Sygn. akt: KIO 466/17

WYROK
z dnia 28 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 23 marca 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 marca 2017r. przez **wykonawcę D. L. A. Sp. z o.o. z siedzibą we W., (…)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Wrocław - Urząd Miejski Wrocławia, (…)**

przy udziale **wykonawcy S. S. A. z siedzibą we W., (…)** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 466/17 po stronie zamawiającego **orzeka:**

1. **uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy i**
   1.1. nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 28 lutego 2017r., powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym ponowne wezwanie wykonawcy S. S. A. z siedzibą we W., (…) w trybie art. 90 ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnień następujących elementów oferty mających wpływ na cenę:
   - w zakresie kosztów pracy kierowców w zakresie dojazdów, obsługi dystrybutorskiej, zarządzania kontraktem, obsługi rozliczeń systemu sprzedaży, gdyż wykonawca nie wykazał, że **te koszty pracy zostały uwzględnione i czy pokrywają wynagrodzenie pracowników co najmniej równe minimalnemu wynagrodzeniu za pracę**
   - co do sposobu finansowania zakupu autobusów w świetle **rozbieżności pomiędzy umową sprzedaży autobusów zakładającą leasing, a oświadczeniem S. w wyjaśnieniach – wskazującą na sfinansowanie ze** środków **własnych**
   - w zakresie kosztów urządzeń dodatkowych systemu monitoringu i punktualności, tablic i kasowników, gdyż wykonawca nie wykazał kto finansuje zakup urządzeń do wymaganych systemów i ich montażu, zwłaszcza w świetle

---

oferty odwołującego wprost wskazującej, że **S. tych kosztów nie uwzględnia w cenie**
1.2. w pozostałym zakresie odwołanie oddala

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Wrocław - Urząd Miejski Wrocławia, (…)** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę D. L. A. Sp. z o.o. z siedzibą we W., (…)** tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od **Gminy Wrocław - Urząd Miejski Wrocławia, (…)** na rzecz **D. L. A. Sp. z o.o. z siedzibą we W., (…)** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie : osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 466/17

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn.: „Świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego organizowanego przez Gminę Wrocław na terenie Wrocławia oraz Gminy Wisznia Mała" zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25 listopada 2016 r., za numerem 2016/S 228-415369.
Odwołujący – D. L. A. Sp. z o.o. z siedzibą we W., (…), w dniu 28 lutego 2017 r. otrzymał od zamawiającego drogą elektroniczną informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, zgodnie z, którą jako najkorzystniejszą ofertę zamawiający wybrał ofertę wykonawcy S. S. A. z siedzibą we W., (…) – dalej S., natomiast oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętych oraz zaniechanych w postępowaniu, tj. od:
a) czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę S. jako najkorzystniejszej oferty,
b) czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę S.,
c) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę S., pomimo że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak i pomimo że wykonawca S. nie złożył wyjaśnień, które można by uznać za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy, a tym samym wykonawca S. nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,
d) zaniechania czynności dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej.
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie :
a) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579 – dalej ustawy) w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z naruszeniem art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę S., pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak i pomimo że wykonawca S. nie złożył wyjaśnień, które można by uznać za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy, a tym samym wykonawca S. nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
b) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy S. jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu, aby:
a) unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy S. jako najkorzystniejszej oferty;
b) dokonał ponownego badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę S.;
c) dokonał czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę S. z przyczyn wskazanych w niniejszym odwołaniu;
d) dokonał czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.
Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i ubiega się o udzielenie mu zamówienia.
Ponadto odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy odwołujący poniósł szkodę. Gdyby zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej zaniechanych czynności, natomiast nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy. W konsekwencji, zgodnie z określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert, Oferta odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, bowiem po odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę S., to oferta odwołującego będzie najkorzystniejszą ofertą, tj. ofertą, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego.
Poprzez zaniechanie powyższych czynności zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (lucrum cessans). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy. Odwołujący wskazał ponadto,

że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy niewątpliwie miało istotny wpływ na wynik postępowania a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób wpłynęło ha wynik postępowania.
Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z naruszeniem art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę S., pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak i pomimo że wykonawca S. nie złożył wyjaśnień, które można by uznać za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy, a tym

samym wykonawca S. nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, odwołujący stwierdził, co następuje.
A. Rażąco niska cena
1. Zamawiający pismem z dnia 23 stycznia 2017 r. na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy w celu ustalenia, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwrócił się do wykonawcy S. o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny. Odwołujący podkreślił, że w świetle okoliczności faktycznych niniejszej sprawy powyższe wezwanie było w pełni uzasadnione. Zamawiający wskazał w ww. wezwaniu, że „wartość szacunkowa zamówienia powiększona o podatek VAT wynosi: 8.585.157,60 zł, natomiast średnia arytmetyczna wszystkich ofert wynosi: 7.153.884,04 zł. Cena oferty to 6.292.611,36 zł brutto, co wskazuje, że oferta jest niższa o 26,70% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT i o 12% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert." W uzupełnieniu powyższego odwołujący podkreślił, że w przypadku usług polegających na publicznym transporcie zbiorowym, gdzie w celu prawidłowego ich realizowania niezbędne jest w przeważającym zakresie nabywanie towarów i usług od podmiotów trzecich (autobusy, paliwo, materiały eksploatacyjne i części, praca), i zdaniem odwołującego nawet niewielkie obniżenie ceny w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia przy założeniu świadczenia usług 5 fabrycznie nowymi autobusami daje podstawy do podejrzenia, że zaoferowana cena jest rażąco niska. Cena oferty wykonawcy S. jest niższa od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT o 26,70% co stanowi różnicę bardzo istotną i niewątpliwie wymagającą wyjaśnienia.
Wykonawca S. w dniu 26 stycznia 2017 r. złożył do zamawiającego pismo mające zawierać wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny. Jak wynika z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 28 lutego 2017 r. zamawiający uznał powyższe pismo za wystarczające i nie odrzucił oferty wykonawcy S. ze względu na rażąco niską cenę. Odwołujący nie zgadza się z takim rozstrzygnięciem zamawiającego.
Odwołujący wskazał, że wykonawca S. w ramach kryterium „ Wiek taboru" zaoferował wykonanie zamówienia za pomocą 5 fabrycznie nowych autobusów z 2017 r. i z tego względu otrzymał w tym kryterium maksimum punktów, tj. 30. Z doświadczenia odwołującego, jako profesjonalnego podmiotu działającego na rynku usług przewozowych, a; także z dokonanych przez niego kalkulacji i obliczeń jasno wynika, że prawidłowa realizacja przedmiotu zamówienia w zakresie opisanym w SIWZ przy użyciu 5 fabrycznie nowych autobusów za cenę za wozokilometr zaoferowaną przez wykonawcę S., tj. 5,29 zł brutto, jest niemożliwa. Powyższa cena może być według odwołującego wynikiem niewłaściwej kalkulacji stawki za wozokilometr, bądź wynikać ze świadomego zaoferowania, ceny za realizację przedmiotu zamówienia poniżej kosztów wykonania. Wskazać trzeba, że na

główne pozycje kosztowe dotyczące realizacji usług publicznego transportu zbiorowego składają się następujące koszty:
- taboru (jego amortyzacja),
- finansowania zakupu autobusów,
- paliwa,
- pracy kierowców,

- zorganizowania i utrzymania, będącego częścią przedmiotu zamówienia, systemu automatycznej lokalizacji pojazdów, kontroli punktualności,
- zorganizowania i obsługi sprzedaży biletów,
- części zamiennych i materiałów eksploatacyjnych pojazdów,
- napraw pojazdów (robocizna),
- ubezpieczenie taboru,
- podatku drogowego i innych opłat, w tym za korzystanie ze środowiska,
- obsługi dyspozytorskiej,
- parkowania autobusów,
- ogólne (tzw. koszty zarządu),
- rezerwy związane z ryzykiem (głównie wzrostu cen paliw i kosztów pracy, zmniejszenia ilości pracy przewozowej opisanej w SIWZ, wprowadzenia do ruchu kolejnych pojazdów),

Na cenę oprócz wszystkich ww. kosztów składa się jeszcze zysk, gdyż każdy racjonalnie działający przedsiębiorca prowadzi swoją działalność właśnie w celu osiągnięcia zysku.
Jak wynika z kalkulacji przeprowadzonej przez odwołującego koszt realizacji zamówienia znacznie przekracza oferowaną przez wykonawcę S. cenę za wozokilometr (identyczną dla obu typów autobusów) w wysokości 5,29 zł brutto. W świetle kalkulacji odwołującego, sporządzonej przy założeniu realizacji przedmiotu zamówienia przy użyciu 5 fabrycznie nowych autobusów, jak to zaoferował wykonawca S., cena za realizację przedmiotu zamówienia winna wynieść co najmniej 6,02 zł /km (5,58 zł netto). Tym samym zaoferowana przez wykonawcę S. cena jest zaniżona o 0;73 zł. Odwołujący podkreślił, że przyjęte w kalkulacji wartości zostały określone rzetelnie na podstawie jego wiedzy i doświadczenia oraz są oparte na dowodach w postaci niezależnych ofert handlowych, kserokopii faktur itp.
Na główne pozycje kosztowe dotyczące realizacji usług publicznego transportu zbiorowego składają się następujące koszty, które są identyczne dla każdego podmiotu działającego na tym samym obszarze (mieście). W związku z tym w pismach kierowanych do zamawiającego na etapie badania i oceny ofert (pismo z 16 stycznia 2017 r. oraz pismo z 06 lutego 2017 r.) odwołujący wskazywał na następujące koszty i ich wysokość (netto):
1) Tabor (amortyzacja): 1,69 zł
2) Paliwo + materiały eksploatacyjne (0,93 zł + 0,06 zł): 0,99 zł

---

3) Koszty finansowania zakupu: 0,27 zł
4) Zakup i utrzymanie systemu informacji pasażerskiej, systemu monitoringu: 0,26 zł
5) Ubezpieczenie autobusów: 0,19 zł
6) Wynagrodzenie kierowców: 1,72 zł
RAZEM POZYCJE OD 1 DO 6: 5,12 zł (netto)
Powyżej zostały wskazane wyłącznie podstawowe koszty, które będą dotyczyły realizacji przedmiotu zamówienia 5 nowymi autobusami. Oczywiście pewne pozycje ze względu na indywidualne warunki dotyczące danego wykonawcy mogą się nieznacznie różnić, jednak różnica ta nie będzie większa niż w najlepszym przypadku kilka groszy. Jak widać z przedstawionego zestawienia tylko 6 podstawowych pozycji kosztowych daje cenę za wozokilometr o 0,22 zł wyższą od ceny zaoferowanej przez wykonawcę S., która wynosi 4,90 zł netto Odwołujący odpowiadając na wezwania Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy w swojej kalkulacji ceny wskazał aż 29 pozycji kosztowych niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia.
Poniżej odwołujący przedstawił dodatkowe informacje dotyczące wskazanych powyżej podstawowych pozycji kosztowych:
1) odnośnie amortyzacji taboru podkreślił, że nie jest możliwe, aby jakikolwiek wykonawca chcący realizować przedmiot zamówienia przy użyciu 5 fabrycznie nowych autobusów mógł przy umowie zawartej na 36 miesięcy amortyzować autobus inaczej niż przy zastosowaniu ustawowego okresu tj. 5 lat i stawki 20% rocznie;
2) koszty paliwa i materiałów eksploatacyjnych są niezależne od wykonawców usług przewozowych, którzy kupują paliwo i materiały eksploatacyjne od ich producentów lub dystrybutorów. Sytuacja wykonawcy S. nie różni się zdaniem odwołującego w tym zakresie od sytuacji pozostałych wykonawców, w szczególności wykonawca S. nie jest ani producentem, ani dystrybutorem paliwa i materiałów eksploatacyjnych. Jak również powszechnie wiadomo wiodącym producentem i dystrybutorem paliwa w Polsce jest Polski Koncern Naftowy Orlen Spółka Akcyjna (PKN „Orlen"). Tym samym za miarodajne uznać

należy ceny paliwa stosowane przez PKN „Orlen". Natomiast ewentualne twierdzenia wykonawcy S., iż może on nabyć paliwa za niższą cenę niż cena PKN „Orlen", oceniać należy według odwołującego jako niewiarygodne. Co do zużycia paliwa dla poszczególnych typów autobusów, to wartości przyjęte przez odwołującego do kalkulacji są prawdziwe i rzetelne oraz wynikają z analizy zużycia paliwa w eksploatowanych przez nas autobusach tego samego typu, co autobusy wskazane w ofercie wykonawcy S. Odwołujący zwrócił ponadto uwagę, że autobusy wskazane w ofercie wykonawcy S. będą wyposażone w klimatyzację przestrzeni pasażerskiej, co powoduje zwiększone zużycia paliwa przez autobus;

3) odnośnie kosztów finansowania zakupu odwołujący wskazał, że nie jest możliwe pominięcie tego kosztu, gdyż jak wynika z informacji I. B. Ś. SA z dnia 19 stycznia 2017 r., złożonej przez wykonawcę S. na wezwanie zamawiającego, wykonawca ten na dzień 31 grudnia 2016 r. dysponował środkami finansowymi w wysokości około 935.000 zł z uwzględnieniem kredytu w rachunku bankowym. Wykonawca S. nie ma zatem wystarczających środków finansowych na zakup 5 nowych autobusów wskazanych w jego ofercie, gdyż zgodnie z informacjami uzyskanymi od przedstawiciela producenta autobusów wskazanych w ofercie wykonawcy S., tj. od spółki S. P. Sp. z o.o. z siedzibą w W., ich cena brutto wynosi 3.747.810,00 złotych. Zatem nie mając środków własnych na zakup autobusów wykonawca S. nie może, w ocenie odwołującego, pominąć kosztów finansowania ich zakupu czy to przez leasing czy też przez kredyt, który zazwyczaj jest rozwiązaniem droższym:
4) koszty zakupu i utrzymania w okresie 36 miesięcy systemów informacji pasażerskiej, monitoringu, oraz urządzeń związanych z obsługą systemu automatycznej kontroli punktualności muszą zostać uwzględnione w cenie oferty, gdyż wykonawca realizujący przedmiotowe zamówienie będzie musiał je ponieść. Ponadto, zgodnie z informacjami uzyskanymi od przedstawiciela producenta autobusów wskazanych w ofercie wykonawcy S., tj. od spółki S. P. Sp. z o.o. z siedzibą w W., autobusy wskazane w ofercie wykonawcy S. nie są wyposażone w system informacji pasażerskiej, monitoring, kasowniki itd., zatem koszt ich zakupu i utrzymania wykonawca S. będzie musiał ponieść niezależnie od kosztów taboru i kosztów finansowania zakupu;
5) koszty ubezpieczenia autobusów są również kosztem niezbędnym przy realizacji przedmiotu zamówienia a ich wysokość może się tylko nieznaczne różnić w zależności od indywidualnych warunków dostępnych danemu wykonawcy. Trzeba też podkreślić, że koszt ubezpieczenia autobusów jest weryfikowalny a wykonawca S. powinien udokumentować jego wysokość przedstawiając np. polisę ubezpieczeniową; 6) wynagrodzenia kierowców są największym kosztem jaki będzie ponosić wykonawca
przy realizacji przedmiotu zamówienia opisanego w SIWZ. Zamawiający w SIWZ (pkt III ppkt 6, str. 3) wymaga, aby czynności związane z wykonywaniem przewozów były wykonywane przez osoby tj. kierowcy i dyspozytorzy (w ilości min. 4 osób) zatrudnione na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r., poz. 1502 z późn. zm.). W ocenie odwołującego w celu prawidłowej i zgodnej z przepisami realizacji przedmiotu zamówienia konieczne jest zatrudnienie na podstawie umowy o pracę minimum 4 kierowców. Jak to wskazał odwołujący m.in. w swoich wyjaśnieniach dotyczących ceny, minimalne wynagrodzenie kierowców zatrudnionych na podstawie umowy o pracę we W. wynosi 3.350 zł brutto, co po doliczeniu kosztów składek ubezpieczeniowych uiszczanych przez pracodawcę oraz kosztów 26 dniu płatnego urlopu daje stawkę godzinową w wysokości 26,77 zł. Odwołujący podkreślił, że na rynku W.

powyższa stawka stanowi minimum i nie jest możliwe, aby inny wykonawca działający na tym samym rynku miał możliwość zatrudnienia kierowców za stawkę niższą. Podkreślił też, że ze względu na niedobór kierowców zarówno odwołujący jak i inne podmioty działające na rynku W. ciągle poszukują kierowców za taką stawkę, więc ich zatrudnienie za stawkę niższą jest niemożliwe. Co więcej, Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Spółka z o.o. z siedzibą we W., będące największym pracodawcą na W. rynku pracy kierowców, wciąż poszukuje kierowców oferując im wynagrodzenie brutto w wysokości 3.600,00 zł, co daje stawkę godzinową 28,94 zł, tj. większą niż przedstawiono powyżej i przyjęto na potrzeby

kalkulacji. Wskazał też, iż wchodząca na W. rynek przewozów firma W. sp. z o.o. z siedzibą w W. w celu pozyskania większej liczby kierowców w stosunkowo krótkim czasie zmuszona była jesienią ubiegłego roku zaoferować stawkę godzinową w wysokości 28,00 zł i utrzymuje ją do dnia dzisiejszego.
Z powyższego zdaniem odwołującego wynika, że wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami opisanymi w SIWZ za cenę za wozokilometr wynoszącą 4,90 zł netto jest niemożliwe. Odwołujący podkreślił, że w przypadku wykonawcy S. istotną pozycję kosztową stanowią koszty ogólne (tzw. koszty zarządu). Z informacji posiadanych przez odwołującego, który w ramach konsorcjum z wykonawcą S. aktualnie wykonuje usługi przewozowe dla zamawiającego, wynika, iż wykonawca S. musi ponosić koszty ogólne na wysokim poziomie, wyższym niż przeciętny w branży przewozowej. Oczywiście koszty te powinny znaleźć odpowiednie odzwierciedlenie w cenie zaoferowanej przez wykonawcę S.
4. Niezależnie od powyższego odwołujący podkreślił, że w postępowaniu ostatnio przeprowadzonym przez zamawiającego na „Świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego organizowanego przez Gminę Wrocław na terenie W. oraz Gminy Miękinia" (znak: ZP/PN/28/2Û16/WTR) wykonawca W. Sp. z o.o. przedstawiając najkorzystniejszą ofertę z autobusami fabrycznie nowymi zaoferował cenę za jeden wozokilometr świadczonej usługi w wysokości 6,04 zł brutto, tj. 5,59 zł netto. Jest to cena o 0,69 zł wyższa od ceny zaoferowanej obecnie przez wykonawcę S., czyli wyższa o ponad 14%. Co dla odwołującego istotne, przedmiot zamówienia w postępowaniu ZP/PN/28/2016/WTR ma być realizowany pojazdami mniejszymi niż w przedmiotowym postępowaniu a co za tym idzie pojazdami tańszymi oraz zużywającymi mniej paliwa. Odwołujący zauważył, iż obecna cena za usługi przewozowe wykonywane aktualnie dla zamawiającego przez odwołującego i wykonawcę S. wspólnie w ramach konsorcjum jest zdecydowanie wyższa i wynosi odpowiednio 5,77 zł netto dla autobusu typu B i 6,35 zł netto dla autobusu typu C.
Odwołujący podkreślił, że oferta odwołującego zakłada realizację przedmiotu zamówienia przy użyciu dwóch autobusów wyprodukowanych w roku 2013, będących w posiadaniu odwołującego i w znacznym stopniu już zamortyzowanych. Takie rozwiązanie daje

odwołującemu możliwość zaoferowania niższej ceny za przedmiot zamówienia z uwagi na zdecydowanie niższy koszt 2 używanych autobusów (amortyzacji) oraz niższe koszty ubezpieczenia tych autobusów. Tymczasem cena brutto za wozokilometr zaoferowana przez odwołującego jest o 0,16 zł wyższa od ceny zaoferowanej przez wykonawcę S., który do realizacji zamówienia zaoferował wyłącznie autobusy fabrycznie nowe.
W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca S. w dniu 26 stycznia 2017 r. przekazał zamawiającemu pismo, które miało stanowić wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty, zastrzegając je jednocześnie jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie odwołującego powyższe zastrzeżenie zostało dokonane wadliwie i bezpodstawnie, w związku z czym odwołujący wniósł do KIO odwołanie wobec zaniechania czynności odtajnienia (ujawnienia) przez zamawiającego dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę S. Odwołanie to jest przedmiotem postępowania odwoławczego toczącego się pod sygn. akt KIO 374/17 a posiedzenie KIO w jego sprawie zostało wyznaczone na dzień 13 marca 2017 r.
Podsumowując, póki co odwołujący nie miał możliwości zapoznać się z pismem wykonawcy S. złożonym w dniu 26 stycznia 2017 r. W ocenie odwołującego jest jednak niezwykle prawdopodobne, że powyższe pismo nie obaliło domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny. Wskazują na to według odwołującego w szczególności ujawnione przez zamawiającego fragmenty ww. pisma dotyczące decyzji o pozwoleniu na budowę bazy technicznej, na którą to decyzję powołał się wykonawca S. Mianowicie jak wynika z ujawnionych przez zamawiającego fragmentów wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę S. co najmniej w dwóch miejscach tych wyjaśnień (pkt 4 Własne zaplecze techniczne i pkt 6 Części zamienne, serwis) powołał się on na to, iż na podstawie uzyskanego pozwolenia na budowę wybuduje „w pełni profesjonalne, kompleksowe zaplecze serwisowo- warsztatowe wraz z powierzchnią biurową", czyli „własną stację kontroli pojazdów Odnosząc się do powyższego odwołujący wskazał, że póki co wykonawca S. nie dysponuje ani zapleczem serwisowo-warsztatowym ani własną stacją kontroli pojazdów a jedynie pozwoleniem na budowę ww. obiektów. Wynika to jasno z ujawnionych przez zamawiającego fragmentów wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę S.: „w wyniku

przeprowadzonych w kolejnych miesiącach procedur, opracowania kompletnego projektu budowlanego spółka otrzymała w dniu 16.12.2016 r. pozwolenie na budowę (załącznik nr 3)" Zatem wybudowanie i faktycznie dysponowanie przez wykonawcę S. zapleczem serwisowo-warsztatowym oraz własną stacją kontroli pojazdów jest według odwołującego okolicznością przyszłą i niepewną, nie wiadomo bowiem czy w ogóle i kiedy konkretnie obiekty te zostaną wybudowane i oddane do użytku. Podkreślił, że termin wykonania przedmiotowego zamówienia to 36 miesięcy od dnia podpisania umowy a zamawiający nie przewidział żadnego okresu przejściowego czy przygotowawczego dla wykonawcy zamówienia. Innymi

słowy świadczenie usług stanowiących przedmiot zamówienia rozpocznie się niezwłocznie po podpisaniu umowy w sprawie zamówienia, czyli zapewne jeszcze w marcu br.
Odwołujący zastanawiał się, w jaki sposób wykonawca S. chce wykorzystywać zaplecze serwisowo-warsztatowe czy własną stacje kontroli pojazdów, skoro do chwili rozpoczęcia realizacji zamówienia nie będą one jeszcze wybudowane. Powoływanie się na nieistniejące jeszcze zaplecze czy nieistniejącą jeszcze stację kontroli pojazdów oceniać należy według odwołującego jako argument niepoważny.
Nie sposób również pominąć specyfiki W., na obszarze którego podczas II Wojny Światowej toczyły się ciężkie walki i poległo ponad 170.000 osób. W rezultacie podczas prowadzenia robót budowlanych na terenie W. często zdarza się natrafić na szczątki ludzkie z tego okresu, co skutkuje przynajmniej czasowym wstrzymaniem robót i w oczywisty sposób wydłuża czas wykonania robót.
Odwołujący wskazał, że nie ma żadnego związku pomiędzy zamiarem wybudowania zaplecza serwisowo-warsztatowego czy własnej stacji kontroli pojazdów, a kosztami części zamiennych i serwisu, podczas gdy wykonawca S. na taki związek najprawdopodobniej się powołał w pkt 6 wyjaśnień - Części zamienne, serwis. Odwołujący wskazał zatem, że jeśli nawet wykonawca S. faktycznie wybuduje zaplecze serwisowo-warsztatowe czy własną stację kontroli pojazdów, to w żaden sposób nie przełoży się to na niższe koszty czy brak kosztów części zamiennych i serwisu. Nawet dysponując zapleczem serwisowo-warsztatowym czy własną stacją kontroli pojazdów wykonawca S. nadal będzie musiał kupować części zamienne do autobusów i płacić wynagrodzenie pracownikom, zajmującym się serwisem. Powyższe koszty nie mają nic wspólnego z własnym zapleczem serwisowo-warsztatowym czy własną stację kontroli pojazdów i trzeba będzie je z czegoś sfinansować, czyli uwzględnić w cenie oferty.
Odwołujący przypuszcza ponadto, że wykonawca S., powołując się na korzyści wynikające rzekomo z wybudowania zaplecza serwisowo-warsztatowego i własnej stacji kontroli pojazdów, nie wskazał z czego pokryte zostaną koszty budowy. W przypadku pokrycia kosztów budowy z kredytu bankowego lub z innej formy finansowania zewnętrznego koszty tego finansowania winny być przynajmniej częściowo uwzględnione w cenie oferowanej zamawiającemu. Jak odwołujący wskazał wcześniej z informacji I. B. Ś. SA z dnia 19 stycznia 2017 r., złożonej przez wykonawcę S. na wezwanie zamawiającego, wynika, że wykonawca ten na dzień 31 grudnia 2016 r. dysponował środkami finansowymi w wysokości około 935.000 zł z uwzględnieniem kredytu w rachunku bankowym. Tymczasem dla odwołującego nie ma żadnych wątpliwości, iż budowa zaplecza serwisowo-warsztatowego i własnej stacji kontroli pojazdów wymaga znacznych nakładów finansowych a wykonawca S. musi jeszcze ponieść koszty taboru i koszty finansowania zakupu, w związku z czym korzystanie z finansowania zewnętrznego jest bardzo prawdopodobne. Odwołujący

przypuszcza ponadto, że wykonawca S., powołując się na korzyści wynikające rzekomo z wybudowania zaplecza serwisowo-warsztatowego i własnej stacji kontroli pojazdów, nie uwzględnił kosztów amortyzacji budowy. Tymczasem w ocenie odwołującego jest oczywiste, że przynajmniej część amortyzacji zaplecza serwisowo-warsztatowego i własnej stacji kontroli pojazdów powinna stanowić koszt realizacji przedmiotowego zamówienia, skoro ww. obiekty mają być wykorzystywane właśnie w tym celu.
Odwołujący przypuszcza ponadto, że wykonawca S. w wyjaśnieniach ceny wskazał zamawiającemu, iż zaoferowane przez niego autobusy przez cały okres realizacji zamówienia, tj. przez 36 miesięcy, będą objęte gwarancją producenta, tj. czeskiej spółki S. L. spoi. s r.o., a ponieważ wykonawca S. ma status Autoryzowanej Stacji Obsługi (ASO)

producenta autobusów, to w rezultacie nie będzie ponosił kosztów napraw autobusów i kosztów części do autobusów, bowiem i koszty naprawy i koszty części będzie mu zwracał producent. Jeżeli tak faktycznie wyglądają wyjaśnienia wykonawcy S., to odwołujący wskazał, że taka argumentacja jest wadliwa i to z szeregu względów. Przede wszystkim odwołujący wskazał i podkreślił, że również posiada status ASO producenta S. L. spoi. s r.o., zatem doskonale wie jak faktycznie wyglądają warunki współpracy z tym producentem i jakie faktycznie koszty zwraca on ASO. Podkreślił, że często zdarzają się takie naprawy autobusów, które nie są naprawami gwarancyjnymi (nie wynikają z wad autobusów objętych zakresem gwarancji), ale są rezultatem np. naturalnego zużycia określonych elementów autobusu. Kosztów takich napraw producent S. L. spoi. s r.o. oczywiście nie zwróci ani wykonawcy S., ani żadnemu innemu ASO. Odwołujący podkreślił też, że S. L. spoi. s r.o. nie zwraca ASO kosztów wymiany oleju, płynów, materiałów eksploatacyjnych itd., zatem te koszty należało uwzględnić w cenie oferty. Wreszcie pamiętać trzeba, że S. L. spoi. s r.o. płaci ASO jedynie za wykonanie określonej naprawy (inaczej za przepracowanie określonej ilości godzin), natomiast nie pokrywa innych kosztów funkcjonowania ASO. Ujmując rzecz na przykładzie, jeżeli naprawa danego elementu autobusu będzie trwała 2 godziny, to S. L. spoi.
s r.o. zapłacił ASO za 2 godziny pracy, natomiast pracownik ASO, który wykonał ww. naprawę, będzie jeszcze w pracy 6 godzin, za które S. L. spoi. s r.o. nie zapłaci, natomiast ASO będzie musiało zapłacić. Innymi słowy koszty pracy pracownika ASO nie są pokrywane wyłącznie ani nawet przede wszystkim z wynagrodzenia płaconego przez S. L. spoi. s r.o., koszty te należało zatem uwzględnić w cenie oferty. Generalnie wskazał, że samo utrzymanie ASO wymaga zatrudnienia ludzi i płacenia im wynagrodzenia niezależnie od tego czy autobusy będą naprawiane w ramach gwarancji producenta czy nie. Jeżeli zatem w jakimś miesiącu autobusy nie zepsują się wcale, to wykonawca będący ASO będzie musiał ponieść chociażby koszt pracownika ASO, gdyż S. L. spoi. s r.o. nie zwróci mu żadnych kosztów. Zatem, twierdzenie,, że skoro posiadam status ASO producenta, to nic nie płacę za naprawę i części autobusów, jest niezgodne z prawdą. Pewne koszty wykonawca będący

---

ASO, a zatem także wykonawca S., zawsze będzie musiał ponieść, w szczególności koszty pracy pracowników ASO.
Trzeba zdaniem odwołującego też pamiętać o istotnej specyfice ASO tworzonych przez przewoźników drogowych takich jak odwołujący czy wykonawca S. Otóż ASO u przewoźnika drogowego jest tworzone wyłącznie na jego własne potrzeby i nie świadczy żadnych usług na zewnątrz, tj. innym podmiotom. Nie będzie zatem możliwe pokrywanie kosztów utrzymania ASO poprzez świadczenie usług na rzecz osób trzecich. Producenci autobusów, w tym S. L. spoi. s r.o., wręcz zastrzegają w umowach zawieranych z przewoźnikami drogowymi, że ASO utworzone u danego przewoźnika drogowego będzie świadczyć usługi wyłącznie na rzecz tego właśnie przewoźnika.
Odwołujący przypuszcza ponadto, że wykonawca S. w wyjaśnieniach ceny nie odniósł się do kwestii kosztów sprzedaży biletów w co najmniej jednym stacjonarnym punkcie sprzedaży (lokalizacja we W. w rejonie (…)). Zamawiający w Załączniku nr 10 do SIWZ („SZCZEGÓŁOWY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA"), w pkt 6 (str. 3) wskazał mianowicie, że:
„Wykonawca prowadzi sprzedaż biletów w imieniu i na rzecz Gminy Wrocław. Sprzedaż biletów winna być prowadzona w co najmniej jednym stacjonarnym punkcie sprzedaży (lokalizacja we W. w rejonie (…)) dostępnym dla osób niepełnosprawnych. Punkt sprzedaży winien być otwarty od poniedziałku do piątku przez co najmniej 10 godzin, w przedziale czasowym 7:00 -18:00 oraz w soboty przez co najmniej 5 godzin, w przedziale czasowym 9:00 - 15:00/'
Powyższe wymagania zamawiającego powodują, że wykonawcy mieli dwa wyjścia: albo sprzedaż biletów powierzyć podwykonawcy i w cenie oferty uwzględnić koszt powierzenia wykonania tej części zamówienia podwykonawcy (tak właśnie uczynił Odwołujący, natomiast wykonawca S. nie wskazał w swojej ofercie podwykonawcy w tym zakresie), albo zatrudnić do sprzedaży biletów minimum 2 osoby i wynająć w tym celu odpowiedni lokal. W drugim przypadku w cenie oferty należało oczywiście uwzględnić koszty zatrudnienia minimum 2 osób oraz koszt wynajmu lokalu. W ocenie odwołującego jest wielce prawdopodobne, że wykonawca S. tych kosztów w cenie swojej oferty nie uwzględnił. Tymczasem zamawiający jasno i wyraźnie wskazał w SIWZ, że ceny za 1 wozokilometr autobusu typu C jak i cena za 1 wozokilometr autobusu typu B obejmuje m.in. pośrednictwo sprzedaży biletów w imieniu i

na rzecz zamawiającego.
Odwołujący wskazał także na brak wyjaśnień, które można by uznać za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy
Niezależnie od powyższego odwołujący wskazał, że w jego ocenie że wykonawca S. nie złożył wyjaśnień, które można by uznać za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy, a tym samym wykonawca S. nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

13

Zastosowanie procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 ustawy jest czynnością zamawiającego, od której w przypadku podejrzenia złożenia oferty z rażąco niską ceną niewątpliwie odstąpić nie może. W niniejszym postępowaniu pismem z dnia 23 stycznia 2017 r. zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy w celu ustalenia, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwrócił się do wykonawcy S. o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny. Odwołujący podkreślił, że w świetle okoliczności faktycznych niniejszej sprawy powyższe wezwanie było w pełni uzasadnione, co wykazano powyżej.
Podniósł, że wykonawca S. nie zakwestionował w żaden sposób dokonanego przez zamawiającego wezwania, w szczególności nie wniósł do zamawiającego odwołania, mimo że ze względu na wartość zamówienia miał taką możliwość.
Powyższe według odwołującego ma zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia odwołania i to z dwóch względów. Po pierwsze, wezwanie wykonawcy do wyjaśnień ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy ustanawia domniemanie, iż cena oferty wykonawcy jest rażąco niska, co wynika z art. 90 ust. 2 ustawy i co potwierdza jednolite orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Po drugie, wykonawca, składając żądane przez Zamawiającego wyjaśnienia, obowiązany jest to domniemanie obalić, o czym jasno stanowi art. 90 ust. 2 ustawy, a jeżeli tego nie uczyni, jego oferta podlega odrzuceniu. Na opisane powyżej skutki wezwania do wyjaśnień ceny Izba zwróciła uwagę w szeregu swoich orzeczeń, m.in. w wyroku z dnia 28 października 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 2242/10, wyroku z dnia 11 kwietnia 2011 r., sygn. akt: KIO 624/11, wyroku z dnia 11 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO 1363/12 i wielu innych.
Do dnia wniesienia odwołania odwołujący nie miał możliwości zapoznać się z pismem wykonawcy S. złożonym w dniu 26 stycznia 2017 r. W ocenie odwołującego jest jednak niezwykle prawdopodobne, że powyższe pismo nie tylko, że nie obaliło domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny, ale w ogóle nie może być uznane za wyjaśnienie w rozumieniu art. 90 ust. ,1 ustawy. Wskazują na to w szczególności ujawnione przez
zamawiającego fragmenty ww. pisma dotyczące decyzji o pozwoleniu na budowę bazy technicznej na którą to decyzję powołał się wykonawca S.
Odwołujący ponownie podkreślił, że wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy ustanawia domniemanie prawne (praesumptio iuris) zaproponowania w ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy mają doprowadzić do obalenia tego domniemania. Przepis art. 90 ust. 2 ustawy jasno i wyraźnie stanowi bowiem, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. W pełni uzasadnione jest przypuszczenie, że wyjaśnienia wykonawcy S. zawarte w piśmie z dnia 26 stycznia 2017 r. są zbyt ogólnikowe, aby mogły obalić domniemanie złożenia oferty z rażąco niską ceną. W takim przypadku zastosowanie znaleźć powinien art. 90 ust. 3 ustawy.

14

Odwołujący podkreślił, że Krajowa Izba Odwoławcza w swoich wyrokach konsekwentnie wskazuje, iż niewystarczające jest ograniczenie się przez wykonawcę do wyliczenia w składanych wyjaśnieniach przykładowych czynników mających wpływ na zaoferowaną cenę. Jeżeli zatem wykonawca S. w złożonych wyjaśnieniach ograniczył się do ogólnikowych stwierdzeń i nie wskazał w jaki konkretnie sposób powołane przez niego okoliczności wpłynęły na wysokość zaoferowanej przez niego ceny, to nie można złożonego przez niego pisma uznać za wyjaśnienia ceny. Powyższe potwierdza utrwalone orzecznictwo KIO.
Odwołujący powołał się na wyroki : wyrok z dnia 28 lutego 2012 r., sygn. akt: KIO 314/12, wyrok, wyrok z dnia 14 czerwca 2011 r., sygn. akt: KIO 1124/11, wyrok z dnia 25 listopada 2010 r., sygn. akt: KIO 2465/10.
Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień ceny nakazał wykonawcy S., aby ustosunkował się do zarzutów odwołującego złożonych zamawiającemu w dniu 16 stycznia 2017 r. i

dotyczących zaoferowanej przez wykonawcę S. ceny ofertowej (w tym cen za wozokilometr). Zamawiający załączył do wezwania kserokopię pisma odwołującego zawierającego m.in. kalkulację stawki za wozokilometr przy założeniu realizacji przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem 5 fabrycznie nowych autobusów. Nie było zatem żadnych wątpliwości jakich wyjaśnień oczekuje zamawiający, tj. wyjaśnień konkretnych, rzeczowych, odnoszących się do argumentów i kalkulacji zawartych w piśmie odwołującego z dnia 16 stycznia 2017 r. Odwołujący podkreślił, że obalenie przez wykonawcę domniemania rażąco niskiej ceny, powstałego wskutek wezwania przez zamawiającego, musi nastąpić poprzez złożenie wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy i poparcie ich dowodami. Niewystarczające jest przy tym złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, przeciwnie, wyjaśnienia złożone w tym trybie powinny być precyzyjne, szczegółowe i konkretne, a nie sprowadzać się do powtórzenia ogólników, które mógłby się znaleźć w każdych innych wyjaśnieniach składanych w każdym innym postępowaniu. Wyjaśnienia muszą być też poparte dowodami, co jasno i wyraźnie wynika z art. 90 ust. 1 ustawy oraz z wezwania wystosowanego przez zamawiającego. W razie
przedłożenia przez wykonawcę S. ogólnikowych wyjaśnień nie popartych dowodami, w ocenie odwołującego należy uznać, iż wykonawca ten de facto żądanych wyjaśnień nie złożył i tym samym nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny, a zatem jego oferta podlega odrzuceniu w oparciu o art. 90 ust. 3 ustawy. Jak bowiem podnosi się konsekwentnie w orzecznictwie KIO, niewystarczające jest złożenie jakichkolwiek wyjaśnień. Za wyrokiem sygn. akt: KIO 1587/11 odwołujący wskazał, że: „wyjaśnienia wykonawcy winny być wyczerpujące, mieć charakter skonkretyzowanych informacji odnoszących się do sytuacji wykonawcy, do konkretnych elementów kalkulacyjnych, które miały wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia dotyczące elementów oferty, które miały wpływ na kalkulację ceny, winny wskazywać i omawiać przynajmniej podstawowe elementy cenotwórcze”

Stanowisko zbieżne z powyższym Izba wyraziła w szeregu innych orzeczeń, m.in. w:
• wyroku z dnia 2 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1568/11, wyroku z dnia 11 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO 1363/12, wyroku z dnia 15 maja 2012 r., sygn. akt: KIO 882/12, wyroku KIO z dnia 26 listopada 2010r. sygn. akt: KIO/2498/10.'
Tym samym o konieczności uznania, że wykonawca S. w rzeczywistości nie złożył wyjaśnień w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy i tym samym nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny będzie przesądzać nie tylko ich lakoniczność, lecz również to, że wykonawca S. nie wyjaśnił w jaki konkretnie sposób okoliczność powołane w wyjaśnieniach przekładają się na zaoferowaną przez niego cenę (w tym ceny za wozokilometry).
Odwołujący po raz kolejny wskazał, że wykonawca, składając żądane przez zamawiającego wyjaśnienia, obowiązany jest obalić domniemanie rażąco niskiej ceny, a jeżeli tego nie uczyni, jego oferta podlega odrzuceniu. Niewątpliwie dla obalenia ww. domniemania konieczne jest przekazanie zamawiającemu niezbędnych informacji, a zatem brak takich informacji w wyjaśnieniach winien skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy, stosownie do przepisu art. 90 ust. 3 ustawy. Odwołujący podkreślił, że wyjaśnienia, aby uznać je za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ustawy, muszą coś wnosić do sprawy. Innymi słowy wyjaśnienia takie muszą zawierać pełne informacje dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Tak właśnie sformułowane wyjaśnienia są niezbędne, aby zamawiający miał choćby potencjalną szansę je ocenić. Zatem wykonawca w złożonych wyjaśnieniach nie może się ograniczyć do ogólnikowych stwierdzeń, lecz powinien przedstawić i udowodnić obiektywne czynniki, które ukształtowały cenę jego oferty, w szczególności w zakresie wskazanym w art. 90 ust. 1 ustawy.
W ocenie odwołującego w pełni uzasadnione jest przypuszczenie, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę S. zawierają wyłącznie niczego niewyjaśniające ogólniki. Odwołujący uznał, że wykonawca S. faktycznie wymaganych wyjaśnień nie złożył, jak też nie dostarczył dowodów, które by potwierdziły,

że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia. Brak niezbędnych informacji na temat kalkulacji ceny i szczególnych okoliczności, które pozwoliły zaoferować wykonawcy S. tak niską cenę, powoduje, że wyjaśnienia wykonawcy S. trzeba oceniać jako wyłącznie gołosłowne zapewnienia, iż wszystkie koszty niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia faktycznie uwzględnił w cenie oferty. Tymczasem zarówno ustawa jak i Zamawiający wymagali od wykonawcy S. złożenia wyjaśnień a nie zapewnień. Jak słusznie wskazano w wyroku Sądu

Okręgowego w Rzeszowie z 18 kwietnia 2012 r., sygn. akt 1 Ca 117/12: ..wyjaśnienia dotyczące elementów oferty, które miały wpływ na kalkulację ceny winny wskazywać i omawiać przynajmniej podstawowe elementy cenotwórcze, składające sie na koszt wykonania zadania jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, wartości niematerialnej i prawnych, czy wreszcie zysk wykonawcy. W przeciwnym

wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen."
W konsekwencji Zamawiający był obowiązany zastosować w niniejszej sprawie art. 90 ust. 3 ustawy.
Odwołujący zauważył, że co najmniej jeden z czynników, na które powołał się wykonawca S., dotyczy również pozostałych wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie i w żaden sposób nie tłumaczy poziomu cen zaoferowanych przez wykonawcę S. Mianowicie jak wynika z ujawnionych przez zamawiającego fragmentów wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę S. co najmniej w dwóch miejscach tych wyjaśnień (pkt 4 Własne zaplecze techniczne i pkt 6 Części zamienne, serwis) powołał się on na to, iż na podstawie uzyskanego pozwolenia na budowę wybuduje „w pełni profesjonalne, kompleksowe zaplecze serwisowo-warsztatowe wraz z powierzchnią biurową", czyli „własną stację kontroli pojazdów. Pomijając to, że powyższa okoliczność w żaden sposób nie wyjaśnia w jaki sposób wykonawca S. skalkulował zaoferowane ceny, to nie jest żadną okolicznością szczególną czy wyróżniającą wykonawcę S., gdyż również odwołujący posiada na terenie Wrocławia profesjonalne, kompleksowe zaplecze serwisowo-warsztatowe wraz z powierzchnią biurową, w tym własną stację kontroli pojazdów. Co więcej odwołujący powyższym zapleczem i stacją już dysponuje a nie dopiero planuje ich wybudowanie. Sytuacja Odwołującego jest zatem w tym zakresie korzystniejsza od sytuacji wykonawcy S., który dopiero planuje wybudowanie ww. zaplecza i będzie, musiał ponieść związane z tym koszty. Odwołujący podkreślił, że zapleczem serwisowo-warsztatowym na terenie W. dysponuje jeszcze inny wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie, tj. M. Sp. z o.o.
W świetle powyższego zdaniem odwołującego w pełni uzasadnione jest podejrzenie, że okoliczności wskazane w wyjaśnieniach ceny przez wykonawcę S. są takiej natury, że może się na nie powołać praktycznie każdy wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie. Nie ma wśród nich choćby jednej, która wyróżniałaby wykonawcę S. spośród pozostałych wykonawców i faktycznie tłumaczyłaby niski poziom zaoferowanych przez niego cen.
Odwołujący zwrócił uwagę na jeszcze jedną kwestię. Z przepisów ustawy oraz utrwalonego orzecznictwa KIO i Sądów Okręgowych wynika, że obalenie przez wykonawcę domniemania rażąco niskiej ceny, powstałego wskutek wezwania przez zamawiającego, musi nastąpić poprzez złożenie wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy i poparcie ich dowodami. Tym samym za niedopuszczalne uznać należy takie postępowanie wykonawcy, który składa wyjaśnienia niewystarczające, uniemożliwiające ocenę prawidłowości dokonanej przez niego kalkulacji ceny, a dopiero później, np. na etapie odwołania, broniąc się przed zarzutem zaoferowania rażąco niskiej ceny, de facto przedstawia żądane przez zamawiającego wyjaśnienia i

tłumaczy w jaki sposób skalkulował cenę. Powyższe stanowisko również zostało potwierdzone w szeregu wyroków Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów Okręgowych, m.in. w: wyroku z dnia 11 kwietnia 2011 r., sygn. akt: KIO 624/11, wyroku z dnia 29 lipca 2011 r., sygn. akt: KIO 1512/11, KIO 1515/11, wyroku z dnia z dnia 22 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 2295/12, KIO 2297/12, KIO 2301/12, KIO 2303/12, KIO 2305/12, KIO 2307/12, KIO 2310/12, wyroku z dnia 14 maja 2013 r., sygn. akt KIO 974/13, wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 21 maja 2008 r., sygn. akt X Ga 127/08, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 czerwca 2006 r., sygn. akt sygn. akt V Ca 459/06.
Odwołujący odnosząc powyższe do okoliczności niniejszej sprawy oraz do wyjaśnień złożonych przez wykonawcę S. wskazał, że w złożonych wyjaśnieniach, wskutek ich lakoniczności i ogólnikowości, zapewne nie obalił on domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej. Jednocześnie za niedopuszczalne uznać trzeba próbę naprawienia zaniechania wykonawcy S. na etapie postępowanie odwoławczego przez „uzupełnienie"

wyjaśnień ceny o informacje i dowody, których w nich po prostu zabrakło. Wszelkie okoliczności, informacje i dowody wcześnie Zamawiającemu nieprzedstawione oceniać trzeba będzie jako spóźnione. Jak słusznie wskazano w wyroku KIO z dnia 06 września 2016 r., sygn. akt: KIO 1598/16: dowody z rozprawy z kolei winny mieścić się w ramach udzielonych wcześniej wyjaśnień, a nie ich przekraczać. Z tej przyczyny, tak istotna rola wyjaśnień i dowodów. Izba naturalnie pamięta o możliwości wieloetapowego wezwania do wyjaśnień (dopytywania), ale także w granicach pierwszych wyjaśnień, a nie ponad je. Odwołujący podkreślił, że wszelkie informacje i dowody powinny stanowić element wyjaśnień ceny złożonych zamawiającemu w toku badania i oceny ofert a nie dopiero reakcję na odwołanie. Przedstawiania informacji i dowodów dopiero na etapie postępowania odwoławczego będzie dowodzić natomiast tylko tego, że wyjaśnienia ceny złożone przez wykonawcę S. nie stanowiły wyjaśnień, które można by uznać za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy, a tym samym wykonawca S. nie wykazał,

że jego oferta nie zawiera

rażąco niskiej ceny.
Z ostrożności odwołujący odniósł się do wskazywanej w orzecznictwie KIO możliwości kilkukrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny. Odwołujący podkreślił zatem, że we wszystkich wyrokach, w których Izba dopuściła kilkukrotne wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, możliwość ta została uzależniona od spełnienia dodatkowych warunków, a przede wszystkim od złożenia przez wykonawcę odpowiednich wyjaśnień ceny już na pierwsze wezwanie Zamawiającego, tj. wyjaśnień kompletnych, wyczerpujących i odpowiadających wezwaniu. Takie stanowisko Izba wyrażała wielokrotnie, zatem jedynie tytułem przykładu Odwołujący wskazuje na wyrok z dnia 18 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 150/16, w którym podkreślono, że: „powtórzenie wezwania do udzielenia wyjaśnień musi wynikać z obiektywnych okoliczności uzasadniających uszczegółowienie

---

wyjaśnień złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie zamawiającego. Przyjąć zatem należy, że uzasadnieniem do skierowania kolejnego wezwania w trybie art. 90 ust 1 P.z.p. może być np. konieczność rozwinięcia lub uszczegółowienia wyjaśnień już złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie, sformułowane przez zamawiającego w sposób ogólny, oparty na literalnym brzmieniu przepisu, co w praktyce zdarza się bardzo często. Nie można jednak wykluczyć też sytuacji, gdy bardziej szczegółowe wyjaśnienia w określonym zakresie mogą okazać się konieczne także w przypadku wezwania szczegółowego. Konieczność taka musi wynikać jednak z okoliczności obiektywnych, przy jednoczesnym spełnieniu przez wykonawcę obowiązku rzetelnego wyjaśnienia w zakresie wymaganym w pierwszym wezwaniu. Ponawianie wezwań nie może następować w sytuacji, gdy wyjaśnienia są niekompletne, lakoniczne, nie zawierają odpowiedzi na wszystkie pytania zamawiającego. Kolejne wezwania nie mogą bowiem stanowić de facto przywrócenia terminu do złożenia wyjaśnień, które należało złożyć już na pierwsze wezwanie. Takie działanie narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w prowadzonym postępowaniu."
Jeszcze dobitniej powyższe stanowisko wyrażone zostało w wyroku z dnia 13 października 2014 r., sygn. akt KIO 2025/14.
Podsumowując, odwołujący podniósł, że możliwość wezwania do uzupełnienia wyjaśnień ceny, do wyjaśnienia nowych wątpliwości może jedynie dotyczyć takiej sytuacji, gdy wykonawca całościowo zajmie stanowisko wobec wcześniejszego wezwania zamawiającego. Zatem wątpliwości zamawiającego mogą się ewentualnie pojawić na tle złożonych wyjaśnień, które w sposób wyczerpujący odpowiadają na pierwsze wezwanie zamawiającego. Nie może być jednak na tle art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy akceptowana sytuacja, gdy wykonawca ignoruje wezwanie zamawiającego, względnie wybiera sobie jedynie te zakresy wezwania, które mu odpowiadają, resztę pomijając ogólnikami lub w ogóle pozostawiając bez komentarza. Odnosząc powyższe do okoliczności niniejszej sprawy odwołujący podkreślił,

że w wezwaniu

z dnia 23 stycznia 2017 r. zamawiający wyraźnie wskazał, iż wymaga, aby wykonawca S. ustosunkował się do zarzutów odwołującego złożonych zamawiającemu w dniu 16 stycznia 2017 r. i dotyczących zaoferowanej przez wykonawcę S. ceny ofertowej (w tym cen za wozokilometr). Zamawiający załączył do wezwania kserokopię pisma odwołującego zawierającego m.in. kalkulację stawki za wozokilometr. Nie było zatem żadnych wątpliwości jakich wyjaśnień oczekuje zamawiający, tj. wyjaśnień konkretnych, rzeczowych,

odnoszących się do argumentów i kalkulacji zawartych w piśmie odwołującego z dnia 16 stycznia 2017 r.
Jeżeli zatem pomimo tak jednoznacznie sformułowanego wezwania zamawiającego wykonawca S. ograniczył się do zdawkowego wskazania okoliczności mających rzekomo wpływ na wysokość zaoferowanych przez niego cen, bez żadnych konkretnych informacji i

wyliczeń i bez poparcia swoich twierdzeń dowodami, to uznać trzeba, że w przedmiotowej sprawie nie zostały spełnione warunki dopuszczalności ponownego zwrócenia się do wykonawcy S. o wyjaśnienia ceny. Odwołujący powołał wyrok KIO z dn. 17.07.2015r., sygn. akt 1410/15. Odwołujący zwrócił uwagę na jeszcze jedną okoliczność. Zgodnie z przepisem art. 90 ust. 2 ustawy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, w niniejszej sprawie - na wykonawcy S. Odpowiednikiem powyższego przepisu na etapie postępowania odwoławczego jest art. 190 ust. 1a ustawy, zgodnie z którym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:
1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego;
2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.
Tym samym to nie odwołujący ma udowodnić, że cena oferty wykonawcy S. jest rażąco niska, tylko to wykonawca S. przez złożenie odpowiednich wyjaśnień i poparcie ich dowodami miał udowodnić, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Jeżeli zatem wykonawca S. nie uczynił zadość powyższemu obowiązkowi, to przesądza to konieczności odrzucenia jego oferty.
Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy S. jako najkorzystniejszej oferty oraz przez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, odwołujący stwierdził, co następuje.
Powyższy zarzut stanowi konsekwencję zarzutów postawionych i opisanych powyżej.
Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponieważ, jak to zostało wykazane powyżej, oferta złożona przez wykonawcę S. podlega odrzuceniu, zamawiający jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę odwołującego, która jest najkorzystniejszą ofertą, tj. ofertą, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego.

Zamawiający w dniu 10 marca 2017r. poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 13 marca 2016r. swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca S. wskazując, że jako wykonawca wybrany ma interes w utrzymaniu w mocy decyzji zamawiającego o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa zarządu S., ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 13

marca 2017r. W ocenie S. zarzuty odwołania nie znajdują uzasadnienia faktycznego jak i prawnego, dlatego też odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem zamawiający nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy w tym zakresie.
Wniósł o:
1. oddalenie w całości odwołania w zakresie czynności wyszczególnionych w pkt. 1 ust. a) do d) odwołującego, oraz
2. podtrzymanie decyzji Zamawiającego z dnia 28 lutego 2017r. w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej.
S. zwrócił uwagę, iż w toczącym się postępowaniu przetargowym złożone zostały następujące oferty:
B. M. P. W. (…) sp. z o.o. z siedzibą we W., (…), który otrzymał następujące oceny: cena – 46,20 pkt., wiek taboru – 30 pkt, klimatyzacja – 10 pkt łącznie 86,20 pkt,
S. SA z siedzibą we W., (…) który otrzymał następujące oceny: cena – 60,00 pkt., wiek

taboru – 30 pkt, klimatyzacja – 10 pkt łącznie 100 pkt,
M. sp. z o.o. z siedzibą w R., (…) – skutecznie wykluczony,
Odwołujący, który otrzymał następujące oceny: cena – 58,20 pkt., wiek taboru – 26 pkt, klimatyzacja – 10 pkt łącznie 94,20 pkt,
Jednocześnie ocenie ofert przez Zamawiającego poddane zostały oferty numer 1, 2 i 4, bowiem oferta numer 3 złożona przez M. Sp. z o.o. została przez zamawiającego skutecznie wykluczona. Biorąc pod uwagę powyższe, ceny jednostkowe brutto 1 wzkm oferowanej usługi wyniosły odpowiednio:
• dla oferty nr. 1 złożonej przez B. M. P. W. (…) Sp. z o.o.: 6,99 zł dla taboru typu „C" oraz 6,81 zł dla taboru typu „B/;;
• dla oferty S. SA: 5,29 zł dla taboru typu „C" oraz 5,29 zł dla taboru typu „B";
• dla oferty D. L. A. Sp. z o.o.: 5,45 zł dla dla taboru typu „C" oraz 5,45 zł dla taboru typu „B".
S. zwrócił uwagę, iż jedynie cen oferty złożonej przez B. M. P. W. (…) Sp. z o.o. odbiega od poziomu cen zaoferowanych przez odwołującego i S. Wynika to, zdaniem S. z faktu braku doświadczenia Spółki B. M. P., która nigdy samodzielnie nie wykonywała przewozów o charakterystyce określonej przez zamawiającego.
S. poinformował, iż zaproponowana przez S. oferta cenowa w kwocie 5,29 zł brutto za wzkm stanowi bilans sprzyjających i dostępnych wykonawcy warunków cenotwórczych wykonania niniejszego zamówienia, a wszystkie opisane w wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu pismem z dnia 25 lutego 2017r. elementy cenotwórcze znajdują poparcie w posiadanych fakturach, ofertach cenowych pozyskanych na etapie przygotowania oferty, wieloletniego doświadczenia wykonawcy a przede wszystkim są wynikiem indywidualnie wynegocjowanych warunków umów.

Zwrócił, iż kalkulacja cenowa a co za tym idzie wartość wozokilometra proponowanej lub świadczonej usługi przewozowej, każdorazowo przygotowywana jest w oparciu o wiele zmiennych czynników, właściwych dla specyfiki zadania. Dodatkową przesłanką jest fakt, iż S. SA w okresie od 17 lutego 2014 roku do chwili obecnej świadczy usługi przewozowe na liniach 308 i 908. W tym czasie miał możliwość doskonale poznać specyfikę powyższego zadania. W treści szczegółowych wyjaśnień składników cenotwórczych, przekazanych zamawiającemu pismem z dnia 25 stycznia 2017r. zwrócił uwagę na minimalną różnicę w cenie ofert S. jak i odwołującego stanowiącą jedynie 187 362,00 zł netto, w całym 3 - letnim okresie trwania zamówienia, co stanowi 3% różnicy w wartości porównywanych ofert.
Dzięki zaoferowaniu fabrycznie nowych, ekologicznych i ekonomicznych pojazdów marki S. zminimalizowane zostały koszty zakupu oraz wydatki eksploatacyjne, ze względu na:
• indywidualnie wynegocjowaną cenę zakupu autobusów, która zawiera 3- letnią, pełną gwarancję producenta na wszystkie podzespoły,
• wyposażenie pojazdów w wymagane siwz urządzenia dodatkowe oraz fabryczna, jednolita kolorystyka pojazdów podstawowych i ich kompletne oznakowanie wymagane przez zamawiającego w cenie sprzedaży pojazdów,
• bardzo niskie zużycie paliwa na poziomie 24 l/100km.
Jednocześnie S. poinformował, iż do prawidłowej obsługi zamówienia przewidziane zostały 2 pojazdy rezerwowe będące w posiadaniu S. SA od 2010 i 2011r. Oba pojazdy stanowią własność S. SA. Z wieloletniego doświadczenia S. SA wynika, iż w przypadku kontraktów realizowanych fabrycznie nowymi pojazdami, objętymi w całym okresie eksploatacji pełną gwarancją producenta, potrzeba zastąpienia ich pojazdami rezerwowymi sprowadza się do sporadycznych przypadków. S. z racji równoległej realizacji pozostałych umów przewozowych, dysponuje wieloma rodzajami taboru wyprodukowanego w latach 2010 - 2014, które użytkowane są jako pojazdy rezerwowe. Wszystkie w/w pojazdy spełniają minimalne parametry określone przez zamawiającego dla pojazdów rezerwowych.
Dlatego też użycie tych pojazdów jego zdaniem nie będzie generować dodatkowych kosztów, a ewentualna utrata części przychodów z tytułu zastępstwa pojazdu podstawowego (niższa stawka za wzkm) będzie marginalna.
S. po raz kolejny podkreślił, iż w ramach indywidualnych negocjacji cenowych z producentem autobusów, które zostały zaproponowane w postępowaniu przetargowym, w kwocie zakupu zawarte zostały urządzenia pokładowe wymaganych przez Zamawiającego systemów: monitoringu video oraz kontroli punktualności i lokalizacji pojazdów o wartości 175 000,00 zł netto a także kasowniki biletów oraz elektroniczne tablice kierunkowe. Stawiany więc przez odwołującego argument jakoby „zgodnie z informacjami uzyskanymi od przedstawiciela

producenta autobusów wskazanych w ofercie S. tj. od spółki S. P. Sp. z o.o. (...) autobusy

wskazane w ofercie wykonawcy S. nie są wyposażone w system informacji pasażerskiej, monitoring, kasowniki, itd. (.../'jest nieprawdą.
S. posiada podpisaną umowę zawartą z dostawcą autobusów – S. P. Sp. z o.o. wraz z pisemnym potwierdzeniem Dostawcy autobusów w zakresie ceny oraz szczegółowego wyposażenia zamówionych pojazdów. Jednocześnie w celu potwierdzenia wyjaśnień w tym zakresie, S. zaproponował powołanie na świadka przedstawiciela S. P. Sp. z o.o. - Dyrektora Wykonawczego Pana J. Ć.
Zgodnie z treścią zawartej z S. P. Sp. z o.o. umowy kupna/ sprzedaży autobusy objęte są pełną gwarancją producenta w całym 36- miesięcznym okresie ich użytkowania.
Przyjęty zatem koszt wymiany części zamiennych oraz napraw w wysokości 150 000,00 zł obejmuje pozostałe, dodatkowe koszty eksploatacyjne, które nie są objęte gwarancją, a związane są z normalną eksploatacją nowych pojazdów (np. wymiana okładzin hamulcowych, pneumatyki zawieszenia, oświetlenia, etc.).
S. zwrócił uwagę, iż w przedstawionej kalkulacji w osobnej pozycji skalkulowane zostały koszty niezbędnych, zalecanych kalendarzem producenta (w celu utrzymania warunków gwarancji) wymiany „płynów eksploatacyjnych", których ca. koszt oszacowany został na poziomie 24 840,00 zł oraz koszty wymiany ogumienia oszacowane na kwotę 54 000,00 zł (na podstawie doświadczenia z wieloletniej, samodzielnej obsługi w tym zakresie).
Wykwalifikowana kadra techniczna, posiada niezbędne szkolenia i certyfikaty dzięki którym S. SA w ramach posiadanej autoryzacji producenta autobusów dokonuje w jego imieniu wszelkich napraw we własnym zakresie. Pozwala to ograniczyć wydatki związane z utrzymaniem pionu technicznego, bowiem wszystkie koszty związane z pracami przeglądowymi oraz ewentualne naprawy autobusów w całym 36-nym miesięcznym okresie ich gwarancji pokrywane są przez gwaranta – S. P. Sp. z o.o.
Jednocześnie w drugiej połowie 2017r. po przerwie uruchomiona zostanie własna stacja kontroli pojazdów, dzięki której zredukowane do zera zostaną koszty obowiązkowych
przeglądów rejestracyjnych, a możliwość szybkiej diagnostyki usterek zminimalizuje ewentualne kosztochłonne naprawy.
Nadmienił, iż w chwili obecnej S. SA w swoich strukturach pracowniczych zatrudnia diagnostę z niezbędnymi uprawnieniami do prowadzenia Okręgowej Stacji Kontroli Pojazdów.
Zwrócił uwagę, iż S. zdaje sobie sprawę z faktu ponoszenia dodatkowych kosztów utrzymania taboru autobusowego (pomimo pełnej gwarancji), jednakże koszty te zostały ujęte w jego kalkulacji.
Na chwilę obecną S. korzysta z długoterminowej umowy sprzedaży ON, dystrybuowanego przez jednego z wiodących dostawców paliw płynnych na polskim rynku. Cena zakupu 1 litra ON kształtuje się na poziomie ok. 3,60 zł. Zauważył, iż ewentualny wzrost ceny paliwa nie

wpłynie znacząco na wzrost kosztów zadania przewozowego, bowiem zamawiający przewidział waloryzacje ceny ryczałtowej 1 wozokilometra autobusu z momentem upływu 13 miesiąca od dnia rozpoczęcia realizacji przedmiotu niniejszej umowy oraz co 12 kolejnych miesięcy o wartość iloczynu: (0,9) ceny 1 wzkm obowiązującej na dzień 31 grudnia roku poprzedniego x średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych za rok poprzedni, ogłaszany przez Prezesa GUS. Jednocześnie w związku z budową własnego zaplecza biurowo - serwisowego przewidujemy uruchomienie własnego dystrybutora paliw, który w znacznym stopniu pozwoli ograniczyć koszty związane z zakupem oleju napędowego, średnio o 0,20 zł na 1 litrze. W załączonej kalkulacji przyjęto jednak dodatkową rezerwę (m.in. ze względu na pełną klimatyzację wszystkich pojazdów), a średnie zużycie paliwa określone zostało na poziomie 25 l/100 km, pomimo zdecydowanie mniejszego, faktycznego zużycia. W szczególności dotyczy to pojazdów S. 9,5, które to realizować będą przeszło 56% całej pracy przewozowej kontraktu.
S. S.A, jako dynamicznie rozwijająca się firma, w roku 2016 wyłącznie ze środków własnych nabyła grunt inwestycyjny zlokalizowany w granicach administracyjnych W., położony się w najbliższym sąsiedztwie trasy przebiegu linii (…). W wyniku przeprowadzonych w kolejnych

miesiącach procedur, opracowania kompletnego projektu budowlanego spółka otrzymała w dniu 16.12.2016r. pozwolenie na budowę. Na posiadanym terenie powstanie w pełni profesjonalne, kompleksowe zaplecze serwisowo-warsztatowe wraz z powierzchnią biurową. W ramach w/w inwestycji oprócz hali naprawczo-serwisowej przewidziana jest myjnia dla pojazdów ciężarowych i autobusów, punkt wymiany ogumienia, warsztat blacharsko-lakierniczy, dwu- stanowiskowa Okręgowa Stacja Kontroli Pojazdów oraz Autoryzowana Stacja Obsługi autobusów marki S., której autoryzację S. SA posiada od roku 2010 a także plac postojowy dla własnych autobusów. Dzięki tej inwestycji już w drugiej połowie 2017 r. S. SA nie będzie ponosić już kosztów: • obowiązkowych przeglądów okresowych,
• kosztów napraw i serwisowania autobusów użytych do obsługi zadania,
• mycia i sprzątania własnych pojazdów,
• parkowania i ochrony pojazdów.
Jednocześnie lokalizacja zaplecza biurowo-serwisowego na trasie przebiegu linii 908, pozwoli zoptymalizować czas dojazdu a także zminimalizować odległości obecnych dojazdów i zjazdów technicznych co w sposób wymierny wpłynie na obniżenie kosztów zużycia paliwa jak również pozwoli wyraźnie ograniczyć czas pracy kierowców, co wpłynie na obniżenie kosztów pracy kierowców. Teren będący własnością S. SA znajduje się przy (…) we W., i bezpośrednio przylega do trasy przebiegu linii (…), oraz znajduje się w odległości 1,8 km od pętli P.; 3,5 km od pętli S. i K. oraz 5,5 km od pętli D. N.

Istotnym aspektem branym przez S. SA pod uwagę w przygotowaniu oferty cenowej przedmiotowego zadania jest możliwość wykorzystania powierzchni wewnętrznej i zewnętrznej pojazdów jako nośnika reklamy. W najbliższej strategii Spółki niezwykle istotnym elementem będzie możliwość nieograniczonego dostępu do nośników reklamy mobilnej oraz optymalizacja ich wykorzystania, poprzez idealne targetowanie (skierowanie do odbiorców znajdujących się w gronie i obszarze zainteresowania). Pozwoli to S. SA zwiększyć efektywność reklamy oferowanych komercyjnie usług, poprzez zminimalizowanie własnych kosztów ekspozycji treści reklamowych. Dodatkowo przychody uzyskane z tytułu ekspozycji reklam od zewnętrznych najemców, S. SA zamierza wykorzystać na pokrycie kosztów związanych z zarządzaniem kontraktem.
S. SA do realizacji zadania nie przewiduje dodatkowego zatrudnienia pracowników biurowych odpowiedzialnych za prawidłową realizację zadań przewozowych. Do chwili obecnej zatrudnia wyspecjalizowaną kadrę pracowników w niezbędnej ilości etatów. Wspomniana kadra z powodzeniem realizowała i realizuje zadania związane z rozliczeniami kierowców oraz wszystkimi wymaganymi przez zamawiającego rozliczeniami (w tym międzygminnymi, systemów punktualności pracy przewozowej) obsługiwanych zadań w szczególności tych, w których S. SA stanowił lub stanowi stronę wiodącą umowy. Posiadane zaplecze pracowników oraz niezbędny sprzęt techniczny (stan na wrzesień roku 2016) wystarczający był do rozliczeń następujących zadań przewozowych:
a) umowa WTR/P/3/2014 z dnia 5 sierpnia 2014r. - lider kontraktu - 13 pojazdów;
b) umowa WTR/P/3/2013 z dnia 4 września 2013r. - lider kontraktu - 8 pojazdów;
c) umowa WTR/P/1/2015 z dnia 12 sierpnia 2015r. - uczestnik kontraktu - 6 pojazdów;
d) umowa WTR/P/1/2014 z dnia 17 lutego 2014r. - uczestnik kontraktu - 2 pojazdy;
e) umowa GKil.272.56.2012 z dnia 1 czerwca 2012r. - zadanie własne - 5 pojazdów.
S. zwrócił uwagę, iż na chwilę obecną pomimo zakończenia świadczenia usług przewozowych wskazanych w pkt. b) oraz e) w dalszym ciągu utrzymuje ten sam poziom
zatrudnienia pracowników odpowiedzialnych za w/w rozliczenia, stanowiące jeden z ważniejszych elementów składowych każdej z umów zawartych z Gminą Wrocław.
W związku z powyższym dysponuje niezbędnymi „rezerwami osobowymi", które pozwalają bez dodatkowych kosztów zarządzać kontraktem obsługiwanym przez wymagane przez zamawiającego 5 pojazdów.
Analogiczna sytuacja występuje w istniejącym w S. SA pionie bezpośredniego nadzoru nad realizacją zadań przewozowych (służby dyspozytorskie). Stosowane w S. SA innowacyjne i autorskie rozwiązania pozwoliły zminimalizować ilość niezbędnych etatów. Nadmienił, iż zarówno w tym segmencie nadzoru, S. SA pomimo zakończenia świadczenia usług przewozowych wskazanych w pkt. b) oraz e) w dalszym ciągu utrzymuje ten sam poziom zatrudnienia pracowników bezpośrednio zarządzających realizacją zadań przewozowych.

Kalkulacja kosztów pracy kierowców obliczona została przy zachowaniu wszystkich wymaganych stosownymi przepisami limitów czasu pracy. Zgodnie z podanymi wraz z SIWZ przez zamawiającego rozkładami jazdy, wyliczona przez S. optymalna ilość kierowców określona została na 12 osób. Przy czym gwarantujemy, iż do bezpośredniej realizacji czynności związanych z wykonywaniem przewozów, zgodnie z wymaganiami stawianymi przez Zamawiającego, minimum 4 osoby zatrudnione będą na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r., poz. 1502 z późn. zm.).
Zatem przyjęta w kalkulacji kwota przeznaczona na wynagrodzenia kierowców w wysokości 1 620 000,00 zł jest niższa od kwoty wyliczonej przez DLA Sp. z o.o. o 241 000,00 zł i wynika ona z optymalizacji czasu pracy, skrócenia dojazdów i zjazdów technicznych oraz stosowanych przez S. SA rozwiązań (tj. przerywany czas pracy, niższa stawka za tzw. „postojowe", etc.). Zwrócił uwagę, iż DLA Sp. z o.o. błędnie zakłada wzrost ilości płatnych wozogodzin, bowiem w 4 kwartale bieżącego roku otwarty zostanie nowy węzeł komunikacyjny w rejonie ronda (…) z fragmentem wylotowym drogi ekspresowej (…). Wraz z wprowadzoną zmianą zwiększy się zatem przepustowość na trasie linii (…) przez co skróceniu ulegną czasy przejazdu co będzie miało również wpływ na czas pracy kierowców, W zaoferowanej cenie wzkm S. SA skalkulowano koszt wymaganych przez zamawiającego systemów niezbędnych do realizacji zadania. Koszt tych elementów wyliczony został na podstawie załączonej oferty jednego z wiodących na rynku dostawcy systemów informacyjnych wymaganych przez zamawiającego. Zaproponowane rozwiązanie jest równorzędne z innymi tego typu systemami dostępnymi na rynku. (załącznik nr 4)
Jednocześnie poinformował, iż zgodnie z treścią umowy kupna/ sprzedaży autobusów, w wyniku negocjacji cenowych koszt wszystkich urządzeń pokładowych został uwzględniony w cenie zakupu pojazdów. Ponieważ koszt wszystkich urządzeń pokładowych, niezbędnych do prawidłowego działania systemów, w liczbie i parametrach wymaganych przez
zamawiającego w treści załącznika nr 1 SIWZ nie stanowi dla S. dodatkowego obciążenia, w kalkulacji cenowej uwzględnił jedynie miesięczne koszty eksploatacyjne w/w systemów.
W związku z powyższym realny koszt wymaganych przez zamawiającego systemów niezbędnych do realizacji niniejszej umowy jest w ofercie S. SA niższy o ponad 60% niż koszty analogicznego rozwiązania w oparciu o które wyliczenia przeprowadziła spółka DLA. Koszt prowadzenia sprzedaży imiennych biletów okresowych na linie objęte zamówieniem oszacowany został na poziomie 600,00 zł miesięcznie i ujęty został sumarycznie w pozycji kosztów systemu punktualności i sprzedaży biletów (kwota 21 600,00 zł). S. zwrócił uwagę, iż przypuszczenia odwołującego o minimum pięciokrotnie wyższym koszcie powadzenia punktu sprzedaży nie znajduje żadnego uzasadnienia, bowiem przyjęty poziom wynagrodzenia należnego z tytułu sprzedaży biletów okresowych przez 1 punkt

sprzedaży zlokalizowany w okolicy (…), stanowi rynkową cenę za analogiczne usługi wykonywane obecnie i w przeszłości w imieniu S. SA na zadaniach „D.", „M.", „C." oraz m.in. przez DLA Sp. z o.o. (koszty obecnego punktu sprzedaży biletów okresowych na zadaniu „W. ").
Poinformował również, iż zlecenie prowadzenia sprzedaży biletów okresowych w imieniu S. SA nie jest w jego ocenie podwykonawstwem w rozumieniu informacji zawartej w części II pkt. D formularza JEDZ, bowiem tak jak w przypadku kierowców prowadzących własną, jednoosobową działalność gospodarczą a współpracujących z wykonawcą, czy też pozostałych dostawców elementów niezbędnych do prawidłowego wykonania umowy przewozowej (paliwa, niezbędne materiały do sprzedaży biletów, hosting i utrzymanie serwerów bazodanowych systemów punktualności, etc.), to zawsze S. ponosi przed zamawiającym pełną odpowiedzialność za wszystkie elementy objęte przedmiotowym zamówieniem w tym w szczególności za dystrybucję i rozliczenie wpływu z biletów.
Zwrócił uwagę, iż przedstawiona w kalkulacji DLA Sp. z o.o. metodyka przyjęta do obliczenia kosztów finansowania pojazdów została przeprowadzona w oparciu o specyfikę działalności spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz przy wykorzystaniu finansowania opartego na leasingu.
W spółce akcyjnej jaką jest S., gdzie występuje obowiązkowe, coroczne badanie sprawozdań finansowych, kosztem używania sprzętu jest wyłącznie amortyzacja, a nie koszty leasingu. Wysokość amortyzacji wylicza się zatem liniowo a jej wartość przypada

proporcjonalnie do długości trwania kontraktu. Składka amortyzacji w spółce S. wynosi 20% w skali jednego roku. Zatem przyjęta w kalkulacji kwota amortyzacji 5 sztuk nowych pojazdów wyniesie w badanym okresie 1 829 400,00 zł. Spółka planuje zakup taboru ze środków własnych. S. wskazał, iż argument podnoszony przez odwołującego w zakresie posiadanych środków finansowych przez S. w wysokości 935 748,18 zł nie może stanowić jedynego dowodu o stanie posiadania aktywów finansowych oferenta. Cytowany dokument stanowił jedynie potwierdzenie dysponowania środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w wysokości 200 000,00 zł, która to kwota stanowiła minimalny warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej (art. VII pkt. 2.3 SIWZ).
Zwrócił uwagę, iż podważanie zdolności finansowej Spółki Akcyjnej o kapitale 1 200 000,00 zł, (wniesionego w całości), która kolejny rok z rzędu wypracowuje zysk netto powyżej 1000 000,00 zł, przez prezentowanie stanu środków na rachunku posiadanych na jednym z rachunków, jedynego dowodu o stanie aktywów finansowych, przez spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością o kapitale 250 000,00 zł jest absurdalny.
S. wyjaśnił również, iż posiada również zamortyzowany, własny tabor autobusowy o wartości rynkowej ok. 1 500 000,00 zł, który to w ramach toczącego się postępowania zostanie wymieniony na nowy (sprzedany). W posiadaniu S. znajdują się również inne środki

---

finansowe, zgromadzone na odrębnych rachunkach bankowych, których w ramach toczącego się postępowania spółka nie była zobligowana prezentować. Z ostrożności procesowej zaznaczył również, iż gdyby S. zamierzał skorzystać z umowy leasingu na sfinansowanie zakupu zaproponowanych pojazdów, jest w posiadaniu ważnej oferty, otrzymanej od jednego z leasingodawców, w której koszty 33 miesięcznego leasingu 5 nowych autobusów wyniosą 5,53%. Przy założeniu w/w wartości oraz całkowitych kosztów zakupu nowych pojazdów w kwocie: 3 049 000,00 zł netto, całkowity koszt leasingu wyniesie: 168 609,70 zł netto. Zwrócił uwagę, iż założony w naszej kalkulacji zysk netto wynosi: 224 087,50 zł. Zatem po uwzględnieniu ewentualnych kosztów leasingu, po zakończeniu umowy S. osiągnąłby i tak zysk w wysokości: 55 477,80 zł netto.
W przedstawionej kalkulacji cenowej zawarto również inne pozycje kosztowe, które nie zostały szczegółowo opisane w odpowiedzi, a w szczególności:
1. Ubezpieczenia pojazdów - (kwota 210 000,00 zł przyjęta została na podstawie obecnych umów ubezpieczeniowych, zgromadzonych ofert ubezpieczeniowych na nowe okresy ubezpieczenia oraz bieżących informacji dostępnych na rynku ubezpieczeniowym. Ogólna kwota ubezpieczenia analogiczna jest z wartością przedstawioną przez DLA Sp. z o.o.;
2. Podatki, opłaty - (kwota 26 550,00 zł stanowiąca iloczyn stałej stawki rocznej za jeden pojazd w wysokości 1 770,00 zł i ilości pojazdów);
3. Rezerwa związana z ew. karami naliczonymi przez Zleceniodawcę przewozów.
Dodatkowo z wieloletniego doświadczenia Spółki wynika, iż sprzedaż zamortyzowanych, serwisowanych zgodnie z wymaganiami producenta; a co za tym idzie utrzymanych w doskonałej kondycji technicznej 3 - letnich autobusów (dla których wg producenta minimalna żywotność, przy zachowaniu wszystkich rzeczowych i czasowych warunków (dla których wg producenta minimalna żywotność, przy zachowaniu wszystkich rzeczowych i czasowych warunków gwarancyjnych i pogwarancyjnych konserwacji i serwisu wynosi 15 lat) pozwala S. SA osiągnąć kwotę zwrotu na poziomie 50-60% ceny pojazdów nowych (S. załączył do swoich wyjaśnień z dnia 25 lutego 2017r. kopię faktury sprzedaży czteroletniego autobusu marki S. CN 12 w kwocie 250 000,00 zł, co w roku 2014 stanowiło ok. 45% wartości nowego pojazdu tego typu).
Reasumując, przedstawione w niniejszym piśmie wyjaśnienia a także szczegółowo opisane pozycje załączonej kalkulacji wraz z załącznikami, w sposób jednoznaczny pozwalają przyjąć, iż zaoferowana przez S. SA kwota ofertowa za wzkm w wysokości 5,29 zł brutto pozwoli w sposób profesjonalny i bez ryzyka zrealizować wymagane przez zamawiającego zadanie przewozowe w całym 36- miesięcznym okresie jego trwania.
S. zwrócił uwagę na fakt, iż posiada pisemną gwarancję producenta autobusów na odkup całego taboru wykorzystanego w niniejszym zadaniu przewozowym na poziomie 58% za

---

pojazdy S. BN 9,5 oraz 63% za pojazdy S. BN 12 po zakończeniu zamówienia. Tak więc S.

przewidział wszystkie ewentualności związane z ryzykiem gospodarczym, bowiem jest podwójnie zabezpieczony finansowo:
- po pierwsze przez zamawiającego, dzięki waloryzacji ceny ryczałtowej 1 wozokilometra autobusu z momentem upływu 13 miesiąca od dnia rozpoczęcia realizacji przedmiotu niniejszej umowy oraz co 12 kolejnych miesięcy o wartość iloczynu: (0,9) ceny 1 wzkm obowiązującej na dzień 31 grudnia roku poprzedniego x średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych za rok poprzedni, ogłaszany przez Prezesa GUS;
- po drugie przez producenta, dzięki umownej gwarancji odkupu taboru zysk ze sprzedaży taboru autobusowego wyniesie 1361870,00 zł netto. Uwzględniając w kalkulacji niezamortyzowaną wartość pojazdów po zakończeniu kontraktu, w kwocie 1219 600,00 zł netto do dyspozycji spółki, powstanie zrealizowany zysk w kwocie 642 270,00 zł netto. Ponadto do powyższej kwoty należy dodać jeszcze bieżący zysk wypracowany w ramach realizowanego zadania w kwocie 55 477,80 zł (opisany w punkcie 8, pomniejszony o hipotetyczne koszty leasingu), co pozwoli osiągnąć sumaryczny zysk w wysokości 697 747,80 zł netto.
Trudno S. zatem zgodzić się z argumentem odwołującego iż zaproponowana przez S. SA cena ofertowa, nosi znamiona rażąco niskiej ceny, bowiem jest niższa od ceny obecnie świadczonych przez niego usług przewozowych. Zauważył, iż zaproponowana przez S. SA oferta cenowa w kwocie 5,29 zł brutto za wzkm, stanowi bilans sprzyjających i dostępnych wykonawcy warunków cenotwórczych wykonania zamówienia a wszystkie opisane elementy cenotwórcze oferty S. znajdują poparcie w posiadanych fakturach, ofertach cenowych pozyskanych na etapie przygotowania oferty, wieloletniego doświadczenia wykonawcy a przede wszystkim są wynikiem indywidualnie wynegocjowanych warunków umów i zostały szczegółowo wyjaśnione w treści pisma przekazanego zamawiającemu w dniu 25 stycznia 2017r, Sugerowanie zatem przez odwołującego, iż S. nie uwzględnił wszystkich pozycji kosztowych, a co za tym idzie, iż jego oferta cenowa jest nierealna i zawiera znamiona rażąco niskiej ceny, to celowe wprowadzanie zamawiającego w błąd, bowiem przy wykazanym zysku na poziomie 700 000,00 zł netto nie może mieć żadnego uzasadnienia ekonomicznego. Oferta S. jest zatem w każdym elemencie bardziej korzystna dla zamawiającego, zarówno na poziomie ekonomicznym (co zostało wykazane w treści wyjaśnień złożonych zamawiającemu i które to wyjaśnienia zamawiający uwzględnił) jak też pod względem społecznym i wizerunkowym.
Dokonując wyboru oferty S., zamawiający nie miał wątpliwości, iż rozwiązanie zaproponowane przez S. SA polegające na wprowadzeniu do ruchu komfortowych, w pełni klimatyzowanych i co najważniejsze - fabrycznie nowych pojazdów, przeznaczonych do

obsługi zadania sprawi, iż poziom świadczonych dla pasażerów usług przez S. SA będzie zdecydowanie wyższy.
Reasumując, S. w trakcie trwania postępowania wykazał spełnienie wszystkich warunków udziału wymaganych przez zamawiającego, a także na jego żądanie złożył obszerne wyjaśnienia poparte dokumentami, potwierdzającymi rzetelność i prawdziwość złożonych wyjaśnień w myśl art. 90 ust. 2 ustawy.
Zamawiający po zapoznaniu się z treścią złożonych wyjaśnień oraz przedłożonymi dowodami, dokonał wyboru oferty S. SA jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, tym samym nie potwierdził zarzutów odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.
W dniu 22 marca 2017r. zamawiający, w odpowiedzi na złożone odwołanie, wniósł o jego oddalenie w całości.
Zamawiający wskazał, że w analizowanej sprawie punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej jest m.in. ustalona przez zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia powiększona o podatek VAT, która w omawianym postępowaniu została ustalona na .poziomie 8.585.157,60 zł.
Cena oferty S. SA to: 6.292.611,36 zł brutto, co wskazuje, że oferta jest niższa o 26,70 % od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT. Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych w niniejszym postępowaniu ofert wynosi 7,153.884,04 zł, Cena oferty S. jest więc niższa o 12 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert. Już tylko z powyższych informacji wynika, że cena ofertowa wyłonionej w postępowaniu przetargowym S. SA na poziomie 6.292.6111,36 zł nie daje podstaw do uznania jej jako rażąco niskiej, tym samym nie budzi wątpliwości zamawiającego co do prawidłowej realizacji zamówienia.

Nadto, w ocenie Zamawiającego analiza cen ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu nie uzasadniała wszczęcia procedury wyjaśniającej określonej w art .90 ust.1 ustawy. Zamawiający skierował jednak do wybranego S. SA w dniu 23 stycznia 2017r. pismo z prośbą o udzielenie wyjaśnień dotyczących kalkulacji zaoferowanej ceny wyłącznie, w związku z uwagami z dnia 16 stycznia 2017r. wniesionymi przez odwołującego do ceny oferty wybranej.
Zamawiający, po analizie powyższego pisma odwołującego, w którym kwestionuje on cenę wyłonionego S. S.A wyłącznie w celu zachowania należytej staranności oraz transparentności dokonywanych przezeń czynności wystosował do firmy S. SA wezwanie zgodnie z treścią art, 90 ust 1 ustawy. S. S A. oprócz wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę, zobowiązany był również odnieść się do uwag odwołującego.
W dniu 26 stycznia 2017r. S. SA złożył wyjaśnienia, które poparł stosownymi dowodami, odnosząc się jednocześnie do wątpliwości odwołującego. W wyniku przeprowadzonej oceny

---

udzielonych wyjaśnień; zamawiający stwierdził, iż wezwany wykonawca wykazał jakie czynniki wpłynęły na zaoferowaną cenę oraz przedstawił w pełni wystarczające dowody na potwierdzenie swojego stanowiska, tym samym obalił wysnute przez Odwołującego domniemanie istnienia rażąco niskiej i ceny. Przedłożone wyjaśnienia były konkretne, szczegółowe, precyzyjne i przekonujące. Powyższe jedynie utwierdziło zamawiającego w słuszności wyboru oferty S. S.A, oraz potwierdziło jego pierwotne stanowisko, że cena S. SA (26,70% niższa od szacunkowej wartości zamówienia; powiększonej o podatek VAT, 12% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich cen ofert złożonych w postępowaniu) jest ceną jak najbardziej realną aby móc zrealizować przedmiotowe nadanie z należytą starannością oraz wymogami określonymi w SIWZ. S.; dokonał szczegółowej kalkulacji ceny, przedstawiając główne pozycje kosztowe dotyczące realizacji usług publicznego transportu zbiorowego, i tj.: zakup fabrycznie nowych pojazdów, części zamienne, serwis, koszty paliwa; własne zaplecze techniczne, wyspecjalizowana kadra, systemy monitoringu video oraz punktualności, koszty finansowania oraz inne, równocześnie co ma istotne znaczenie, wykazując zysk na wysokim poziomie. Wyjaśnienia tego wykonawcy potwierdzały rzetelność kalkulacji cenowej oraz wskazywały na wyjątkowo sprzyjające okoliczności umożliwiające zaoferowanie ceny na nieco tylko niższym poziomie. Zamawiający po weryfikacji złożonych wyjaśnień uznał, że oferta nie podlega odrzuceniu na podst. art. 89 ust. 1 pkt. 4 ani na podst. art. 90 ust. 3 ustawy: Zarzuty podniesione przez odwołującego nie znajdują więc w ocenie zamawiającego uzasadnienia i należy uznać je za bezzasadne i nieuprawnione w szczególności w świetle przedłożonych dokumentów (wyjaśnień) i dowodów na ich poparcie.
W dalszej części zamawiający odniósł się do poszczególnych zarzutów:
Odwołujący słusznie wskazał, iż niektóre pozycje kosztowe ze względu na indywidualne warunki dotyczące danego wykonawcy, mogą się nieznacznie różnić Odzwierciedleniem powyższego wniosku jest właśnie fakt, że różnica między cenami ofert S. SA jak i odwołującego jest bardzo niewielka i wynosi tylko 3%. Różnice te w szczególności są wynikiem indywidualnie wynegocjowanych warunków umów, zmiennych czynników właściwych dla specyfiki zadania oraz charakterystyki tego zadania.
W tym kontekście nie bez znaczenia dla decyzji zamawiającego jest dowód potwierdzający, że oferta złożona przez firmę S. SA nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, dostarczony przez samego odwołującego. Sam bowiem złożył ofertę na poziomie nieznacznie tylko odbiegającym od S.
Zarzut, iż wysokość kosztów paliwa jest niezależny od wykonawcy usług nie może znaleźć uzasadnienia. Zgodnie z treścią wyjaśnień S. SA, korzysta on z długoterminowej umowy sprzedaży paliwa ON, przez jednego z wiodących dostawców paliw na polskim rynku. Cena zakupu paliwa 1 litra ON kształtuje się na poziomie ok. 3,6 zł. Jednocześnie w związku z budową własnego zaplecza biurowo-serwisowego przewiduje się uruchomienie własnego

---

dystrybutora paliw, który w znacznym stopniu pozwoli ograniczyć koszy związane z zakupem oleju napędowego, średnio o 0,20 zł na jednym litrze. Ponadto j dzięki zaoferowaniu fabrycznie nowych, ekologicznych i ekonomicznych pojazdów zminimalizowane zostaną wydatki eksploatacyjne i ze względu na m.in. 3 - letnią gwarancję producenta na wszystkie

podzespoły. Nowe ekologiczne autobusy to bardzo niskie zużycie paliwa na poziomie 24l/100 km.
Racjonalne gospodarowanie i ekonomiczna jazda może spowodować zmniejszenie zużycia paliwa, a tym samym spadek kosztów z tego tytułu.
Wykonawca S. S.Ą. wykazuje w swej kalkulacji:
-koszty paliwa; 982.822,50 zł;
-koszty materiałów eksploatacyjnych: 78.840,00 zł.
Zarzut dotyczący kosztów finansowania zamówienia również nie znajduje w ocenie zamawiającego uzasadnienia.
Ocena posiadania środków finansowych na realizację zadania na podstawie jedynie informacji z banku, jest z założenia błędna. Cytowany przez odwołującego dokument stanowił jedynie potwierdzenie dysponowania środkami finansowymi lub zdolności kredytowej w wysokości 200.000,00 zł, która to .kwota stanowiła minimalny warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej. Z treści wyjaśnień wynika, że w posiadaniu S. SA znajdują się również inne środki finansowe; zgromadzone na odrębnych rachunkach bankowych, których w ramach toczącego się postępowania spółka nie była zobligowana prezentować.
Uczestnik postępowania posiada również zamortyzowany, własny tabor autobusowy o wartości rynkowej ok. 1.500.000,00 zł, który to w ramach toczącego się postępowania zostanie wymieniony na nowy (sprzedany). Dodatkowo, przychody uzyskane z tytułu ekspozycji reklam od zewnętrznych najemców, S. SA zamierza wykorzystać na pokrycie kosztów związanych z zarządzanym kontraktem. Ponadto gdyby S. SA. jednak zamierzał skorzystać z umowy leasingu na sfinansowanie zakupu zaproponowanych pojazdów, jest w posiadaniu ważnej oferty, w której koszty 33 miesięcznego leasingu 5 nowych autobusów wyniosą 5,53% (całkowity koszt leasingu 168,609,70zł). S. SA wyjaśniał, że założony w kalkulacji zysk netto wynosi 224.087,50 zł, a więc po uwzględnieniu ewentualnych kosztów leasingu, po zakończeniu omowy osiągnięto by zysk w wysokością 55 477,80 zł netto.
Zarzut dotyczący, kosztów zakupu i utrzymania, systemów informacji i pasażerskiej; monitoringu oraz urządzeń związanych z obsługą systemów I automatycznej kontroli, punktualności również nie może się ostać jako nieprawdziwy oraz nie znajdujący oparcia w świetle okoliczności i faktycznych.
Nieprawdą według zamawiającego jest bowiem, że autobusy wskazane w ofercie S. SA nie są wyposażone w ww. urządzenia. S. SA w wyjaśnieniach wskazuje wprost, że koszt

---

powyższych elementów wyliczony został na podstawie załączonej oferty jednego z wiodących na rynku dostawcy systemów informacyjnych wymaganych przez zamawiającego.
Zgodnie z treścią umowy kupna/sprzedaży autobusów w wyniku negocjacji cenowych koszt wszystkich urządzeń pokładowych został uwzględniony w cenie zakupu pojazdów i wynosi 175,000,00 zł netto. W kalkulacji cenowej uwzględniono miesięczne koszty eksploatacyjne ww, systemów. Na potwierdzenie powyższego S. potwierdził, że jest w posiadaniu umowy podpisanej z dostawcą autobusów S. P. sp. z o.o. wraz z pisemnym potwierdzeniem dostawcy autobusów w zakresie ceny oraz szczegółowego wyposażenia zamawianych pojazdów.
Zarzut dotyczący wynagrodzenia kierowców, w ocenie zamawiającego należy uznać za bezzasadny.
Odwołujący podkreśla, że na rynku wrocławskim wynagrodzenie kierowców ze stawką godzinową na poziomie 26,77 zł stanowi minimum i nie jest możliwe aby inny wykonawca działający m tym samym rynku miał możliwość zatrudnienia kierowców za niższą stawkę.
Wykonawca S. SA wykazuje w załączonej kalkulacji koszty związane 2 wynagrodzeniem pracowników, przyjęta w kalkulacji kwota przeznaczona na wynagrodzenia kierowców jest niższa od kwoty wyliczonej przez odwołującego i wynika ona z optymalizacji czasu pracy skrócenia dojazdów i zjazdów technicznych oraz stosowanych przez S. SA rozwiązań.
Kalkulacja kosztów pracy kierowców obliczona została przy rachowaniu wszystkich wymaganych stosownymi przepisami limitów czasu pracy. Zgodnie z podanymi w SIWZ rozkładami jazdy, wyliczona przez Wykonawcę S. SA optymalna ilość kierowców określona została na 12 osób. Do bezpośredniej realizacji czynności związanych w wykonywaniem przewozów, zgodnie z wymaganiami stawianymi przez zamawiającego, minimum 4 osoby zatrudnione będą na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów kodeksu pracy.
Ponadto, z przeprowadzonej analizy kalkulacji S. SA, wynika, że stawka godzinowa wynagrodzenia kierowców jest

niższa niż wskazana przez odwołującego (26,77 zł) jednak
nie jest niższa od stawki minimalnej określonej prawem zgodnej ż Ustawą o minimalnym wynagrodzeniu. Przyjęta przez S. SA w kalkulacji kwota przeznaczona na wynagrodzenia kierowców wynosi 1 620 000 zł
W kwestii uwag dotyczących oferowania przez wykonawców wyższych cen za świadczenie usługi transportu w postępowaniach wcześniej prowadzonych przez zamawiającego, zamawiający zważył, co następuje.
W ocenie zamawiającego, nie sposób porównywać do siebie cen ofertowych w poszczególnych postępowaniach, bowiem każde zadanie dotyczące świadczenia usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego jest indywidualne - miało swoją szczególną specyfikę i charakterystykę. Zamówienia różniły się w szczególności: -trasą linii (długość i prędkość eksploatacyjna), gdzie przy krótkich trasach, dużej liczbie przystanków i częstych

---

postojach rosną koszty eksploatacyjne np. większe zużycie paliwa, niższa prędkość eksploatacyjna, -długością dojazdów, gdzie istotne znaczenie ma odległość od zajezdni operatora do miejsca realizacji umowy,
Różnice w oferowanych cenach wynikają również z doświadczenia przewoźnika, znajomości specyfiki zadania oraz specyfiki rynku, Nieuzasadnionym jest odnoszenie się odwołującego do cen za usługi przewozowe - wykonywane aktualnie dla zamawiającego, gdyż zainteresowanie wykonawców w tym zadaniu było niewspółmiernie niskie w porównaniu z obecnym postępowaniem. Oferty złożyło dwóch wykonawców, w tym Konsorcjum, w skład którego wchodził odwołujący oraz firma S. SA.
W przypadku konsorcjum oczywistym i powszechnie wiadomym jest, że na cenę mają wpływ koszty prowadzenia działalności (koszty zarządu, koszty działalności przewozowej, koszty operacyjne, inne) wszystkich konsorcjantów, tym samym wyliczona cena ofertowa zawsze będzie wyższa niż w przypadku wykonawcy występującego w postępowaniu samodzielnie,
W świetle wyjaśnień S. w zakresie kosztów autobusów nowych i używanych, zamawiający stwierdził, iż realizacja kontraktów fabrycznie nowymi pojazdami, i objętymi w całym okresie eksploatacji pełną gwarancją producenta nie będzie generować dodatkowych kosztów. Z drugiej strony koszty eksploatacyjne używanych pojazdów są wyższe ze względu na konieczność wymiany zużytych i wyeksploatowanych podzespołów i części.
Zarzut dotyczący powoływania się firmy S. SA na nieistniejące zaplecze serwisowo-warsztatowe i stacje kontroli pojazdów w ocenie zamawiającego jest bezzasadny,
Ze złożonych wyjaśnień S. S,A, jasno wynika, że inwestycja w postaci kompleksowego zaplecza serwisowo-warsztatowego wraz z powierzchnią biurową zostanie zrealizowana już w drugiej połowie 2017 roku. Dzięki tej inwestycji S. zapewnia, iż nie będzie ponosić już kosztów; obowiązkowych przeglądów okresowych, kosztów napraw i serwisowania autobusów użytych do obsługi zadania, mycia i sprzątania własnych pojazdów, parkowania i ochrony pojazdów.
Lokalizacja w/w inwestycji na trasie przebiegu linii 908 pozwoli
zoptymalizować czas dojazdu, a także zminimalizować odległości obecnych dojazdów i zjazdów technicznych, co w sposób wymierny wpłynie na obniżenia kosztów zużycia paliwa, jak również pozwoli wyraźnie ograniczyć czas pracy kierowców, co wpłynie na obniżenie kosztów ich pracy-
Zarzut dotyczący braku odniesienia się do kwestii kosztów sprzedaży biletów I należy uznać za bezzasadny.
Z treści wyjaśnień S. S-A. również wprost wynika, iż koszt prowadzenia sprzedaży imiennych biletów okresowych na linie objęte zamówieniem oszacowany został na poziomie 600,00 zł miesięcznie i ujęty sumarycznie w pozycji kosztów systemu punktualności i sprzedaży biletów (kwota 21.600,00 zł), Domniemanie odwołującego o minimum pięciokrotnie wyższym koszcie prowadzenia punktu sprzedaży nie znajduje żadnego uzasadnienia, bowiem przyjęty

---

poziom wynagrodzenia należnego z tytułu sprzedaży biletów okresowych przez jeden punkt sprzedaży zlokalizowany w okolicy (…) stanowi rynkową cenę za analogiczne usługi wykonywane obecnie i w przeszłości w imieniu S. SA na zadaniach „D.", „M.'", „C." oraz m.in. przez odwołującego DLA Sp. z o.o.
W przedstawionej kalkulacji Wykonawca S. SA zawarł również znaczące pozycje kosztów, a mianowicie:

-Amortyzacja 5 sztuk nowych pojazdów (kwota 1.829.400,00 zł)
-Ubezpieczenie pojazdów (kwota 210,000 zł przyjęta została na podstawie obecnych umów ubezpieczeniowych, zgromadzonych ofert ubezpieczeniowych oraz bieżących Informacji dostępnych na rynku ubezpieczeniowym). Ogólna kwota ubezpieczenia analogiczna jest z wartością przedstawioną przez odwołującego,
-Podatki, opłaty (kwota 26-550,00 zł stanowiąca iloczyn stałej stawki rocznej za jeden pojazd w wysokości 1.770,00 i ilości pojazdów)
-Rezerwa związana z ewentualnymi karami naliczonymi przez Zleceniodawcę przewozów (20.000,00 zł),
S. SA oprócz wskazania szeregu elementów, które mają wpływ na wysokość ceny, wykazuje również zysk. Podobnie jak odwołujący słusznie zaznaczył, że każdy racjonalnie działający przedsiębiorca prowadzi swoją działalność w celu osiągnięcia zysku. Wykonawca S. jako doświadczony przedsiębiorca założył w swojej kalkulacji zysk na poziomie ok. 4,2% (zysk netto 224 087,50zł.) Analizując powyższe zamawiający stwierdził, że wyjaśnienia oraz dowody na ich poparcie Wykonawcy S. S.A, zawierają pełne informacje dotyczące elementów oferty, mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, W ocenie Zamawiającego, cena ofertowa z całą pewnością nie nosi znamion ceny rażąco niskiej.
Oferta cenowa w kwocie 5,29 zł brutto dla taboru typu „B" i taboru typu „C" za wzkm, stanowi bowiem bilans sprzyjających I dostępnych S. warunków cenotwórczych wykonania zamówienia, a wszystkie opisane elementy cenotwórcze oferty znajdują poparcie w
posiadanych fakturach, ofertach cenowych, wieloletniego doświadczenia S.; przede wszystkim są wynikiem indywidualnie wynegocjowanych warunków umów.
Zatem ocena wyjaśnień nie potwierdziła w żadnej mierze, że oferta S. w postępowaniu zawiera rażąca niską cenę, wyjaśnienia te obaliły istniejące tylko w sferze odwołującego, domniemanie i rażąco niskiej ceny.
Zamawiający reasumując; różnica pomiędzy ceną zaproponowaną przez S. S.A;. a ceną zaproponowaną przez odwołującego wynosi in minus 192.630,96 i zł w całym okresie realizacji zamówienia tj. 3 lat, czyli 64.210,32 zł w skali roku czyli 3%, a mimo to z punktu widzenia pasażera ze względu na zaoferowanie przez S. SA wszystkich nowych (5 szt.) autobusów do realizacji zamówienia jest ofertą lepszą, a dla zamawiającego ekonomicznie korzystniejszą.

Zamawiający zwrócił uwagę wobec argumentacji odwołującego w zakresie twierdzeń o rażąco niskiej cenie, iż analizę konkretnego przypadku decyzję o wszczęciu procedury wyjaśnienie, o którym mowa w art. 90 należy oprzeć na takich przesłankach, jak odbieganie całkowitej ceny od ceń obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku, zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności S. w tym zadaniu, niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych, (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie XII Ga S/09, . wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 17,01.20116 II Ca 2194/05). W tym miejscu warte według zamawiającego podkreślenia, jest orzeczenie Sądu Okręgowego w Katowicach, który w wyroku z 30.01.2007 r, stwierdził, iż: „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest; że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez Wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, nierealna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytwarzania albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Sam fakt, że cena oferty jest niższa od cen innych ofert złożonych w postępowaniu nie jest jeszcze wystarczający dla uznania danej ceny za rażąco niską.
Za ofertę z ceną rażąco niską może być uznana oferta, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy, naraża go na straty, realizowanie zadania poniżej kosztów (wyrok KIO z 28.03.2008 sygn. akt KIO/UZP 226/08). i
W świetle obecnego orzecznictwa zamawiający wymienił, iż samo zestawienie kwot zaproponowanych przez wykonawców nie jest dowodem .rażąco niskiej ceny, Stanowisko zamawiającego, iż ceny poniżej połowy wartości szacunkowej zamówienia są rażąco niskie, KIO uznała za niezgodne z prawem (KIO 2559/11, KIO 2573/11, KIO 2578/11).
„Szacunkowa wartość zamówienia jest ustalana przed wszczęciem postępowania i nie musi odzwierciedlać aktualnych cen rynkowych danych robot budowlanych a co za tym idzie nie może być jedynym miernikiem do stwierdzenia czy zaoferowano cenę rażąco niską" (wyrok KIO z 20.10.2011r. 2192/11). Samo odbieganie zaoferowanej ceny od wartości szacunkowej

i czy od cen innych wykonawców o 10 - 20 % nie rodzi obowiązku odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny. W zależnościom od stopnia nasilenia konkurencji na poszczególnych polach zamówień w różnych okresach czasu metody porównywania cen oferowanych przez wykonawców w szczególności z ceną podawaną na otwarciu ofert przez zamawiającego okazuje się być zawodna czyli niemiarodajna,
Ze złożonych wyjaśnień przez wyłonionego w postępowaniu przetargowym S. SA wynika niezbicie, że jest profesjonalnym przedsiębiorcą, który z sukcesem od wielu lat świadczy usługi publicznego transportu zbiorowego na terenie Gminy Wrocław. Według zamawiającego należy zatem przyjąć, że S. SA, jako doświadczony przedsiębiorca założył ofertę realną. Jednocześnie zamawiający zwrócił uwagę, iż argumentacja odwołującego

oparta jest jedynie na przypuszczeniach, domniemaniach, gołosłownych stwierdzeniach, tym samym przedstawione zarzuty są nieuprawnione i jako takie nie mogą znaleźć uzasadnienia. Wobec niepewnego charakteru twierdzeń, nieuprawnionych tez, absurdalnych wniosków i bezzasadnych żądań odwołującego, a przede wszystkim znikomej różnicy pomiędzy ofertami złożonymi przez odwołującego i S., nie sposób nie odnieść wrażenia, iż odwołanie to stanowi czynny żal odwołującego, wynikający z faktu, iż nie uzyskał przedmiotowego zamówienia. Działania odwołującego mają na celu zdyskredytowanie S. SA i wyeliminowanie go z przedmiotowego postępowania. Zamawiający podkreśla, iż działał zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, kierując się najwyższą starannością, dokonując rzetelnie i sumiennie wszelkich czynności w przedmiotowym postępowaniu. Tym samym nie naruszył litery prawa, zwłaszcza ustawy, zatem i zasad z niej wynikającej. Całokształt dokonanych czynności podczas procedowania świadczy niezbicie, iż nie w swojej kalkulacji zysk na poziomie ok. 4,2% (zysk netto; nie może być mowy o naruszeniu przezeń art. 7 ustawy). Jak wykazano powyżej, nie zachodzą podstawy do uwzględnienia żądań odwołującego stanowiących podstawę wniesionego w dniu 10 marca 2017r. odwołania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:
Izba dopuściła dowody z wezwania S. do złożenia wyjaśnień z dnia 23 stycznia 2017r i udzielonych wyjaśnień, pisma odwołującego do zamawiającego z dnia 6 lutego 2017r. kwestionującego możliwość złożenia uczciwej oferty za cenę jednostkową 4,90zł. przy użyciu 5 fabrycznie nowych autobusów, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 17 lutego 2017r. informacji o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 22 lutego 2017r., informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 28 lutego 2017r., informacji o odtajnieniu wyjaśnień S. z dnia 14 marca 2017r.
Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, co następuje. W dniu 16 stycznia 2017r. odwołujący wskazał, że oferta S. zawiera rażąco niską cenę.
Stwierdził, że nie jest możliwe wykonanie zamówienia za cenę 4,90 zł. netto i to przy zakupie 5 fabrycznie nowych pojazdów. Wskazał jakie koszty w jego ocenie powinny być przez S. wykazane i są one tożsame z kosztami powołanymi w odwołaniu. Wskazał, że załącza do pisma kalkulacje, z których wynika, że realną stawką jest stawka 5,58zł. netto, co powoduje, że oferta S. jest zaniżona o 0,73zł. na wozokilometrze. Wskazał, że świadczona usługa opiera się na nabywaniu towarów i usług od osób trzecich i nawet niewielkie obniżenie ceny w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia daje podstawę do przyjęcia, że cena jest rażąco niska. Wskazał, że w innym postępowaniu dla tego samego zamawiającego wykonawca W. oferując fabrycznie nowe pojazdy zaoferował stawkę 5,59zł. netto za wozokilometr, która to cena jest wyższa od S. o 14%. Sam odwołujący będzie świadczył usługę autobusami z 2013r. w znacznym stopniu zamortyzowanymi. Ponadto cena S. jest

niższa od cen na których obecnie S. wraz z odwołującym świadczą usługę zamawiającemu, to jest wówczas było to 5,77zł. dla autobusów typu B i 6,35zł. dla autobusów typu C. W załączeniu do pisma złożył własne kalkulacje, z których wywodzi, że wykonanie przedmiotu zamówienia poniżej 5,58zł. netto za wzkm nie jest możliwe. Wskazał, że koszt zakupu nowych pojazdów to 589 000zł. netto za S. BN 9,5 i 623 000 zł. netto za typ S. BN 12, amortyzację założył na poziomie 20% i wskazał, że koszt ten wynosi 1,69zł. za wozokilometr. Wskazał, że powinny być ujęte koszty finansowania zakupu pojazdów w wysokości 0,27zł./wzkm, autobusy rezerwowe to koszt 0,08zł./wzkm, co do systemu monitoringu i

punktualności to koszt jego zakupu to 277 625zł., czyli 0,26zł./wzkm, paliwo to koszt 0,93zł./wzkm przy założeniu kosztu paliwa na poziomie 3,63zł. netto, koszty ubezpieczenia autobusów łącznie 206 256,00zł.– 0,19zł./wzkm, części zamienne (płyny, oleje, opony, klocki) – 0,06zł./wzkm, mycie, sprzątanie – 0,04zł./wzkm, wynagrodzenie kierowców łącznie 1 866 290,88zł., co stanowi 1,72zł./wzkm, koszt sprzedaży biletów miesięcznych łącznie 21 600zł. – 0,02zł./wzkm, koszt obsługi systemu sprzedaży biletów i rozliczeń z UM – 0,04zł./wzkm, koszy obsługi systemu automatycznej kontroli punktualności – 0,04zł./wzkm i koszt dystrybutora – 0,08zł./wzkm. Na poparcie swoich wyliczeń przedstawił ofertę nr 16027PL, gdzie S. L. zaoferował mu pojazdy S. CN 9,5 bez tablic, kasowników monitoringu za cenę 598 000zł./szt. I S. BN 12 bez tablic, kasowników monitoringu za 623 000zł./szt. Z oferty SIMS z dnia 22 grudnia 2016r. wynika, że zakup systemów informacji pasażerskiej, monitoringu wizyjnego, kasowników, oprogramowania wynosi łącznie 261 125,00zł., a dodatkowo można zamówić montaż za cenę 16 500zł. Z propozycje warunków leasingu operacyjnego z dnia 12 stycznia 2017r. wynika, że przy leasingu 5 sztuk autobusów o wartości 3 047 000zł. pierwsza rata jest objęta oprocentowaniem 5%, nie ma prowizji, opłaty miesięczne są oprocentowane 1,843%, a łączny koszt leasingu to 9,505%. Z wydruku ze strony internetowej orlen.pl wynika, że w dniu 1 stycznia 2017r. cena paliwa wynosiła 3,698zł./m3, a w dniu 12 stycznia 2017r. 3,613zł./m3.
Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnienia elementów oferty S., które mają wpływ na cenę wskazał na to, że oferta jest niższa o 26,70% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT i o 12% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert oraz zacytował treść art. 90 ust. 1 – 3 ustawy. S. złożył wyjaśnienia obejmujące tożsame wyliczenia i argumentację co zawarta w przystąpieniu. Do wyjaśnień załączył zestawienie kosztów i przychodów, w zakresie kosztów podał wyliczenie kosztów paliwa, koszt ogumienia, koszty płynów eksploatacyjnych, płace, podatki i opłaty, zużycie części oraz remonty, ubezpieczenie, czystość pojazdów, amortyzacja, rezerwa na ewentualne kary, koszty systemu punktualności i punktu sprzedaży. Wskazał, że osiągnie przychody i zysk z realizacji zamówienia. Na poparcie twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach złożył umowę sprzedaży autobusów nr 1679/2017, w której firma S. L. spol s.r.o. i S. P. sp. z o.o.

---

sprzedadzą S. autobus S. BN 9,5 za cenę jednostkową 590 000zł., a za dwa 1 180 000zł. netto, zaś autobus S. BN 12 za cenę jednostkową 623 000 zł., a za trzy 1 869 000zł. netto. Z treści tej umowy nie wynika, że producent ujął w cenie koszt urządzeń składających się na system monitoringu video i punktualności. Z faktury VAT nr 1710009716 z dnia 19 stycznia 2017r. wynika, że S. kupuje paliwo za cenę netto 3,61zł. 3,62zł. Z decyzji nr 6720/2016 wynika, że S. uzyskał pozwolenie na budowę stacji obsługi i naprawy pojazdów, budynku usługowo – biurowego z halami naprawczymi autobusów (planowanego do realizacji w trzech etapach, zgodnie z oznaczeniami w projekcie budowlanym), altany śmietnikowej, wiaty na rowery wraz z zewnętrzną infrastrukturą techniczną, w tym zbiornikiem retencyjno-oparowującym wód opadowych przy (…) w obrębie W. Z pozwolenia tego nie wynika potwierdzenie, że roboty budowlane będą dotyczyć budowy stacji paliw i myjni.
Z oferty cenowej z dnia 28 grudnia 2016r. w zakresie systemu monitorowania ruchu pojazdów, kontroli punktualności pojazdów, dostępu do modułu mapowego i raportów www, dostępu do aplikacji mobilnej, system nie obejmuje systemu monitoringu wizyjnego, systemu kontroli paliwa, sprężenia systemu z systemem kontroli i sterowania kasownikami, kasami fiskalnymi, ogrzewaniem, tablicami lub inne – koszty związane z wdrożeniem systemu wynoszą 4550zł. za sztukę, do tego można doliczyć koszt wykonania interfejsu – 2500zł. netto oraz przygotowanie aplikacji mobilnej 1000zł. zaś koszty eksploatacyjnej to abonament miesięczny w wysokości 80zł. netto/miesiąc/pojazd, koszty utrzymania serwera 2200zł. netto//miesiąc i szkolenie 1500zł/szkolenie.
S. złożył także oświadczenie, że łączny koszt systemu punktualności oraz lokalizacji pojazdów wynosi 101 480,00zł. i przedstawił zestawienie przyjęte do wyliczenia.
W dniu 6 lutego 2017r. odwołujący dodatkowo rozwinął pismo z dnia 16 stycznia 2017r. wskazując, że sam koszt taboru, paliwa materiałów eksploatacyjnych, kosztów finansowania, zakupu systemu informacji pasażerskiej i monitoringu, ubezpieczenie autobusów i wynagrodzenie kierowców wynoszą 5,12zł./wzkm, co już jest stawką wyższą niż
skalkulowana przez S. Podniósł, że pojazdy firmy S. nie są wyposażane w system informacji pasażerskiej, monitoring, kasowniki. Wskazał, że klimatyzacja przekłada się na zwiększone koszty paliwa, na podstawie JEDZ S. odwołujący uważa, że S. nie ma środków finansowych

na zakup pojazdów, a więc powinien była doliczyć koszt finansowania. Wskazał, że koszty tablic, sterowników i kasowników są porównywalne niezależenie od producenta. Wskazał, że obecnie na rynku W. stawka wynagrodzenia kierowcy wynosi 24zł./godz. Wchodzący na ten rynek W. musiał zaoferować stawkę 28,00zł., a sam S. stosuje stawkę 24 zł. w innych postępowaniach. Na dowód czego przedłożył zanonimizowaną umowę z 2015r, zawartą przez S., z której wynika, że stawka godzinowa wynosi 19zł. netto, a z aneksu wynika, że od 1 stycznia 2016r. wynosi 24zł. Ze strony internetowej wagaciezka.com prowadzony była na tej stronie w 2016r. dialog, z którego wynika, że S. oferował zatrudnienie za stawkę 24zł.

Zamawiający w dniu 17 lutego 2017r. wybrał ofertę S. jako najkorzystniejszą. W dniu 22 lutego 2017r. tę czynność unieważnił wskazując, że nie wezwał S. do uzupełnienia jednego z dokumentów. W dniu 28 lutego 2017r. zamawiający ponownie wybrał ofertę S. W dniu 14 marca 2017r. zamawiający poinformował wykonawców, że wyjaśnienia elementów oferty S. mających wpływ na cenę nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.
Do przystąpienia S. dołączyło dowód fakturę nr 10/8/14 z dnia 21 sierpnia 2014r., z której wynika, że B. W. nabyło od S. pojazd S. CN 12 rok produkcji 2010 za cenę 250 000zł. netto.
Dowody dołączone do pisma odwołującego z dnia 23 marca 2017r.
- oferta firmy S. z dnia 22 grudnia 2016r. załączona do pisma odwołującego z dnia 16 stycznia 2017r.
- propozycja warunków leasingu operacyjnego z dnia 12 stycznia 2017r. załączona do pisma odwołującego z dnia 16 stycznia 2017r.
- umowa na realizację usług przewozowych w komunikacji zlecanej wraz z aneksem- załączona do pisma odwołującego z dnia 6 lutego 2017r.
- wydruk ze strony www.wagacieżka.com - załączony do pisma odwołującego z dnia 6 lutego 2017r.
- wydruk ze strony www.wroclaw.pl – załączony do pisma odwołującego z dnia 6 lutego 2017r.
Nadto odwołujący dołączył :
- wydruk ze strony www.mpk.wroc.pl, z którego wynika, że MPK w 2017r. poszukuje kierowców na umowę o pracę za wynagrodzeniem 3 600zł.
- korespondencję drogą elektroniczną pomiędzy G. B., a J. C. z okresu 1 – 7 marca 2017r. z której wynika, że J. C. umowy z S. nie może pokazać, ale potwierdzam że ceny dla S. zgodne z cenami w ofercie 16027, która została przygotowana dla odwołującego z dnia 12 grudnia 2016r. oraz, że umowa nie zawiera systemów punktualności ani systemów ELTE Z dowodów złożonych na rozprawie przez odwołującego wynika:
- z raportu za okres od 15 grudnia 2016r. do 15 marca 2017r., że zużycie paliwa w tym okresie w pojazdach S. posiadanych przez odwołującego wahało się do 24,41l/100 km do 31,39l/100km.
- ze zdjęć wynika, że ma działce S., na której ma być zlokalizowana baza zaplecza technicznego nie rozpoczęto robót budowlanych – okoliczność niesporna, S. przedstawił do wglądu Izby, że zawarł umowę o roboty budowlane zawartą 15 marca 2017r.
Z dowodów przedłożonych przez przystępującego na rozprawie wynika:
- z zeznań świadka J. C. wynika, że początkowo tak odwołującemu, jak i S. producent autobusów oferował te same warunki zakupu pojazdów, bez tablic, kasowników i monitoringu, następnie S. negocjował z producentem i uzyskał gwarancję odkupu, tak jak opisano to w art. VII umowy, z zeznań świadka wynika także, iż producent zamontuje

---

urządzenia wyposażenia dodatkowego, ale zeznania świadka nie pozwoliły ustalić, kto sfinansuje zakup tych urządzeń, bo świadek na tę okoliczność podał trzy równe fakty, że producent nie sfinansuje, że pojazdy wyjadą z tymi urządzeniami, ale kto za nie zapłaci nie wie, że chyba będzie musiał producent za nie zapłacić. Przy takiej rozbieżności zeznań nie dało się ustalić pewnego stanu faktycznego, co do sposobu finansowania urządzeń.
- z protokołu z dnia 22 grudnia 2016r., że producent autobusów zobowiązał się do uwzględnienia w cenie wyposażenia dodatkowego tj. terminala sterującego tablic i kasowników, kompletu elektronicznych tablic kierunkowych, kasowniki biletów w wymaganej ilości, urządzenia systemu punktualności, system monitoringu video, jednak dowód te nie był znany zamawiającemu w dacie wyboru oferty najkorzystniejszej i nie może stanowić

podstawy oceny prawidłowości czynności zamawiającego.
Izba oceniając materiał dowodowy uznała, że należy go ocenić przez pryzmat rodzajów kosztów, jakie wykonawcy powinni byli uwzględnić przy kalkulowaniu oferty, jakie wskazał w piśmie z dnia 16 stycznia 2017r. odwołujący i do których odnosił się S. składając wyjaśnienia:
- taboru (jego amortyzacja) – S. założył w swojej kalkulacji koszty amortyzacji wyższe o 1200zł., niż skalkulował to w piśmie z dnia 16 stycznia 2017r. odwołujący,
- finansowania zakupu autobusów – S. nie założył tych kosztów zakładając zakup ze środków własnych, według odwołującego to koszt 289 617,35zł., ani na datę składania wyjaśnień (25.01.2017r.), ani na datę wyrokowania S. nie wykazał, że tych kosztów nie będzie ponosił, przeciwnie z umowy sprzedaży autobusów nr 1679/2017 w wersji niezaczernionej wynika, że w art. IV pkt. 4.1. strony uzgodniły następujące warunki płatności poprzez firmę leasingową 5 dni od przekazania autobusów, co powinno budzić wątpliwości, co do rzeczywistego sposobu finansowania zakupu przez S.,
- paliwa – S. przewidział koszty paliwa niższe od kosztów skalkulowanych przez odwołującego (uwzględniających 5% rezerwę na dojazdy- 47 786,82zł. – nie można jednak ustalić jakie zużycie paliwa założył zamawiający przy rezerwie, bo obliczył ją od wartości globalnej) z dnia 16.01.2017r. o kwotę 20 700,69zł. przy podobnych założeniach tj. S. zakładał zużycie 25l/100 km i 0,63zł./litr, odwołujący 23 – 26l/100 km i 0,63zł./litrze. Biorąc pod uwagę, że wartość paliwa wyliczonego przez S. obejmuje koszty dojazdów minimum w wysokości 27 086,13zł., zatem Izba dała wiarę wyjaśnieniom S., że koszty te skalkulował, choć nie w takiej wysokości jaką przewidział odwołujący.
- pracy kierowców S. wycenił pracę kierowcę o 241 092,29zł. taniej niż odwołujący, który w piśmie z dnia 16.01.2017r. do pracy kierowców doliczył 5% rezerwę na dojazdy, jednakże odwołujący kalkulował te koszty od kwoty 26,77zł., zaś sam wskazywał, że S. zatrudnia kierowców za kwotę 24zł., przy czym S. nie przedstawił w wyjaśnieniach i kalkulacji stawki za roboczogodzinę, jednak wyjaśnił, że ma stały zespół pracowników i zatrudnia ich

za stawki powyżej minimalnego wynagrodzenia za pracę, co można było potwierdzić przyjmując za kalkulacją S. średnie roczne wynagrodzenie na poziomie 45 000zł. to przy podziale na 12 miesięcy i minimum 160 h miesięcznie, fakt takiego zatrudnienia należy uznać za potwierdzony.
- zorganizowania i utrzymania, będącego częścią przedmiotu zamówienia, systemu automatycznej lokalizacji pojazdów, kontroli punktualności – S. zaoferował te systemy taniej o 152 625zł. niż kalkulował ten koszt odwołujący w piśmie z dnia 16.01.2017r. tj. kalkulując same koszty utrzymania systemów, bez kosztów urządzeń i ich montażu powołując się na zawartą umowę. Izba dała wiarę wyjaśnieniom zamawiającego i przystępującego, że przez specyfikację dokumentacji zamówienia należało rozumieć tak jak załącznik do umowy oraz specyfikację przetargu ZP/PN/93/2016/WTR (W.), jednak w ocenie Izby nie stanowi to wykazania, że producent autobusów zobowiązał się do uwzględnienia w cenie wyposażenia dodatkowego tj. terminala sterującego tablic i kasowników, kompletu elektronicznych tablic kierunkowych, kasowniki biletów w wymaganej ilości, urządzenia systemu punktualności, system monitoringu video. W ocenie Izby z dowodów dołączonych do wyjaśnień takiej okoliczności nie da się ustalić, gdyż równorzędnym logicznym wnioskiem wynikającym z artykułu 1 pkt. 1.1 i 1.2. umowy jest wniosek, że pojęcie specyfikacji dokumentacji zamówienia (będącej jednocześnie specyfikacją istotnych warunków zamówienia w przedmiotowym postępowaniu) odnosi się wyłącznie do cech autobusów, a nie dodatkowego wyposażenia, a jeśli odnieść się precyzyjnie do konstrukcji gramatycznej tych postanowień umownych to wręcz zgodność ze specyfikacją przypisana jest do ilości drzwi pojazdu. Jednocześnie zamawiający dysponował ofertą odwołującego, z której wynikało, że ceną ofertową producenta S. nie jest objęte: tablice, kasowniki i monitoring. W ocenie Izby zamawiający dysponując na datę wyboru oferty najkorzystniejszej tymi dwoma dowodami powinien mieć wątpliwości, czy rzeczywiście S. ma podstawy do pominięcia przy kalkulacji kosztu zakupu i montażu urządzeń tworzących wymagane systemy. W ocenie Izby zeznania świadka J. C. złożone na rozprawie dowodzą tego, że o ile oferty sprzedaży pojazdów do odwołującego i S. zostały wystosowane takie same, to jednak w wyniku negocjacji S. wynegocjował dla siebie korzystniejsze warunki tj. odkup wynikający z artykułu VII i co najmniej montaż urządzeń do wymaganych systemów. W ocenie Izby zeznania świadka, co tego kto sfinansuje zakup tych urządzeń nie było jednoznaczne i niewątpliwie, świadek nie

był tych okoliczności pewny zeznając, trzy różne fakty w tym zakresie, że urządzenia będą, ale nie sfinansuje ich producent, że nie wie, kto za urządzenia zapłaci i wreszcie, że chyba za urządzenia zapłaci producent. Tym samym na podstawie tych zeznań nie dało się ustalić jednoznacznych faktów. Z protokołu ze spotkania w sprawie ustaleń warunków dostawy autobusów z dnia 22 grudnia 2016r. wynika, że urządzenia do wymaganych systemów są uwzględnione w cenie dostawy autobusów. Dowód ten jednak nie był złożony

---

zamawiającemu i nie może stanowić podstawy oceny, co do tego czy czynność zamawiającego polegająca na zakończeniu badania oferty S. pod względem ceny i wynik tego badania – tj. nieodrzucenie oferty były zgodne z ustawą.
- zorganizowania i obsługi sprzedaży biletów – obaj wykonawcy skalkulowali taki sam koszt zorganizowania punktu sprzedaży biletów tj. kwotę 21 600zł., natomiast równica pomiędzy S., a odwołującym polega na tym, że dla S. kwota 21 600zł. obejmuje koszt zorganizowania i prowadzenia punktu, a dla odwołującego jedynie zorganizowania bez prowadzenia, które wycenił na kolejne 43 419,60zł. W wyjaśnieniach S. brak wykazania tego kosztu, stąd nie można ustalić, czy koszt ten obejmuje wszystkie koszty związane z punktem sprzedaży biletów, okoliczność ta powinna wzbudzić wątpliwości zamawiającego, zwłaszcza w sytuacji kiedy obaj wykonawcy wyceniają punkt sprzedaży na tę samą kwotę, a jeden powiększa je o koszty obsługi, a drugi nie.
- części zamiennych i materiałów eksploatacyjnych pojazdów – S. wycenił te koszty w wyjaśnieniach na łączną kwotę 228 840zł., zaś odwołujący w piśmie z dnia 16 stycznia 2017r. na kwotę 97 521,12zł., tym samym koszt ten nie jest zaniżony i S. jest droższy o 131 318,88zł.
- napraw pojazdów (robocizna) – u S. ten koszt łączy się z kosztami części zamiennych, materiałów eksploatacyjnych, napraw i ogumienia, a w kalkulacji odwołującego nie ma takiej pozycji, tym samym materiał dowodowy nie potwierdza tezy odwołującego, że S. nie wyliczył tych kosztów
- ubezpieczenie taboru – S. przewidział koszt 210 000zł., a odwołujący w piśmie z dnia 16 stycznia 2017r. skalkulował kwotę 206 256zł., czy o 3744zł. taniej, zatem w tym koszcie nie ma zaniżenia oferty S.
- podatku drogowego i innych opłat, w tym za korzystanie ze środowiska – S. skalkulował te koszty na kwotę 26 550zł., a odwołujący w piśmie z dnia 16 stycznia 2017r. na kwotę 10 820,30zł., co również dowodzi,

że w tym koszcie przystępujący nie zaniżył oferty

- obsługi dyspozytorskiej – S. nie przedstawił w kalkulacji tych kosztów jedynie wskazał, że może bez dodatkowych kosztów zarządzać kontraktem i świadczyć usługi dyspozytorskie, gdyż w dalszym ciągu utrzymuje ten sam poziom zatrudnienia, jak w pięciu umowach, które wskazał. Jednakże w ocenie Izby takie wyjaśnienie powinno wzbudzić wątpliwości zamawiającego, co do tego z czego będzie finansowane wynagrodzenie tych osób, czy ze wskazanych kontraktów, czy z przedmiotowego zamówienia, a jeśli tak, to w jakiej kwocie te koszty zostały skalkulowane. Odwołujący wskazał, że jest to koszt około 85 970,81zł. – tak w kalkulacji z dnia 16 stycznia 2017r.
- parkowania autobusów – żaden z wykonawców nie wykazał w swoich kalkulacjach tego kosztu.

- ogólne (tzw. koszty zarządu) – S. wskazał, że w związku z innymi kontraktami i stałym utrzymaniem zatrudnienia na takim samym poziomie nie będzie ponosił tych kosztów, jednak w ocenie Izby takie wyjaśnienie powinno budzić wątpliwości zamawiającego z czego będzie finansowane wynagrodzenie tych osób, czy ze wskazanych kontraktów, czy z przedmiotowego zamówienia, a jeśli tak, to w jakiej kwocie te koszty zostały skalkulowane
- rezerwy związane z ryzykiem (głównie wzrostu cen paliw i kosztów pracy, zmniejszenia ilości pracy przewozowej opisanej w SIWZ, wprowadzenia do ruchu kolejnych pojazdów) – S. skalkulował to ryzyko na poziomie 20 000zł., zaś odwołujący w swojej kalkulacji z dnia 16 stycznia 2017r. takiego kosztu nie przewidział.

Ponad koszty wskazane przez odwołującego w piśmie z dnia 16 stycznia 2017r., odwołujący przedstawił także kalkulacje kosztów pojazdu rezerwowego na 90 000zł., a S. w swoich

wyjaśnieniach wskazywał, że posiada już zamortyzowane pojazdy, które może wykorzystać, a z uwagi na to, że oferuje nowe pojazdy, to ich awaryjność będzie niska, a koszt użycia pojazdów rezerwowych marginalny. W ocenie Izby jednak biorąc pod uwagę niewielkie różnice pomiędzy cenami obu ofert, zamawiający powinien zweryfikować wysokość tych kosztów i ustalić jej wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Odwołujący wycenił także koszty obsługi rozliczeń systemu sprzedaży oraz obsługę utrzymania systemów łączności. W ocenie Izby drugi z tych kosztów mieści się w cenie oferty firmy ELTE, natomiast w wyjaśnieniach S. nie odniósł się do pierwszego ze wskazanych kosztów.
Z wyjaśnień S. wynika także możliwość odkupu pojazdów co najmniej za kwotę 250 000zł., co potwierdza oświadczenia S., że producent zagwarantował mu odkup.
W ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy – poza częścią zeznań świadka J. C., jest kompletny, jednoznaczny i wiarygodny. Natomiast Izba pominęła jako dowody oświadczenia J. C. z dnia 20 i 21 marca 2017r., gdyż nie mają one znaczenia dla rozstrzygnięcia. Pierwsze z pism nie zostało przez odwołującego powołane jako dowód w sprawie na jakąkolwiek okoliczność związaną z przedmiotem sporu, a drugie pismo zostało powołane w celu wykazania, że za pomocą pisma z 20 marca 2017r. odwołujący podjął próbę manipulowania przebiegiem postępowania odwoławczego. W ocenie Izby jeśli odwołujący nie zgłosił pisma z dnia 20 marca 2017r. w postępowaniu dowodowym, w niniejszej sprawie, to okoliczności jego pozyskania oraz zakres pozyskanych informacji nie służy ustaleniu stanu faktycznego niniejszej sprawy.
Niemniej jednak Izba oceniła, że o ile złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską i nie są gołosłowne, gdyż zostały poparte dowodami, to jednak zamawiający nie dokonał w sposób prawidłowy oceny tych wyjaśnień. W ocenie Izby bowiem zamawiający zaniechał badania wyjaśnień przede wszystkim w zakresie kosztów pracy kierowców w zakresie dojazdów, obsługi dystrybutorskiej, zarządzania kontraktem, obsługi rozliczeń systemu sprzedaży, sposobu finansowania zakupu autobusów w świetle

---

rozbieżności pomiędzy umową sprzedaży autobusów, a oświadczeniami S. w wyjaśnieniach, kosztów urządzeń dodatkowych systemu monitoringu i punktualności, tablic i kasowników, a w tym zakresie zdaniem Izby wyjaśnienia powinny wzbudzić wątpliwości zamawiającego czy przystępujący wykazał, że założone przez niego koszty pracy zostały uwzględnione i czy pokrywają wynagrodzenie pracowników co najmniej równe minimalnemu wynagrodzeniu za pracę, jak również zamawiający powinien był wyjaśnić z przystępującym, kto finansuje zakup urządzeń do wymaganych systemów i ich montażu, w świetle oferty odwołującego wprost wskazującej, że S. tych kosztów nie uwzględnia w cenie. Te okoliczności nie mogą być uzupełnione w drodze wyjaśnień składanych przed Izbą, gdyż Izba nie ma mechanizmów prawnych pozwalających na dokonanie zaniechanej przez zamawiającego czynności badania i oceny wyjaśnień.

Izba ustaliła następujący stan prawny:
Art. 7. 1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.
3. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.
Art. 89. 1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 4) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
Art. 90. 1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym,

obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.
1a. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.
2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.
3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.
4. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający zawiadamia Prezesa Urzędu oraz Komisję Europejską o odrzuceniu ofert, które według zamawiającego zawierały rażąco niską cenę lub koszt z powodu udzielenia pomocy publicznej, a wykonawca, w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, nie udowodnił, że pomoc ta jest zgodna z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej.
Art. 91. 1. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba zważyła, co następuje:
Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.
Izba ustaliła, że nie wystąpiły przesłanki z art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby koniecznością odrzucenia odwołania.
Izba oceniła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579 – dalej ustawy) w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z naruszeniem art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie czynności odrzucenia

oferty złożonej przez wykonawcę S., pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak i pomimo że wykonawca S. nie złożył wyjaśnień, które można by uznać za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy, a tym samym wykonawca S. nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zarzut potwierdził się w części dotyczącej naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy. Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego i wskazanych podstaw prawnych, na chwilę wyrokowanie nie ma podstaw do stwierdzenia, że przystępujący nie złożył wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, ani że wyjaśnienia te są lakoniczne i gołosłowne, tak aby przyjąć, że nie zostały złożone. Również informacje podane w wyjaśnieniach nie potwierdzają w sposób jednoznaczny, że oferta przystępującego zawiera cenę rażąco niską. W ocenie Izby zamawiający natomiast nie dokonał oceny wyjaśnień w sposób pozwalający na ustalenie, że oferta została skalkulowana w sposób rzetelny. Wyjaśnienia złożone przez przystępującego w ocenie Izby powinny były wzbudzić wątpliwości zamawiającego, co do kosztów wymienionych szczegółowo w części ustaleń faktycznych Izby. Tym samym zaniechanie

oceny wyjaśnień przystępującego, powoduje, że zamawiający naruszył art. 90 ust. 3 ustawy, który nakłada na zamawiającego obowiązek oceny wyjaśnień. Izba stwierdziła, że na dzień wyrokowania nie można ustalić, że oferta przystępującego stanowi ofertę z ceną rażąco niską. Zamawiający w sposób ogólny wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień i na datę ich składania w ocenie Izby przystępujący złożył wyjaśnienia wskazujące, że skalkulował koszty i założył zysk, jednak z wyjaśnień wynikają pewne nieścisłości i brak udowodnienia, że koszty finansowania zakupu mogły być nieuwzględnione, tak jak i że koszty systemów monitoringu i punktualności ponosi producent autobusów, a czy koszty wynagrodzenia kierowców w zakresie dojazdów, dystrybutorów, zarządców oraz obsługi punktu sprzedaży biletów i rozliczeń systemu sprzedaży zostały wkalkulowane i są co najmniej równe minimalnemu wynagrodzeniu za pracę. Orzecznictwo i doktryna dopuszcza możliwość zwrócenia się do wykonawcy, który złożył wyjaśnienia nie potwierdzające, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską o dalsze wyjaśnienia kosztów, czy założeń przyjętych do kalkulacji, które wzbudziły wątpliwości zamawiającego. W ocenie Izby dążenie do wyjaśnienia wątpliwych informacji w wyjaśnieniach przystępującego służy interesowi zamawiającego, który żądając dalszych wyjaśnień uzyskuje lepszą możliwość weryfikacji założonych kosztów i zapewnia sobie ocenę realności wykonania zamówienia zgodnie z jego przedmiotem, ale także zapobiega eliminacji z postępowania wykonawcy korzystniejszego pod względem ekonomicznym. Izba podkreśla, że możliwość wezwania do dodatkowych wyjaśnień zachodzi wyłącznie w sytuacji, gdy:

1. sam zamawiający nie poinformował wykonawcy, jakie elementy oferty budzą wątpliwości zamawiającego, co do ewentualnego rażącego zaniżenia oferty, a wezwanie było odzwierciedleniem przepisów ustawy,
2. wykonawca złożył wyjaśnienia, poparł je dowodami i z tych wyjaśnień wprost jednoznacznie nie wynika, że wykonawca zaoferował cenę rażąco niską, a niektóre elementy wyjaśnień, co do kosztów, czy założeń kalkulacyjnych nie zostały w dostateczny sposób wyjaśnione przez wykonawcę i budzą wątpliwości zamawiającego.

Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie zaszły oba warunki wskazane wyżej, a zatem dokonana przez zamawiającego ocena wyjaśnień nie była prawidłowa, o ile zamawiający jej w ogóle nie zaniechał, co narusza normę art. 90 ust. 3 ustawy. Izba natomiast nie dopatrzyła się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy, gdyż na podstawie złożonych wyjaśnień nie wynika w sposób jednoznaczny, że wskazana oszczędność metody wykonania i przyjęte rozwiązania techniczne oraz koszty pracy potwierdzają, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską. Nie można zatem zastosować art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, gdyż jej dyspozycja wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta zawiera cenę rażąco niską. W tej sytuacji zamawiający prawidłowo nie zastosował sankcji w postaci odrzucenia oferty przystępującego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy S. jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Zarzut potwierdził się. W ocenie Izby odwołujący słusznie zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy, gdyż w ocenie Izby doszło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i proporcjonalności postępowania. Zasada równego traktowania wykonawców została naruszona przez zaniechanie zamawiającego polegające na niedokonaniu oceny wyjaśnień przystępującego i nie ustalenie, że wyjaśnienia te budzą wątpliwości. Zamawiający zatem nie miał pewności czy ma do czynienia z rzetelnym wykonawcą, a mimo to poddał jego ofertę ocenie w przyjętych kryteriach oceny ofert na równi z innymi wykonawcami, co do których taka obawa nie zachodziła. W ocenie Izby zamawiający swoją biernością naruszył również zasadę proporcjonalności. Zasada ta zdaniem Izby oznacza nie tylko odpowiednie ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji, czy kryteriów oceny ofert, tak aby zamawiający zapewnił sobie jak najszerszy krąg podmiotów z których dokonuje wyboru, ale krąg ograniczony

jednocześnie do podmiotów, którzy dają największą gwarancję należytego wykonania zamówienia. W ocenie Izby zasada proporcjonalności oznacza także, iż wszędzie tam gdzie ustawodawca nadał zamawiającemu prawo stosowania sankcji zamawiający spośród dostępnych mu środków sankcyjnych musi wybrać takie, które są „odpowiednie i konieczne do osiągnięcia celów, których realizacja dopuszczalna jest przy pomocy danej regulacji. Przy czym w razie istnienia kilku odpowiednich środków należy wybrać te, które są najmniej uciążliwe, nadto nałożone obciążenia muszą pozostawać w odpowiedni stosunku do zamierzonych celów" (orzeczenie ETS w sprawie 265/87). W ocenie Izby oznacza to, że jeśli ustawodawca nie zakazał zamawiającemu ponowienia czynności wezwania do wyjaśnień ceny rażąco niskiej, jeśli złożone wyjaśnienia nadal w jakiś aspektach budzą wątpliwości zamawiającego, ale jednoznacznie nie da się przypisać, że oferta zawiera cenę rażąco niską, to w ocenie Izby zamawiający powinien podjąć takie działanie. Sankcja odrzucenia jest w takim przypadku nie odpowiednia do celu ustawy, jakim jest wybór oferty najkorzystniejszej, a taką przecież może się jeszcze okazać oferta przystępującego. Jak również nie dokonanie rzeczywistej oceny wyjaśnień przystępującego, co w ocenie Izby miało miejsce w niniejszej sprawie W tym stanie rzeczy Izba doszła do przekonania, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 i 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. ai b i § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm. Z 2017r. poz. 47) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz nakazując

zamawiającemu dokonanie zwrotu na rzecz odwołującego kosztów związanych z wniesionym wpisem oraz kosztami zastępstwa prawnego, zgodnie ze złożonymi fakturami VAT, z ograniczeniem w zakresie zastępstwa prawnego do kwoty maksymalnej dopuszczonej przez rozporządzenie.

Przewodniczący: ……