 29 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ wykonawca miał się zobowiązać do „zatrudnienia na umowę o pracę (pełny etat) minimum 120 pracowników na stanowiskach: kierowca autobusu, dyspozytor, pracownik służby zabezpieczenia ruchu”. To właśnie ten zapis, przy uwzględnieniu charakteru i znaczenia przypisanego przez Zamawiającego szczegółowej kalkulacji ceny (brak wpływu na realizację umowy), będzie jedynym wiążącym dla Odwołującego przy realizacji zamówienia co do poziomu minimalnego zatrudnienia. Zamawiający w toku rozprawy przed Izbą stwierdził bowiem wyraźnie, że nie oczekiwał on od wykonawców jednoznacznego określenia w treści oferty liczby kierowców, których wykonawcy zobowiązaliby się zatrudnić.

W kontekście powyższego, za nieistotne dla rozstrzygnięcia Izba uznała sformułowane w toku rozprawy przed Izbą twierdzenie Zamawiającego, że minimalną ilością kierowców dla należytego wykonania usługi było co najmniej 130 osób.

Nadto, jak przyznał to Zamawiający, w SIWZ nie zostały zawarte wymagania co do minimalnego poziomu wynagrodzenia, które powinno być wypłacane kierowcom. W powoływanym zapisie wzoru umowy, mowa o łącznie 120 pracownikach zatrudnionych na pełen etat, bez dookreślenia ilu w tym gronie ma być kierowców. W takim przypadku podane przez Odwołującego średnie zarobki kierowcy (podkreślenia wymaga w tym miejscu, że dla autorów opinii IDiM było oczywiste, że podana w wyjaśnieniach Odwołującego, na stronie 20, kwota podstawowego wynagrodzenia kierowcy jest kwotą odpowiadającą średniemu wynagrodzeniu – tak na stronie 17 opinii), przy uwzględnieniu zatrudnienia części kierowców na ułamkową część etatu (nawet przy zachowaniu deklarowanej przez niego liczby 145 kierowców przypadającej średniomiesięcznie w roku – Odwołujący deklarował liczbę 145 osób, nie zaś 145 pełnych etatów), nie będą odpowiadały rzeczywistym wynagrodzeniom pracowników zatrudnionych na pełen etat, te będą bowiem *de facto* większe niż wskazane w wyjaśnieniach Odwołującego, jako wartość wynikająca z prostego podzielenia całej kwoty przeznaczonej na wynagrodzenia przez liczbę zatrudnionych pracowników. Uwzględnienie tej tylko okoliczności podważa rzetelność obu opinii, na które powoływał się Zamawiający. Każda z nich opiera się bowiem na założeniu, że kwota wyliczona poprzez podzielenie sumy wartości ujętych w pozycji D.1 i D.7, gdzie Odwołujący wskazał odpowiednią rezerwę na wynagrodzenia, winna zostać podzielona przez liczbę 145 kierowców, co miało prowadzić do

jednoznacznego przesądzenia, że każdy z nich będzie zarabiał taką właśnie kwotę. Tak ustaloną kwotę autorzy obu opinii odnosili do ustalonych przez siebie wartości średnich wynagrodzeń kierowców na rynku warszawskim. Tymczasem, jeśli uwzględnić podnoszoną przez Odwołującego okoliczność, że nie wszyscy zatrudnieni przez niego kierowcy zostaną zatrudnieni na pełen etat, wówczas niemożliwe jest proste podzielenie kwoty globalnie przeznaczonej na wynagrodzenia przez liczbę zatrudnionych kierowców. Oczywistym jest, że w takim przypadku takie proste przeliczenie nie pozwoli ustalić rzeczywistych zarobków kierowców zatrudnionych tylko na pełnych etatach.

W kontekście powyższego zauważyć należy, że jak twierdził Odwołujący, a czemu nie zaprzeczyli Zamawiający z Przystępującym, w pozycjach D.1 i D.7 łącznie Odwołujący przewidział koszt 1,5135 zł netto, zaś Przystępujący koszt 1,5200 zł netto za 1 wzkm. Konieczne jest przy tym uwzględnienie, że kalkulacja każdego z wykonawców przewidywać musiała zrealizowanie tego samego rozkładu jazdy, tą samą liczbą autobusów.

Bezpodstawnie też Zamawiający w toku rozprawy twierdził, że Odwołujący w złożonych mu wyjaśnieniach nie wskazywał na uwzględnienie takich kosztów wynagrodzenia kierowców, jak powoływane przez niego ekwiwalenty, diety czy dodatki. W wyjaśnieniach Odwołującego wskazano na te koszty w sposób bezpośredni na ich 20 stronie.

Ważnym wydaje się również to, że obie opinie pomijały w swej treści przedstawienie przez Odwołującego wraz z wyjaśnieniami oświadczenia Biegłego Rewidenta, w którym podane zostało w jakiej wysokości wydatki ponosił on na wynagrodzenia kierowców w przeliczeniu na jeden wozokilometr w okresie bezpośrednio poprzedzającym datę, w której upływał termin złożenia oferty, tj. w pierwszym kwartale 2016 r.

Co równie ważne, w wyjaśnieniach wskazano również, że Odwołujący przewidział odpowiedni wzrost w tym zakresie, który uwzględnił w szczegółowej kalkulacji ceny złożonej wraz z ofertą.

Niezależnie od powyższego ważnym jest to, że zgodnie z treścią wyjaśnień złożonych Zamawiającemu w trybie art. 90 ustawy Pzp Odwołujący w pozycjach A.3, A.4, A.7.3, B.3 i D.2 przewidział odpowiednie bufory bezpieczeństwa, łącznie na kwotę 0,0728 zł netto. Dostrzeżenia w tym kontekście wymaga to, że co do pozycji A.3, A.4, A.7.3, B.3 Zamawiający nie zgłaszał w piśmie z dnia 27 lipca 2016 r. żadnych uwag. Uwagi takie nie zostały też zawarte w żadnej z dwóch istotnych dla rozstrzygnięcia opinii. Nadto również autorzy opinii własnej ZTM dostrzegli takie bufory w pozycjach A.8, D.2 i D.7 na łączną kwotę 0,2249 zł netto.

Wszystkie te okoliczności przemawiały za tym, że w rozpoznawanej sprawie brak było podstaw do uznania, że zaoferowana przez Odwołującego cena jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tym samym odrzucenie przez Zamawiającego oferty złożonej przez Odwołującego z tego właśnie powodu stanowiło naruszenie przepisów ustawy Pzp, w tym w szczególności przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4).”

Na wskazany wyżej wyrok KIO żadna ze stron ani uczestnik postępowania nie wnieśli skargi do sądu okręgowego.

Pismem z dnia 24 października 2016 roku zamawiający wystosował do odwołującego pismo następującej treści:

"W związku z wyrokiem KIO 1458/2016 Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w części II postępowania, a także czynność wykluczenia wykonawcy oraz czynność odrzucenia oferty 1 złożonej przez Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Sp. z o.o. w Grodzisku Maz.

Zgodnie z wyrokiem KIO, Komisja przetargowa dokona ponownej oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz badania i oceny ofert złożonych w części II postępowania.

W ramach powtarzanych czynności, Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29.01.2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementowi oferty mających wpływ na wysokość ceny zawartej w Formularzu ofertowym w części II w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę:

Pojazdy oferowane w ramach przetargu

Prosimy o przekazanie dokumentów potwierdzających przedłużenie ważności przedstawionych ofert zakupu autobusów pozostałych producentów (Mercedes, Solbus, Scania) w przypadku jeśli w dalszym ciągu w ramach Państwa oferty rozpatrywane są one do realizacji umowy.

A.I Paliwo

Prosimy o przedstawienie informacji w jaki sposób ewentualna zmiana wybranego modelu pojazdu wpłynie na zmianę oszacowanych kosztów paliwa (poprzez zmianę spalania). Informacje prosimy przedstawić z podziałem na wszystkie modele, które zostały zaproponowane w przetargu.

A 7.2 Obsługa techniczna wozu — części zamienne

1. W ramach uzupełnienia wcześniejszych wyjaśnień prosimy o wskazanie metodyki oszacowania wysokości sumarycznego kosztu za części zamienne w kolejnych latach trwania umowy, która potwierdzi ich wystarczającą wielkość dla zapewnienia pojazdów w stanie technicznym wymaganym SIWZ.

Jeśli założenia kosztów dla każdego roku opierały się na dodatkowych zestawieniach bazujących dla przykładu na szacowanej liczbie wymian poszczególnych części i podzespołów (oraz ich jednostkowego kosztu) to również prosimy o przekazanie takich zestawień.

2. Prosimy o przedstawienie informacji w jaki sposób ewentualna zmiana wybranego modelu pojazdu wpłynie na zmianę oszacowanych kosztów części zamiennych. Informacje prosimy przedstawić z podziałem na wszystkie modele, które zostały zaproponowane w przetargu.

A 7.3 Obsługa techniczna wozu - ogumienie

Prosimy o wyjaśnienie przyczyn przyjęcia w kalkulacji wymian opon co 150 tys. wykonanych km, skoro wg przedstawionej dokumentacji firm zewnętrznych deklarowana trwałość opon jest niższa.

D.I Wynagrodzenia

1. Prosimy o przedstawienie planowanej liczby etatów oraz struktury zatrudnienia (wskazanie liczby osób planowanych do zatrudnienia z wykorzystaniem poszczególnych form zatrudnienia - umowa o pracę, umowa zlecenie) dla:

- Kierowców (wg dotychczasowych informacji 145 kierowców), Pracowników służby zabezpieczenia ruchu (wg dotychczasowych informacji 10 osób plus dodatkowe 2,5 etatu), Dyspozytorów (wg dotychczasowych informacji 5 pracowników), Obsługi zaplecza technicznego (wg dotychczasowych informacji 12-18 pracowników w zależności od roku realizacji umowy).

2. Prosimy o wskazanie podziału kosztów wynagrodzeń kierowców, zasad przyznawania oraz algorytmu wyliczenia poszczególnych elementów, z uwzględnieniem wszystkich wymienionych przez Państwa w dotychczasowej korespondencji elementów (m.in. podstawę wynagrodzenia, fundusz socjalny, ekwiwalent, diety kierowców, ewentualne podwyżki, składki ZUS i FEP).

Zgodnie z art. 90 ust. 1 pkt 2) ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Ponadto Zamawiający informuje, iż zgodnie z art. 90 ust. 3 cyt. ustawy, odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 26 listopada 2010r., (sygn. akt: KIO/2498/10) wskazuje również, że wyjaśnienia zawierające niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia należy uznać za niezłożone."

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie bezpodstawnego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w zakresie obsługi technicznej wozu – części zamienne oraz wynagrodzenia.

W pozostałym zakresie Izba uznała odwołanie za nieuzasadnione.

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

Izba uznała, że w rozpoznawanej sprawie nie zachodzą przesłanki obligujące Izbę do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy P.z.p.

W szczególności Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy P.z.p., zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeśli dotyczy ono czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Odrzucenie odwołania na podstawie wskazanego przepisu może mieć miejsce w sytuacji, gdy w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostało wniesione odwołanie, które Izba uwzględniła i nakazała zamawiającemu wykonanie określonej czynności. Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli dotyczy ono czynności, które zamawiający wykonał zgodnie z wyrokiem. Wykładnia *a contrario* art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy P.z.p. wskazuje, że odwołanie nie zostanie odrzucone w sytuacji, gdy zamawiający wykonał nakazane czynności w sposób odmienny niż wynikało to z wyroku Izby.

Podkreślenia wymaga, że czynności nakazane przez Izbę zamawiający musi wykonać biorąc pod uwagę całość wyroku, tj. nie tylko jego sentencję, ale także ustalenia i wnioski zawarte w uzasadnieniu. Z uzasadnienia wyroku z dnia 2 września 2016 roku sygn.

akt KIO 1458/16 wynika, że Izba rozpoznała i szczegółowo odniosła się do takich okoliczności, jak charakter kalkulacji cenowej, cenotwórcze elementy oferty w zakresie obsługi technicznej wozu (części zamienne) oraz wynagrodzenia. W tym zakresie Izba uznała, że cena zaoferowana przez odwołującego nie jest ceną rażąco niską.

Zamawiający obowiązany był zatem dokonać nakazane przez Izbę czynności z uwzględnieniem powyższych założeń. Podkreślić należy, że wskazane orzeczenie nie zostało zaskarżone do sądu okręgowego, w związku z czym stało się ono prawomocne i formalnie zakończyło spór w tym zakresie. Tym samym nie może ono zostać zmienione poprzez jakikolwiek czynności zamawiającego. Tymczasem treść wystosowanego przez zamawiającego odwołania wskazuje na to, iż zamawiający nie uwzględnił stanowiska Izby wyrażonego w wyroku, stąd też w rozpoznawanej sprawie nie zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 182 ust. 2 pkt 5 ustawy P.z.p.

Z analogicznych względów Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu w zakresie wskazanym w sentencji. Co do zasady, Izba podziela ugruntowane w orzecznictwie KIO oraz sądów powszechnych przekonanie, iż wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. może być kierowane do wykonawcy więcej niż jeden raz, niemniej jednak kolejne wezwania winny mieć na celu na wyjaśnienie wątpliwości, które powstały na podstawie udzielonych wcześniej wyjaśnień. W rozpoznawanym przypadku o tego rodzaju wątpliwościach mowy być nie może w sytuacji, gdy Izba w wyroku wydanym w sprawie KIO 1458/16 zbadała wyjaśnienia odwołującego złożone w pismach będących odpowiedziami na wezwania z dnia 24 czerwca i 22 lipca 2016 roku i stwierdziła, że brak jest podstaw do uznania, że cena odwołującego jest ceną rażąco niską.

Podkreślić należy, że jedyną prawnie dopuszczalną formą polemiki z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej jest wniesienie skargi do właściwego sądu okręgowego. Skoro zamawiający takiej skargi nie wniósł, przyjęć należy, że z wyrokiem Izby się godził i go akceptował. Nie do przyjęcia natomiast jest sytuacja, że zamawiający, rzekomo wykonując wyrok Izby, w istocie go podważa i zmienia zawarte w nim ustalenia. Zamawiający nie wykazał przy tym zmiany okoliczności uzasadniających ponowne wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Należało zatem przyjąć, że okoliczności te nie uległy zmianie. Nie zmieniły się zatem ustalenia Izby zawarte w wyroku z 2 września 2016 roku.

Stanowisko Izby nie pozostaje w sprzeczności z cytowanym przez zamawiającego wyrokiem KIO z 4 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 672/13, zgodnie z którym "zamawiający jest uprawniony, aby w toku postępowania korygować swoje czynności, nie tylko nakazane wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej, ale także samodzielnie, w sytuacji gdy w trakcie ponownej oceny ofert ustali okoliczności, które powinny skutkować wykluczeniem

wykonawcy z postępowania. Do czasu zawarcia umowy z wybranym wykonawcą zamawiający może zmienić swoje czynności, na które wykonawcom przysługują ewentualne nowe środki zaskarżenia". Podkreślenia wszakże wymaga, iż chodzi tutaj o czynności, które nie były przedmiotem badania Izby i wobec których Izba nie zajęła stanowiska. Oczywistym jest bowiem, że w trakcie ponownej czynności badania i oceny ofert zamawiający może ustalić okoliczności, których wcześniej z różnych względów nie wziął pod uwagę. Zamawiający nie może jednak samodzielnie zmieniać okoliczności ustalonych i zatwierdzonych prawomocnym wyrokiem.

Izba uznała odwołanie za bezzasadne w pozostałym zakresie, tj. wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień co do pojazdów oferowanych w ramach przetargu, paliwa oraz obsługi technicznej wozu - ogumienie. W ocenie Izby do wezwania w tym zakresie nie zostały przez odwołującego podniesione skuteczne zarzuty. Wskazać należy, że zarzut to zawarte w treści odwołania stwierdzenie, że z pewnych wskazanych powodów czynność bądź zaniechanie czynności przez zamawiającego powinno być uznane za nieprawidłowe. Tymczasem odwołujący nie stwierdził, dlaczego zakwestionowane przez niego wezwanie do złożenia wyjaśnień jest niewłaściwe w odniesieniu do pojazdów oferowanych przez niego w przetargu, paliwa oraz ogumienia. Kwestie te nie były przedmiotem rozpoznania przez Izbę w sprawie KIO 1458/16, zamawiający podniósł natomiast, iż w tym zakresie wezwanie było zasadne z uwagi na nieprzedłużenie przez odwołującego ofert na niektóre modele autobusów zaproponowanych w ramach jego oferty. Tym samym zarzut, jako formalnie nieistniejący, nie mógł zostać rozpoznany. Podkreślić należy, że dla skutecznego podniesienia zarzutu nie jest wystarczające wyłącznie wskazanie zaskarżonej czynności, ale uzasadnienie, dlaczego, w ocenie odwołującego, jest ona nieprawidłowa.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....