Sygn. akt: KIO 2341/16

WYROK
z dnia 30 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Lubomira Matczuk-Mazuś
Agata Mikołajczyk

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2016 r. przez wykonawcę: **M. Sp. z o.o., (...) R.** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie,**
(...) W.,

przy udziale wykonawcy **P.K.S. w G.M.. Sp. z o.o., (...) G.M.** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **M. Sp. z o.o., (...) R.,** i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **M. Sp. z o.o., (...) R.** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia

jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

……

……

……

Sygn. akt: KIO 2341/16

Uzasadnienie

Zamawiający: Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „świadczenie usługi przewozu regularnego wykonywanej w ramach lokalnego transportu zbiorowego na liniach autobusowych nadzorowanych przez ZTM. funkcjonujących w ramach systemu komunikacji miejskiej łączącego obszar aglomeracji warszawskiej." Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 marca 2016 r. pod numerem 2016/S 046-076352.

Zamawiający w dniu 1 grudnia 2016 r. zawiadomił wykonawców o wyniku oceny ofert oraz o wyborze oferty złożonej przez P.K.S. w G.M.. Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w zakresie części II zamówienia.

Wykonawca M. Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu wniósł odwołanie wobec powyższych

czynności. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „Pzp':
1. art. 24 ust. 2a Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia PKS w G.M. w sytuacji gdy wykonawca ten realizuje na rzez Zamawiającego usługi wynikające z Umowy z dnia 02.02.2007 r. obowiązującej do 31.12.2016 r. oraz Umowy z dnia 16.10.2007 r. obowiązującej do 31.12.2017 r. w sposób nienależyty, w związku z czym dopuścił się poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, a działania te są przez wykonawcę zawinione;
2. art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp, poprzez zaniechanie uznania oferty PKS w G.M. za odrzuconą, ewentualnie:
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PKS w G.M. w sytuacji, gdy treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
4. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PKS w G.M. w sytuacji, gdy wyjaśnienia wykonawcy pozwalają stwierdzić, że oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;
5. art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez uznanie złożonych przez PKS w G.M. wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny za spójne i wyczerpujące;
6. art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp, przez uznanie, że oferta złożona przez PKS w G.M. nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty;
7. art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej - oferty, która powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 oraz art. 90 ust. 3,

a w konsekwencji poprzez potraktowanie oferty złożonej przez innego wykonawcę w sposób preferencyjny w stosunku do oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy KIO 1458/16 i KIO 2088/16 na okoliczność istnienia podstaw do wykluczenia PKS w G.M. na podstawie art. 24 ust. 2a Pzp oraz nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności wyboru oferty PKS w G.M. jako najkorzystniej;
2. powtórzenia oceny ofert i wykluczenia PKS w G.M. z postępowania na podstawie 24 ust. 2a w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp, ewentualnie:
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty PKS w G.M. na podstawie art. 89 ust. 1 punkt 2 i 4 lub art. 90 ust. 3 Pzp, jako niespełniającej wymagań określonych w SIWZ oraz zawierającej rażąco nisko cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, względnie na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp, wobec niezłożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
4. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił, że spełnia przesłanki, o których mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiada interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ złożył ofertę, która nie została odrzucona, a w przypadku uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący wskazał, że w dniu 5 sierpnia 2016 r. wykonawca PKS w G.M. wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia go z postępowania oraz wobec odrzucenia jego oferty z uwagi na rażąco niską cenę. Wyrokiem z dnia 2 września 2016 r. sygn. akt KIO 1458/16 Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a także czynności wykluczenia PKS w G.M. oraz czynności odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę, a następnie powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz badania i oceny ofert. Krajowa Izba Odwoławcza, w zakresie dotyczącym odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, wskazała, że w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy brak było podstaw do uznania, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest rażąco niska.

Zamawiający, powtarzając badanie i ocenę ofert, w dniu 24 października 2016 r. wezwał PKS w G.M. do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w zakresie: obsługa techniczna wozu - części zamienne, wynagrodzenia, paliwo, ogumienie.

W dniu 4 listopada 2016 r. wykonawca PKS w G.M. wniósł odwołanie wobec czynności ponownego wezwania ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco

niskiej ceny. Wyrokiem z dnia 18 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 2088/16 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w zakresie bezpodstawnego wezwania do złożenia

wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w zakresie: obsługi technicznej wozu - części zamienne oraz wynagrodzenie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania wykonawcy PKS w G.M. do złożenia wyjaśnień. Zdaniem Izby, Zamawiający nie wskazał żadnych nowych okoliczności uzasadniających ponowne wezwanie wykonawcy w zakresie: obsługa techniczna wozu - części zamienne oraz wynagrodzenia, w związku z czym wezwanie w tej części było niedopuszczalne. Jednocześnie Izba wskazała, że wykonawca nie wskazał dlaczego zakwestionowana czynność w zakresie paliwa oraz ogumienia jest nieprawidłowa.

W dniu 1 grudnia 2016 r. Zamawiający dokonał ponownej oceny ofert i jako najkorzystniejszą uznał ofertę PKS w G.M.

I. **Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2a Pzp**

W ocenie Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu zaistniały wszystkie przesłanki z art. 24 ust. 2a Pzp, które pozwoliły Zamawiającemu na wykluczenie z postępowania PKS w G.M. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w cz. III pkt IX ust. 7 SIWZ zawarł klauzulę, zgodnie z którą „Zamawiający na podstawie art. 24 ust 2a cyt. ustawy wykluczy z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania / w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe , w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych*, co obliguje Zamawiającego do jego zastosowania w niniejszym postępowaniu.

Odnosząc się do kwestii nienależytego wykonania zamówienia Odwołujący wskazał, że PKS w G.M. wraz z ofertą złożył wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat usług, w którym zawarł dwie usługi wykonywane na podstawie dwóch umów zawartych z ZTM w Warszawie, tj. umowy z dnia 2 lutego 2007 r. obowiązującej do 31 grudnia 2016 r. oraz umowy z dnia 16 października 2007 r. obowiązującej do 31 grudnia 2017 r. Do oferty zostały załączone referencje z dnia 14 stycznia 2016 r., które nie potwierdzały, że usługi są wykonywane należycie. Zawierały stwierdzenie, że „Usługi świadczone przez firmę PKS w G.M.. Sp. z o.o. były i są wykonywane na warunkach określonych w zawartej Umowie z uwzględnieniem stosownego obniżenia wynagrodzenia w przypadku braku wymaganego poziomu jakości usług", co oznaczało, że były potrącane kary umowne.

Z uwagi na to, że umowy nie zostały zakończone, a referencje zostały wystawione wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, komisja przetargowa zwróciła się do Dyrektora Pionu Przewozów ZTM z prośbą o informację, czy wymienione umowy są wykonywane należycie.

W odpowiedzi komisja przetargowa otrzymała szczegółową informację o stale obniżającej się jakości usług oraz wysokości potrącanych kar, głównie z powodu złego stanu

technicznego pojazdów. Ponadto, stwierdzono 314 przypadków braku obsad oraz 48 przypadków zatrzymanych przez uprawnione służby dowodów rejestracyjnych (pismo Dyrektora Pionu Przewozów ZTM z dnia 16 maja 2016 r. i z dnia 18 maja 2016 r. oraz dokumentacja przeprowadzonych kontroli stanu technicznego pojazdów - w aktach sprawy o sygn. akt KIO 1458/16).

W aktach postępowania o sygn. akt KIO 1458/16 znajduje się również notatka służbowa ze spotkania w sprawie stanu technicznego autobusów PKS G.M.. z dnia 5 maja 2016 r. Przedmiotem spotkania pracowników ZTM w Warszawie z przedstawicielami PKS w G.M. był temat fatalnego stanu technicznego autobusów tej firmy. Skupiono się wówczas na usterkach mechanicznych mogących mieć fatalny wpływ na bezpieczeństwo pasażerów, bezpieczeństwo w ruchu drogowym oraz komfort podróżowania.

Ponadto, do odpowiedzi na odwołanie z dnia 19 sierpnia 2016 r. złożonej w sprawie sygn. akt KIO 1458/16 Zamawiający dołączył korespondencję z PKS w G.M. dotyczącą jakości świadczonych usług oraz korespondencję z Mazowieckim Wojewódzkim Inspektorem Transportu Drogowego oraz Państwową Inspekcją Pracy dotyczącą naruszania przez kierowców zatrudnionych przez PKS w G.M. przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o

czasie pracy kierowców (tj. Dz.U. z 2012 r. poz. 1155 ze zm,). ZTM w Warszawie przyznał, że w takich okolicznościach nie mógł uznać, że umowy zawarte z PKS w G.M. są wykonywane należycie. Nie ulega wątpliwości, że posiadane przez Zamawiającego dokumenty stanowią środek dowodowy stwierdzający, że PKS w G.M. nie wywiązał się ze swoich obowiązków kontraktowych, a tym samym dopuścił się poważnego naruszenia obowiązków zawodowych w rozumieniu przepisu art. 24 ust. 2a Pzp.

Odwołujący zauważył, że Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 2 września 2016 r. (sygn. akt KIO 1458/16) wydanego na skutek odwołania wniesionego przez PKS w G.M. wyraziła stanowisko, iż *„(..)* W rozpoznawanej sprawie nie zostało wykazane, aby Zamawiający nie miał podstaw dla uznania, że usługi ujęte w pozycji pierwszej i drugiej uzupełnionego wykazu były świadczone nienależycie, a tym samym, że mogły one zostać powołane przez Odwołującego dla wykazania spełniania spornego warunku". Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowisko Zamawiającego, iż usługi wykonywane przez PKS w G.M. w ramach umowy z dnia 2 lutego 2007 r. i z dnia 16 października 2007 r. świadczone są nienależycie.

Odwołujący przytoczył następnie fragmenty uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 czerwca 2015 r. wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 758/15 na poparcie swojego stanowiska, że dla skutecznego zastosowania podstawy wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2a Pzp, jeśli Zamawiający przewidział ją w SIWZ lub ogłoszeniu, nie jest konieczne uprzednie wezwanie wykonawcy do wyjaśnień w kwestii ewentualnego wykluczenia, czy to na podstawie powołanego przepisu, czy na podstawie art.

---

26 ust, 4 Pzp. Obowiązek takiego wezwania nie wynika z treści art. 24 ust 2a Pzp. To na wykonawcy ciąży inicjatywa w zakresie powoływania się na okoliczności, o których mówi art. 24 ust. 2a Pzp, tj. że zamawiający nie wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia. Przepis nie wskazuje na obowiązek jakiegokolwiek działania zamawiającego w tym zakresie. Podobny pogląd wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza również w wyroku z dnia 12 maja 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 638/16.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

Niezależnie od podstaw do wykluczenia, oferta PKS w G.M., powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący wskazał, że w piśmie z dnia 28.10.2016 r. wykonawca w pozycji A.7.3 obsługa techniczna wozu - ogumienie oparł kalkulację na danych firmy D.S.P. Sp. z o.o. dla opony D.S. 275/70R22,5 DSR 116 City, która to opona nie spełnia wymagań SIWZ.

Zamawiający w treści SIWZ, w załączniku nr 1 Wymagania techniczne dla autobusów w punkcie 5.4.1, że pojazdy muszą być wyposażone w opony z poziomami emisji hałasu poniżej maksymalnego określonego w rozporządzeniu (WE) 661/2009 Załączniku II część C. W tabeli dla opony trakcyjnej klasy C3 - Wartość dopuszczalna wyrażona w dB(A) wynosi 75, natomiast na etykiecie opony D.S. określony jest na 76 dB(A). Z rozporządzenia wynika, że dopuszczalna wartość dla opony trakcyjnej C3 może wynosić 76 dB(A), ale Zamawiający wymagał w tym wypadku 75dB(A). W związku z powyższym, opona przedstawiona w ofercie przez PKS w G.M. nie spełnia wymogów SIWZ i jako taka winna być odrzucona.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp

O tym, czy oferta jest rażąco niska, rozstrzyga zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku na podstawie posiadanych materiałów, w szczególności wyjaśnień wykonawcy i załączonych do wyjaśnień dokumentów, ocenianych w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia. Przepis art. 90 ust. 2 Pzp wskazuje że wykonawca jest zobowiązany do udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Jeżeli wykonawca nie sprosta temu obowiązkowi, zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę.

Konsekwencją prawidłowo przeprowadzonej analizy wyjaśnień PKS w G.M., które nie rozwiały wątpliwości co do przyjętej ceny, jak również faktu, że w ocenie Odwołującego niemożliwe jest zrealizowanie usługi objętej zamówieniem za wskazaną cenę, winno być odrzucenie oferty ww. wykonawcy.

P aliwo

W ocenie Odwołującego, w związku z toczącym się od 9 miesięcy postępowaniem o udzielenie zamówienia zdezaktualizowały się założenia w zakresie ceny paliwa przyjęte przez PKS w G.M., co ma istotny wpływ na cenę oferty, gdyż na dzień dzisiejszy niedoszacowanie w tym zakresie wynosi aż 0,06 zł za 1 wzkm. W ocenie Odwołującego, Zamawiający obowiązany był zweryfikować ofertę ww. wykonawcy w związku z pojawieniem się okoliczności, które nie były przedmiotem analizy w postępowaniu KIO 1458/16.
W szczególności powinien zweryfikować, jakie bufory bezpieczeństwa przyjął wykonawca i czy są one reale. Odwołujący przedstawił własną kalkulację na potwierdzenie niedoszacowania kosztów paliwa w ofercie PKS w G.M. tj. Kalkulację na moment ofertowania oraz Kalkulację dla obecnej ceny paliwa. Na potrzeby kalkulacji zastosowano cenę paliwa według danych S.O. z dnia 30 listopada 2016 r. przy zastosowaniu maksymalnego rabatu 200 PLN na 1.000 l.

Leasing / amortyzacja

Dezaktualizacja założeń PKS w G.M. z związku z toczącym się od kilku miesięcy postępowaniem dotyczy również kosztów finansowych. Skrócenie okresu realizacji kontraktu - już o 7 miesięcy, powoduje zmianę przyjętych wyliczeń i ponowne wyliczenie wartości pozycji kosztu: Leasing/Amortyzacja. Również w tym zakresie obowiązkiem Zamawiającego była weryfikacja założeń przyjętych przez PKS w G.M.
W kalkulacji PKS G.M.. niedoszacowanie stawki w parametrze wartość zakupu taboru do realizacji kontraktu wynosi aż 0,10 zł za 1 wzkm, co oznacza kwotę niedoszacowania w pozycji Leasing/ Amortyzacja wynoszącą łącznie: 3.200.000 PLN.

Obsługa techniczna wozu - ogumienie

PKS w G.M. w wyjaśnieniu twierdzi, że opony D.S. kupuje po 599,00 zł netto natomiast najtańsza opona, jaka spełnia warunki SIWZ, po uwzględnieniu wszystkich rabatów dostępnych dla firm transportowych, kosztuje 870,00 zł netto. Przyjmując sposób kalkulacji, jaki PKS w G.M. przedstawiło w swym piśmie, koszt ten powinien wynieść: 5 x 54 autobusy x 6 opon x 870,00 zł netto opona =1 409 400, zł netto, a nie 970 380 zł netto. Różnica wynosi zatem 439 020 zł, a to oznacza, że w kalkulacji PKS G.M.. niedoszacowanie stawki w tym zakresie wynosi 0,013 zł za 1 wzkm.

Obsługa techniczna wozu - mycie

Świadczenie usług przewozowych w komunikacji miejskiej wiąże się z bieżącym ponoszeniem kosztów utrzymania taboru w czystości. W umowie stanowiącej załącznik do SIWZ wprowadzone zostały zdecydowanie surowsze zasady rozliczania operatora w przypadku niewystarczającej jakości usług, na którą składa się m.in. czystość taboru. Poza zapewnieniem codziennego mycia pojazdów, koniecznym jest posiadanie przez wykonawcę

myjni z funkcją mycia podwozia, komór silnika i podzespołów autobusu, co zostało jasno sprecyzowane w warunkach przetargu (Załącznik nr 2 do SIWZ, pkt.1.3.10). Chcąc zapewnić należytą jakość usług, należało w załączonej kalkulacji założyć zwiększoną wartość kosztów mycia pojazdów niż miało to miejsce w dotychczasowych postępowaniach. Miesięczny koszt mycia jednego pojazdu, kształtuje się na poziomie 555 zł za sztukę, co daje średniorocznie koszt na poziomie 0,08 zł za 1 wzkm. Oznacza to. że w kalkulacji PKS G.M.. występuje niedoszacowanie stawki w ww. parametrze, które wynosi 0.04 zł za 1 wzkm.

Koszty dotyczące zaplecza technicznego - Czynsz

PKS G.M.. podał wartość składnika kosztów czynszu w wysokości 0,01 zł za 1 wzkm. Koszt utrzymania zajezdni autobusowej należy szacować z uwagi na uwarunkowania rynkowe w wysokości około 300.00 zł miesięcznie, w przeliczeniu na jeden autobus. Łączny roczny koszt utrzymania własnego/dzierżawionego/dzierżawa wieczysta obiektu zajezdni dla wszystkich autobusów, tj. 54 sztuk, wynosi zatem nie mniej niż 181.440.00 zł rocznie, co w przeliczeniu na 1 wzkm wyniesie 0.04 zł. Wskazana zatem przez Odwołującego kwota 0,009 zł za 1 wzkm, jest ceną nierealną i nierynkową, a tym samym nie pozwalającą na pokrycie faktycznych kosztów dot. zaplecza technicznego.

Koszty modyfikacji zaplecza (dostosowanie do warunków SIWZ)

Jak wynika z przedstawionych w tabeli stawek PKS G.M.., ogólny koszt modyfikacji

zaplecza, w okresie 8 lat kontraktu, wynosi 870.400,00 zł (0,0272 x 32.000.000,00 wzkm). W powyższej pozycji należało uwzględnić całkowite koszty dotyczące modyfikacji zaplecza zgodnie z wymogami SIWZ. Z analizy przedstawionych wyjaśnień wynika, że wykonawca łączny koszt modernizacji zaplecza technicznego oszacował na poziomie 2.399.508,00 zł.

Zgodnie ze złożonymi wyjaśnieniami, do kalkulacji w ofercie przyjęto koszty na poziomie jedynie 50%, tj. 1.200.000,00 zł, co przeliczone na koszt 1 wzkm daje wartość 0,0375 zł (1.200.000,00 zł /8 lat/ 4.000.000 wzkm rocznie). Powyższe zaniżenie kosztów wykonawca tłumaczy faktem stacjonowania na bazie łącznie 110 autobusów, dlatego też przyjął jedynie 50% kosztów. Zamawiający oczekiwał jednak, zgodnie z wymogami SIWZ, wskazania całkowitej wartości kosztów modyfikacji zaplecza wymaganej przepisami tego przetargu, niezależnie od liczby aut stacjonujących w zajezdni.

Odwołujący podkreślił, że na dzień składania ofert PKS G.M.. nie dysponował zapleczem technicznym spełniającym wymogi SIWZ, a jedynie oświadczył, że będzie dysponował takim zapleczem na potrzeby realizacji zamówienia. W obecnym stanie faktycznym, przy tak niskich nakładach na modyfikację zaplecza technicznego i bardzo skróconym okresie realizacji zamówienia, wydaje się niemożliwe dostosowanie posiadanego zaplecza do wymogów SIWZ.

Dodatkowo, wykonawca błędnie interpretuje przepisy ustawy o rachunkowości, próbując udowodnić, że dokonując rozbudowania istniejącego budynku o stację napraw

zastosuje stawkę amortyzacji 5% zamiast obowiązującej dla budynków 2,5%. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach poinformował, że amortyzacja została rozłożona na 20 lat. Idąc tokiem złożonych wyjaśnień należałoby w kalkulacji stawki za 1 wzkm, w pozycji B.4. koszty modyfikacji zaplecza, wykazać wartość 0,0150 zł za 1 wzkm. Odwołujący do formularza kalkulacji ceny przyjął wartość 0,0272 zł - co oznacza, że pozycja kosztów modyfikacji zaplecza jest kolejną, w której mają miejsce błędy rachunkowe.

Wynagrodzenia

W ocenie Odwołującego, Zamawiający dokonując analizy oferty PKS w G.M. nie uwzględnił i nie zweryfikował kosztów zatrudnienia na podstawie umów zlecenia. Nowelizacja ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę zakłada, że od 1 stycznia 2017 r. będzie obowiązywać minimalna stawka godzinowa w wysokości ponad 12 zł dla pracujących na umowach zlecenia oraz umowach o świadczenie usług, w tym samozatrudnionych. Od 1 stycznia 2017 r., przy kwocie minimalnego wynagrodzenia za pracę wynoszącej 2000 zł, minimalna stawka godzinowa dla określonych umów cywilnoprawnych wynosić będzie - 13 zł za godzinę. W latach kolejnych, wysokość tej stawki uzależniona będzie również od corocznej dynamiki wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Reasumując, Odwołujący podniósł, że łącznie niedoszacowanie elementów ceny oferty spowodowało niedoszacowanie stawki łącznej o 0,4378 zł/wzkm (6,8% w stosunku do zaoferowanej stawki 6,47 zł/wzkm).

W ocenie Odwołującego, przedstawienie wyjaśnień, które pozostawiają wątpliwości co do sposobu wyliczenia ceny, nie może być uznane za złożenie merytorycznych wyjaśnień. Takie działanie wykonawcy może być zakwalifikowane jako złożenie wyjaśnień, które jedynie pozornie stanowią wyjaśnienie oferowanej ceny. W takiej sytuacji Zamawiający winien odrzucić ofertę na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp.

W ocenie Odwołującego, PKS w G.M. nie wskazał okoliczności faktycznych uzasadniających oszacowanie ww. elementów ceny oferty na przyjętym poziomie. Złożone wyjaśnienia nie usunęły wątpliwości, co do możliwości realizacji usługi za wskazaną cenę, co powinno skutkować odrzuceniem oferty.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Zamawiający, przygotowując i prowadząc postępowanie, powinien dążyć do udzielenia zamówienia, unikając działań mogących skutkować ograniczeniem dostępu do zamówienia. Wszyscy wykonawcy powinni mieć równy dostęp do udziału w postępowaniu. Zamawiający nie może faworyzować lub uniemożliwiać, czy utrudniać udział w postępowaniu niektórym wykonawcom. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający dokonując wyboru oferty wykonawcy, który winien być wykluczony lub, którego oferta podlega odrzuceniu, postępuje w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców.

Wykonawca P.K.S. w G.M.. Sp.
z o.o., zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

W toku posiedzenia, przed otwarciem rozprawy Zamawiający złożył do protokołu oświadczenie, że uwzględnia w całości zarzuty zawarte w odwołaniu. Zamawiający nie wyjaśnił swojego stanowiska w niniejszej sprawie.

Wykonawca P.K.S. w G.M.. Sp.
z o.o. w toku posiedzenia na podstawie art. 186 ust. 4 i 5 Pzp zgłosił ustnie do protokołu sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.
Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący złożył ofertę, która nie została odrzucona. W przypadku uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Izba uznała za skuteczne przystąpienie wykonawcy P.K.S. w G.M.. Sp. z o.o. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Przedmiot zamówienia obejmuje świadczenie usług przewozu regularnego wykonywanego w ramach lokalnego transportu zbiorowego (komunikacji miejskiej w Warszawie) na liniach nadzorowanych przez Zarząd Transportu Miejskiego, na całym obszarze układu komunikacyjnego, tj. na terenie m.st. Warszawy i gmin podwarszawskich, z którymi m.st. Warszawa podpisało stosowne porozumienia.
Przedmiot zamówienia został podzielony na dwie części.
Termin rozpoczęcia świadczenia usługi został ustalony na – 25 tygodni od podpisania umowy jednak nie wcześniej niż: w części I – 01.01.2016 – 30.11.2024 r. oraz w części II –

01.01.2017 r. – 31.12.2024 r.
Szczegółowy opis techniczny autobusów, którymi będzie wykonywana usługa wraz z ich wyposażeniem stanowią załączniki nr 1, 1.1, 1.2 do SIWZ,
Szczegółowy opis techniczny niezbędnego dla świadczenia usług zaplecza technicznego, samochodów pogotowia technicznego i samochodów mobilnej służby zabezpieczenia ruchu wraz z wyposażeniem stanowi załącznik nr 2 do SIWZ.
W pkt XV. Opis sposobu obliczenia ceny – Zamawiający postanowił, że wykonawca jest zobowiązany obliczyć cenę oferty z uwzględnieniem warunków zawartych w SIWZ oraz wszystkich kosztów ryzyk niezbędnych do poniesienia w celu należytego wykonania umowy. W pkt 5 formularza ofertowego należało podać stawkę za 1 wozokilometr oraz załączyć szczegółową kalkulację ceny oferty na podstawie załączonego do SIWZ wzoru – załącznik 3.1 (pkt X.I ppkt 2 Sposób przygotowania ofert).

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2a Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w G.M. Sp. z o.o. w sytuacji gdy wykonawca ten realizuje na rzez Zamawiającego usługi wynikające z Umowy z dnia 02.02.2007 r. obowiązującej do 31.12.2016 r. oraz Umowy z dnia 16.10.2007 r. obowiązującej do 31.12.2017r. w sposób nienależyty, w związku z czym dopuścił się poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, a działania te są przez wykonawcę zawinione.

Zgodnie z art. 24 ust. 2a Pzp, *zamawiający* jest zobowiązany wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewidział taką

możliwość wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Zamawiający nie wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia.

W celu zastosowania przepisu art. 24 ust. 2a Pzp konieczne jest wykazanie przez Zamawiającego spełnienia się następujących przesłanek: poważnego naruszenia obowiązków zawodowych przez wykonawcę, zawinienia w stopniu winy umyślnej lub ewentualnej lub rażącego niedbalstwa, naruszenie musi mieć miejsce w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, zamawiający musi być w stanie wykazać ww. naruszenie za

pomocą dowolnych środków dowodowych, zamawiający zastrzegł możliwość wykluczenia na tej podstawie w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do negocjacji, a dodatkowo - nieudowodnienie przez wykonawcę faktu podjęcia środków, mających zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości lub naprawienia szkody albo zobowiązania się do jej naprawienia.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, iż bezspornym w tej sprawie jest, że zaistniały wszystkie przesłanki z art. 24 ust. 2a Pzp, uprawniające Zamawiającego do wykluczenia z postępowania PKS w G.M.

Nie budzi wątpliwości fakt, że Zamawiający w cz. III pkt IX ust. 7 SIWZ zawarł zastrzeżenie dotyczące wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust 2a Pzp, a tym samym zobowiązał się do zastosowania tego przepisu w okolicznościach w nim wskazanych, co nie było sporne pomiędzy Stronami w niniejszej sprawie.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465 F. i ABC Direct Contakt wskazał, że „(…) pojęcie „poważnego naruszenia zawodowego" obejmuje wszelkie zawinione uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową danego wykonawcy, a nie tylko naruszenia wąsko rozumianych norm deontologicznych obowiązujących w zawodzie wykonywanym przez wykonawcę, które są stwierdzone przez organ dyscyplinarny dla tego zawodu lub w prawomocnym orzeczeniu sądowym", ponadto „pojęcie poważnego wykroczenia należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Tym samym jakiekolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem".

W świetle powyższego, podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania powinny być jedynie uchybienia odpowiednio poważne (doniosłe), wykraczające poza zakres uchybień zwykłych, przeciętnych naruszeń obowiązków zawodowych.

Winę można przypisać sprawcy wówczas, gdy sprawca działa w sposób bezprawny (sprzeczny z prawem) oraz wykazuje wolę i świadomość w stosunku do popełnionego czynu. Wola i świadomość w stosunku do popełnionego czynu może mieć postać zamiaru bezpośredniego lub zamiaru ewentualnego albo też lekkomyślności lub niedbalstwa. Rażące niedbalstwo stanowi odrębną kategorię. Pojęcie to zostało wypracowane na gruncie orzecznictwa sądów. Wskazuje się, że „przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika

staranności minimalnej. Stopień winy w przypadku działalności gospodarczej powinien przy tym uwzględniać staranność wymaganą w postępowaniu prowadzonym między profesjonalnymi podmiotami w zorganizowanym obrocie gospodarczym a także fakt, że co do zasady wykonawca jest odpowiedzialny za rezultat w postaci zadowalającej i efektywnej realizacji umowy na rzecz innego podmiotu." (tak w wyroku SN z dnia 10 marca 2004 r. IV CK 151/03). Jak stwierdzono w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 czerwca 2015 r. w sprawie o sygn. akt KIO 758/15: „(...)Rażące niedbalstwo odnoszone jest do naruszenia

elementarnych reguł prawidłowego zachowania się w danej sytuacji lub nieprzestrzegania podstawowych zasad ostrożności. Ma to być szczególnie negatywna, naganna ocena postępowania dłużnika; stopień naganności postępowania, które drastycznie odbiega od modelu właściwego w danych warunkach (wyrok SN z 22 kwietnia 2004 r. w spr. II CK 142/03)". Jak podano w wyroku SN z 22 września 2005 r. w spr. IV CK 100/05, „W takiej sytuacji należytą staranność określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności; jest to ocena staranności surowsza od staranności ogólnie wymaganej (art. 355 § 1 i § 2 KC). W istotę działalności gospodarczej wkomponowane jest bowiem wymaganie posiadania niezbędnej wiedzy fachowej, obejmującej nie tylko czysto formalne kwalifikacje, ale także doświadczenie wynikające z praktyki zawodowej oraz ustalone zwyczajowo standardy wymagań (zob. np. art. 19 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, Dz.U. Nr 173, poz. 1807 ze zm.) (...)".

Obowiązek wykazania okoliczności stanowiących podstawę do wykluczenia wykonawcy za pomocą wszelkich (dowolnych) środków dowodowych spoczywa na zamawiającym. Ciężar natomiast wykazania przesłanki negatywnej, określonej w art. 24 ust. 2a Pzp spoczywa wyłącznie na wykonawcy.

Izba uwzględniła wnioski dowodowe Odwołującego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy KIO 1458/16 i KIO 2088/16 na okoliczność istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy PKS w G.M. na podstawie art. 24 ust. 2a Pzp w zakresie dokumentów wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu.

PKS w G.M. wraz z ofertą złożył wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat usług, w którym przedstawiono dwie usługi wykonywane na podstawie dwóch umów zawartych z Zamawiającym, tj. umowy z dnia 2 lutego 2007 r. obowiązującej do 31 grudnia 2016 r. oraz umowy z dnia 16 października 2007 r. obowiązującej do 31 grudnia 2017 r. Do oferty zostały załączone referencje z dnia 14 stycznia 2016 r., które nie potwierdzają, że usługi są wykonywane należycie. W treści referencji stwierdzono, że usługi były i są wykonywane na warunkach określonych w zawartej umowie z uwzględnieniem stosownego obniżenia wynagrodzenia w przypadku braku wymaganego poziomu jakości usług.

Z treści pism Dyrektora Pionu Przewozów ZTM z dnia 16 maja 2016 r. i z dnia 18 maja 2016 r. wynika informacja o stale obniżającej się jakości usług oraz wysokości potrącanych kar, głównie z powodu złego stanu technicznego pojazdów, stwierdzono 314 przypadków braku obsad oraz 48 przypadków zatrzymania dowodów rejestracyjnych przez uprawnione służby. Odwołujący przywołując dokumentację przeprowadzonych kontroli stanu technicznego pojazdów, nie wskazał na konkretne zapisy tej dokumentacji.

Z treści notatki służbowej (w aktach postępowania o sygn. akt KIO 1458/16) ze spotkania w sprawie stanu technicznego autobusów PKS G.M.. z dnia 5 maja 2016 r. wynika, że przedmiotem spotkania pracowników ZTM w Warszawie z przedstawicielami PKS w G.M. był stan techniczny autobusów firmy PKS G.M.. Przedstawiciele firmy PKS oświadczyli, że wskazane przez ZTM usterki są przez nich na bieżąco usuwane. Wskazano, że w dniu 4 kwietnia 2016 r. w godzinach porannych ze względu na zły stan techniczny zostały zesłane do zajezdni trzy wozy PKS G.M.. Po ponownej kontroli w godzinach popołudniowych ustalono, że usterki nie zostały wyeliminowane, skutkiem czego wozy zostały zdjęte z linii i zesłane do zajezdni. Przedstawiciel ZTM poinformował przedstawicieli PKS G.M.., że jeżeli stan techniczny autobusów PKS nie ulegnie poprawie, to ZTM bierze pod uwagę możliwość skrócenia czasu trwania umowy.

Do odpowiedzi na odwołanie z dnia 19 sierpnia 2016 r. złożonej w sprawie o sygn. akt KIO 1458/16 Zamawiający dołączył korespondencję z PKS w G.M. dotyczącą jakości świadczonych usług oraz korespondencję z Mazowieckim Wojewódzkim Inspektorem Transportu Drogowego oraz Państwową Inspekcją Pracy dotyczącą naruszania przez kierowców zatrudnionych przez PKS w G.M. przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o czasie pracy kierowców (tj. Dz.U. z 2012 r. poz. 1155 z późn. zm,).

Powyższe ustalenia spowodowały ocenę ze strony Zamawiającego, że umowy zawarte z PKS w G.M. nie są wykonywane należycie, co skutkowało zakwalifikowaniem powyższych usług jako niepotwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę PKS w G.M., co zostało również potwierdzone przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu wyroku z dnia 2 września 2016 r. (sygn. akt KIO 1458/16).

Zauważyć należy, że Zamawiający, jako podmiot posiadający najlepszą wiedzę o sposobie realizacji umów na jego rzecz ani w ramach oceny ofert z dnia 27 lipca 2016 r., ani w ramach oceny z dnia 1 grudnia 2016 r. nie stwierdził przesłanek do wykluczenia PKS w G.M. na podstawie art. 24 ust. 2a Pzp. Dokonane ustalenia dotyczące nienależytego wykonywania umowy nie są równoznaczne i nie dowodzą zatem wprost, że wykonawca dopuścił się poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, w rozumieniu przepisu art. 24 ust. 2a Pzp. Nadto, Zamawiający w ostatnim czasie dokonał wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w innych prowadzonych postępowaniach na usługi przewozu (np. Izabelin, Stare Babice), co potwierdza, że pozytywnie ocenia on dotychczasową współpracę z wykonawcą. Nie można więc postawić znaku równości pomiędzy nienależytym wykonaniem umowy a zawinionym poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych.

Oceniając skalę uchybień Przystępującego przy wykonywaniu wskazanych powyżej dwóch umów, Izba wzięła pod uwagę wyjaśnienia Przystępującego odnośnie sposobu naliczania uchybień ST (punktów karnych) w ramach ww. umów w zakresie konkretnych uchybień co do jakości usług. Należy przy tym zwrócić uwagę na znaczny zakres obu umów zarówno ilościowy, jak i wartościowy oraz okres trwania umów (umowy zawarto na 10 lat). Niewątpliwie przy realizacji tak dużych umów przewozowych nie jest realne uniknięcie uchybień, tym bardziej, że niektóre rodzaje uchybień (na skutek dewastacji lub wandalizmu) nie noszą znamion winy ze strony wykonawcy. Przystępujący przedstawił na rozprawie zestawienie uchybień PKS w G.M. w porównaniu do innych prywatnych przewoźników na rynku dla skali 1 mln km w okresie maj 2013 – kwiecień 2016, z którego wynika porównywalna liczba uchybień tego wykonawcy w odniesieniu do pozostałych prywatnych przewoźników. Przystępujący wyjaśnił dodatkowo, że pojazdy eksploatowane od początku wykonywania omawianych umów uległy przez lata znacznemu zużyciu (na skutek m.in. złej jakości dróg, przepełnienia pojazdów) i stopniowo są wycofywane z bieżącego użycia. Zgodnie z pismem Dyrektora ZTM z dnia 28 lipca 2016 r. tabor PKS w G.M. został poddany kontroli pod kątem zgodności z SIWZ oraz stanu technicznego pojazdów, w wyniku której pojazdy te przeszły skomplikowany proces certyfikacji technicznej i decyzją ZTM zostały dopuszczone do eksploatacji w ramach obsługi komunikacji miejskiej pod szyldem ZTM.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności Izba zważyła również, że Odwołujący nie przedstawił w odwołaniu ani na rozprawie rzeczowej argumentacji lub dowodów potwierdzających, że w okolicznościach tej sprawy ziściły się przesłanki dotyczące poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, a w szczególności, że stwierdzone uchybienia stanowią uchybienia o większej doniosłości niż zwykłe (przeciętne) typowe uchybienia i usterki mające związek z użytkowaniem pojazdów przy świadczeniu tego rodzaju usług.

Niezależnie od powyższego wykonawca PKS w G.M. wykazał, stosownie do art. 24 ust. 2a Pzp, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych przez tego wykonawcę w przyszłości. Przystępujący wykazał, że podjął współpracę z Zamawiający w celu usunięcia usterek technicznych i innych (estetycznych) pojazdów, jak również, że dokonał zmiany na stanowisku zastępcy dyrektora bazy w Warszawie oraz starszego mistrza, podjął działania organizacyjne wynikające z zarządzenia z dnia 3 października 2016 r., prowadzi modernizację zajezdnia wraz halą napraw, obsług oraz stanowiskiem przeglądowym i automatyczną myjnią pojazdów, planowane wprowadzenie narzędzi informatycznych do diagnozowania i napraw pojazdów oraz optymalizacji czasu reakcji.

W związku z powyższymi ustaleniami Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 2a Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy PKS w G.M. z postępowania.

W konsekwencji Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp, poprzez zaniechanie uznania oferty PKS w G.M. za odrzuconą.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PKS w G.M. w sytuacji, gdy treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych

warunków zamówienia.

Oferta PKS w G.M. nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Jak wynika z pisma z dnia 28.10.2016 r. wykonawca PKS w G.M. w pozycji A.7.3 obsługa techniczna wozu - ogumienie wskazał opony D.S. 275/70R22,5 DSR 116 City, których cenę przyjął do kalkulacji ceny oferty oraz przedłożył w załączeniu ofertę firmy D.S.P. Sp. z o.o. z dnia 31 marca 2016 r.

Jak wynika również z treści oświadczenia firmy D.S.P. Sp. z o.o. z dnia 14 grudnia 2016 r. złożonego przez Przystępującego na rozprawie, opony przyjęte do kalkulacji przez PKS w G.M. spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w punkcie 5.4.1 załącznika nr 1 do SIWZ - Wymagania techniczne dla autobusów, tj. w zakresie wyposażenia pojazdów w opony z poziomami emisji hałasu poniżej maksymalnego określonego w rozporządzeniu (WE) 661/2009 Załącznika II część C klasy C3, czyli w tym wypadku 75dB(A).

Podkreślić należy, że Odwołujący nie przedstawił dowodu potwierdzającego okoliczności przeciwne. Tym samym Izba nie miała podstaw do stwierdzenia, że zaoferowana przez PKS w G.M. usługa nie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia co do warunków realizacji, zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PKS w G.M. Sp. w sytuacji, gdy wyjaśnienia wykonawcy pozwalają stwierdzić, że **oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez uznanie złożonych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny za spójne i wyczerpujące.**

Zamawiający, powtarzając ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz czynność badania i oceny ofert w dniu 24 października 2016 r., z uwzględnieniem czynności nakazanych przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 2 września 2016 r. o sygn. akt KIO 1458/16, wezwał PKS w G.M. do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny oferty w zakresie: obsługa techniczna wozu - części zamienne, wynagrodzenia, obsługa techniczna wozu - części zamienne, paliwo.

W dniu 4 listopada 2016r. wykonawca PKS w G.M. Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności ponownego wezwania ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny. Wyrokiem z dnia 18 listopada 2016r. sygn. akt KIO 2088/16 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w zakresie bezpodstawnego wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w zakresie: obsługi technicznej wozu - części zamienne oraz wynagrodzenie, i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania do złożenia wyjaśnień we wskazanym zakresie. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że Zamawiający nie wskazał żadnych nowych okoliczności uzasadniających ponowne wezwanie wykonawcę w zakresie: obsługa techniczna wozu - części zamienne oraz wynagrodzenia, w związku z czym wezwanie w tej części było niedopuszczalne. Jednocześnie Izba wskazała, że odwołujący nie wskazał dlaczego zakwestionowana przez niego czynność w zakresie paliwa oraz ogumienia jest nieprawidłowa.

Złożone przez wykonawcę wyjaśniania na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp podlegają ocenie zamawiającego, która jest dokonywana w odniesieniu do konkretnego przypadku na podstawie wyjaśnień danego wykonawcy i załączonych do wyjaśnień dowodów, w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp, na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Pismem z dnia 28 października 2016 r. wykonawca PKS w G.M. złożył wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego z dnia 24 października 2016 r. Wykonawca odniósł się szczegółowo do wszystkich elementów wezwania oraz załączył do wyjaśnień dowody, w tym m.in. przedłużenia ważności ofert złożonych wraz z wyjaśnieniami z dnia 30 czerwca 2016 r., oferty na zakup części, dane dotyczące zużycia paliwa itd. Złożone wyjaśnienia pozwalają na stwierdzenie, że jest możliwe zrealizowanie usługi objętej zamówieniem za wskazaną przez wykonawcę w ofercie cenę, z uwzględnieniem przyjętych przez wykonawcę kosztów w

---

badanym zakresie.

Wskazując na zaniżenie wyceny przedstawionych w odwołaniu elementów oferty, Odwołujący natomiast nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających, że oferta złożona przez PKS w G.M. zawiera rażąco niską cenę.

W niniejszej sprawie ocena wyjaśnień powinna być dokonywana z uwzględnieniem faktu, że oferta PKS w G.M. jest jedynie o 5% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert oraz o 15% niższa od wartości zamówienia, a zatem nie wypełnia przesłanek obligatoryjnych w zakresie wysokości progu, zobowiązującego zamawiającego do żądania wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Zauważyć przy tym należy, że cena kwestionowanej oferty jest tylko o 2% niższa od ceny zaoferowanej przez Odwołującego.

Należy również zwrócić uwagę, że cena w przedmiotowym postępowaniu ma charakter ryczałtowy, a szczegółowa kalkulacja ma znaczenie jedynie pomocnicze. Zatem ocena, czy cena oferty jest rażąco niska powinna być odnoszona do przedmiotu zamówienia, a nie do poszczególnych jego elementów.

W odniesieniu do zarzutu niedoszacowania kosztów paliwa, Izba wzięła pod uwagę, że Odwołujący przedstawił własną kalkulację kosztów w tym zakresie, odwołując się do aktualnych cen paliwa wzrastających w ostatnim czasie, tj. cenę paliwa według danych S.O. z dnia 30 listopada 2016 r. przy zastosowaniu rabatu 200 PLN na 1.000 l. Odwołujący nie przedstawił jednak żadnej analizy na poparcie twierdzenia, że ryzyko zmiany cen paliwa w całym okresie obowiązywania umowy (tj. do 31 grudnia 2024 r.) nie zostało w ogóle uwzględnione w cenie oferty Przystępującego.

Jak wynika z wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w dniu 28 października 2016 r., wykonawca przyjął do kalkulacji wariant kosztów paliwa uwzględniający bufor bezpieczeństwa z tytułu wzrostu cen paliwa. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Przystępujący wyjaśnił, że uzyskane przez niego upusty na paliwo przekraczają poziom 0,20 zł/l przyjęty w ofercie Odwołującego. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie tezy, że przyjęte przez niego do kalkulacji dane są prawidłowe w odniesieniu do oferty PKS w G.M. Odwołujący nie kwestionował przy tym faktu, że zgodnie z § 4 ust. 2 Umowy o świadczenie usług przewozów autobusowych w zbiorowej komunikacji miejskiej nadzorowanej przez ZTM w Warszawie stawka bazowa za wykonanie przez Operatora usług będzie waloryzowana na kolejne 12 miesięcy począwszy od 1 kwietnia 2018 r. przy zastosowaniu m.in. rocznego współczynnika zmian cen oleju napędu w roku X w stosunku do roku X-1, ustalanego przez ZTM w oparciu o średnią arytmetyczną cen hurtowych netto dla całego kraju za 1000 litrów oleju napędowego stosowanych przez kluczowych dostawców w kraju. Jak słusznie zauważył Przystępujący w świetle tego postanowienia od 1 kwietnia 2018 r. ryzyko wzrostu cen paliwa będzie obciążało Zamawiającego, a nie wykonawcę.

Zarzut niedoszacowania kosztów Leasingu/amortyzacji - Skrócenie okresu realizacji kontraktu nie zawsze musi powodować wzrost kosztów Leasingu/Amortyzacji. Przystępujący wyjaśnił, że posiada możliwość odkupu leasingowanych autobusów w wartości 20% wartości początkowej (tj. za wyższą opłatą końcową), a także możliwość zakupu autobusów po niższej cenie niż przyjęta do kalkulacji oferty oraz uzyskania leasingu pojazdów z dużo niższą marżą niż skalkulowana w cenie oferty. W tych okolicznościach wyliczone przez Odwołującego niedoszacowanie stawki w zakresie wartości zakupu taboru do realizacji kontraktu nie jest adekwatne do sytuacji Przystępującego w omawianym zakresie.
W odniesieniu do zarzutu niedoszacowania kosztów ogumienia przez PKS w G.M. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność, że PKS w G.M. przyjął do kalkulacji niedoszacowaną cenę opon (opony D.S. w cenie - 599,00 zł netto). Odwołujący nie wykazał w szczególności faktu, że najtańsza opona, jaka spełnia warunki SIWZ, po uwzględnieniu wszystkich rabatów dostępnych dla firm transportowych, kosztuje 870,00 zł netto. Nie złożył w tym zakresie żadnego dowodu. Przystępujący złożył natomiast szczegółowe wyjaśnienia w tym zakresie w tym zakresie zarówno w wyjaśnieniach z dnia 30 czerwca 2016 r. jak i w wyjaśnieniach z dnia 28 października 2016 r., załączając stosowne dowody na potwierdzenie realności jego kalkulacji co do kosztów ogumienia.
Zarzut w zakresie niedoszacowania kosztów Obsługi technicznej wozu – mycie był przedmiotem wyjaśnień z dnia 30 czerwca 2016 r. Ten element kosztów był badany przez Krajową Izbę Odwoławczą w postępowaniu o sygn. akt KIO 1458/16. Zarzut ten w zakresie zaistnienia jakichkolwiek nowych okoliczności w tej sprawie nie został przez Odwołującego

wykazany. Odwołujący oparł swój zarzut na założeniu, że miesięczny koszt mycia jednego pojazdu kształtuje się na poziomie 555 zł, co daje średniorocznie koszt na poziomie 0,08 zł za 1 wozokilometr, jednak nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie, że przyjęte przez niego założenia są wiarygodne w warunkach dostępnych wykonawcy PKS G.M..
Zarzut w zakresie kosztów zaplecza technicznego – Czynsz - był przedmiotem wyjaśnień z dnia 30 czerwca 2016 r. Ten element kosztów był badany przez Krajową Izbę Odwoławczą w postępowaniu o sygn. akt KIO 1458/16. W zakresie tego zarzutu Odwołujący zakwestionował przyjęty przez wykonawcę PKS w G.M. koszt czynszu w wysokości 0,01 zł za 1 wzkm. Zdaniem Odwołującego, koszt utrzymania zajezdni autobusowej należy szacować z uwagi na uwarunkowania rynkowe w wysokości około 300.00 zł miesięcznie w przeliczeniu na jeden autobus. Łączny roczny koszt utrzymania własnego/ dzierżawionego /dzierżawa wieczysta obiektu zajezdni dla wszystkich autobusów tj. 54 sztuk wynosi zatem nie mniej niż 181.440.00 zł, co w przeliczeniu na 1 wzkm wynosi 0.04 zł. Jak wyjaśnił jednoznacznie Przystępujący, wskazana przez niego kwota 0,009 zł za 1 wzkm, jest ceną realną, która pozwala na pokrycie faktycznych kosztów dot. zaplecza technicznego.

Odwołujący nie przedstawił również w tym zakresie żadnych dowodów przeciwnych lub potwierdzających jego stanowisko.
Koszty modyfikacji zaplecza (dostosowanie do warunków SIWZ) – w zakresie tego elementu kosztów PKS w G.M. wskazał ogólny koszt modyfikacji zaplecza w okresie 8 lat kontraktu, w kwocie 870.400,00 zł (0,0272 x 32.000.000 wzkm). Odwołujący podnosił, że w powyższej pozycji należało uwzględnić całkowite koszty dotyczące modyfikacji zaplecza, zgodnie z wymogami SIWZ. Odwołujący nie wyjaśnił swojej argumentacji w zakresie tego zarzutu na rozprawie. Wobec braku spójności twierdzeń przedstawionych w odwołaniu w tym zakresie, Izba nie znalazła podstaw do jego uwzględnienia.
Izba podkreśla, iż fakt, że na dzień składania ofert wykonawca PKS w G.M. nie dysponował zapleczem technicznym spełniającym wymogi SIWZ, nie dowodzi w żaden sposób, że wykonawca ten nie będzie dysponował takim zapleczem na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia, zgodnie z oświadczeniem złożonym w ofercie. Odwołujący poddawał ten fakt w wątpliwość, jednak żadnych dowodów na rozprawie nie przedstawił.
Wynagrodzenia

Z wyjaśnień przedstawionych przez wykonawcę PKS w G.M. w piśmie z dnia 28 października 2016 r. wynika jednoznacznie, że wykonawca będzie zatrudniał do realizacji tego zamówienia pracowników w ramach umowy o pracę, a nie na umowę zlecenie. Ponadto, wynagrodzenia przewidziane zostały na poziomie wyższym niż płaca minimalna dla 2017 r., tj. ponad 2 800,00 zł. Dodatkowo należy wskazać na postanowienie w zakresie waloryzacji wynagrodzeń zawarte § 4 ust. 2 Umowy o świadczenie usług przewozów (…), zgodnie z którym stawka bazowa za wykonanie usług będzie waloryzowana na kolejne 12 miesięcy także w oparciu o roczny wskaźnik wzrostu wynagrodzeń. Zgodnie natomiast z art. 142 Pzp, przedmiotowa Umowa zawiera w § 16 ust. 1 pkt 5 postanowienie w sprawie zasad wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy, w przypadku m.in. zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, jeżeli zmiany te będą wpływały na koszty wynagrodzenia wykonawcy.

W tych okolicznościach wskazane przez Odwołującego niedoszacowanie oferty przez PKS w G.M. z tytułu nieuwzględnienia wzrostu kosztów wynagrodzeń w przypadku umów cywilnoprawnych nie znajduje uzasadnienia.

Dodatkowo należy zauważyć, że Odwołujący przyznał na rozprawie, że podana w odwołaniu wartość niedoszacowania stawki łącznej w ofercie PKS w G.M. o 0,4378 zł/wzkm została podana błędnie, gdyż prawidłowo zsumowana wartość ta powinna wynosić 0, 25 zł/wzkm.

Podsumowując powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że niezasadny jest zarzut dotyczący naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp, w szczególności poprzez złożenie przez PKS

w G.M. niewystarczających wyjaśnień lub pozostawiających wątpliwości co do rzetelnej wyceny oferty w zakresie wskazanym w odwołaniu. Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek

dowodów potwierdzających, że PKS w G.M. nie wykazał, że złożone wyjaśnienia nie usunęły wątpliwości, co do możliwości realizacji usługi za wskazaną cenę.

W okolicznościach tej sprawy, wobec niewykazania przez Odwołującego zasadności zarzutów w zakresie zaniżenia ceny oferty, zawartych w niniejszym odwołaniu, należało zatem uznać, że zaoferowana przez PKS w G.M. cena ma charakter rynkowy.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a zamówienia udziela wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Zamawiający niewątpliwie narusza te przepisy, jeżeli dokonuje wyboru oferty wykonawcy, który powinien być wykluczony, ewentualnie, którego oferta podlega odrzuceniu. W tej sprawie powyższe okoliczności nie miały jednak miejsca – nie potwierdziły się zarzuty podniesione przez Odwołującego w tym zakresie.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

.....

.....

.....