

WYROK
z dnia 3 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki
Anna Packo
Beata Pakulska

Protokolant: Paulina Nowicka
Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na posiedzeniach w dniu 21 maja oraz 30 maja 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 maja 2014 r. przez wykonawcę **Solaris Bus & Coach S. A., Bolechowo-Osiedle ul. Obornicka 46, 62-005 Owińska** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Zakłady Autobusowe Sp. z o.o., ul. Wościańska 52, 01-710 Warszawa** przy udziale wykonawcy **BYD Europe B.V., Vareseweg 53, 3047 AT Rotterdam** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,**
- 2. kosztami postępowania obciążyć a Miejskie Zakłady Autobusowe Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i zaliczyć w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście**

1

tysięcy złotych) uiszczoną przez **Solaris Bus & Coach S. A. w Bolechowie-Osiedlu** tytułem wpisu od odwołania.

3. zasądza od **Miejskich Zakładów Autobusowych Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Solaris Bus & Coach S. A. w Bolechowie-Osiedlu** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu uiszczonych wpisu od odwołania. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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**.

Przewodniczący:

.....

.....

2

Sygn. akt KIO 893/14

Uzasadnienie

Zamawiający: Miejskie Zakłady Autobusowe Sp. z o.o. Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na: „Dostawę 10 sztuk fabrycznie nowych autobusów miejskich elektrycznych” (dalej jako: „Postępowanie”). Nr ogłoszenia o zamówieniu: 2014/\$ 025-040110

Odwołujący: Solaris Bus & Coach S.A. w Bolechowie – Osiedlu, ul. Obornicka 46 62-005 Owińska (dalej jako „Solaris” lub „Odwołujący”), wniósł odwołanie od czynności oraz zaniechań Zamawiającego polegających na:

- 1) Wyborze oferty wykonawcy BYD Europe B.V., Vareseweg 53, 3047 AT Rotterdam,
e oferta ta winna być Holandia (dalej jako „BYD”)

jako najkorzystniejszej, pomimo odrzucona albowiem zawierała ąco niską cenę;

2) Zaniechaniu odrzucenia oferty BYD, pomimo e istniały przesłanki, aby odrzucić tę ofertę;
Zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, mimo i oferta ta była zgodna z SIWZ i najkorzystniejsza biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert.

Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BYD pomimo, e BYD zło yło ofertę zawierającą ra ąco niską cenę,
2. art. 90 ust. 2 i 3 PZP, poprzez dokonanie błędnej oceny wyjaśnień wykonawcy, i oferta zło ona przez BYD nie zawiera ra ąco niskiej ceny,
3. art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 91 ust. 1 PZP, poprzez zaniechanie wyboru oferty Solaris jako oferty najkorzystniejszej,
4. naruszenia innych przepisów m.in. art. 90 ust. 3 poprzez bezzasadne przyjęcie, e BYD zło ył wyjaśnienia spełniające wymagania ustawowe.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie tych czynności,
 2. odrzucenie oferty wykonawcy BYD z uwagi na ra ąco niską cenę zawartą w tej ofercie, a w konsekwencji:
 3. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty zło onej przez Solaris.
- Uzasadniając zarzuty i ądania odwołujący wskazał, co następuje.

3

I. Stan faktyczny:

1. W Postępowaniu oferty zło yło dwóch wykonawców: Solaris oraz BYD - spółka mająca siedzibę w Holandii, a będąca w rzeczywistości europejskim oddziałem przedsiębiorstwa BYD, działającego od roku 1995, z siedzibą w Shenzhen (Chińska Republika Ludowa).
2. Jako oferta najkorzystniejsza została wybrana oferta zło ona przez wykonawcę BYD, uzyskując 95,60 punktów na 100 mo liwych. Oferta Odwołującego znalazła się na drugim miejscu , uzyskując 71,35 punktów na 100 mo liwych.
3. Decydujące znaczenie w ocenie ofert miało kryterium ceny - waga 90%. Tak istotna dysproporcja w punktacji uzyskanej przez wykonawcę BYD i Odwołującego, spowodowana była właśnie znaczącą ró nicą w wysokości zaoferowanej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę 21.894.000,00 PLN. Wykonawca BYD zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za 15.576.346,94 PLN, tj. a za 6.317.653,06 PLN ni są ni zaoferowana przez Odwołującego, co stanowi ró nicę ponad 40%.

II. Tak znacząca ró nica w cenie zaoferowanych pojazdów jest niespotykana na rynku

10%, a autobusowym, gdzie ceny

pojazdów ró nią się między sobą o nie więcej ni

współzawodnictwo odnosi się do parametrów technicznych oferowanych pojazdów.

Mając na względzie powy sze, jak i doświadczenie bran owe Odwołującego oraz jego rozległą wiedzę w zakresie kosztów produkcji autobusów, popartą dowodami w odwołaniu - stwierdził, i wykonawca BYD zło ył ofertę z ra ąco niską cenę za autobusy elektryczne oraz ładowarki, a co za tym idzie jego oferta powinna zostać odrzucona, czego Zamawiający zaniechał.

Zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt. 4 PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, je eli zawiera ona ra ąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przepisy PZP ani dyrektywy UE dotyczących zamówień publicznych nie zawierają definicji „ra ąco niskiej ceny”. Próby wyjaśnienia tego pojęcia podjęte zostały jednak zarówno przez doktrynę jak i Krajową Izbę Odwoławczą (dalej jako „KIO” lub „Izba”). Jak stwierdza W. Dzier anowski w Komentarzu do art. 89 ustawy - Prawo zamówień publicznych: „(...) nale ąłoby przyjąć, e u tyty zwrot oznacza ofertę z cena niewiarygodnie niska, znacząco odbiegająca od cen rynkowych. Taka cena mo e wskazywać na fakt realizacji zamówienia poni ej kosztów ponoszonych przez wykonawcę.” Paweł Granecki w Komentarzu do art. 90 ustawy - Prawo zamówień publicznych, powołując się na wyrok SO w Katowicach z 21.6.2010 r., XIX Ga 175/10 stwierdza: „(...) za ofertę z ra ąco niską ceną mo na uznać ofertę z cena niewiarygodna,

Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej - "cena "ra ąco niska" to taka, która została zaoferowana poniżej kosztów wytworzenia usługi, czy też dzieła przez tego wykonawcę, który ją zaoferował."

W wyrokach KIO można natrafić na następujące próby zdefiniowania ra ąco niskiej ceny:

- „O cenie ra ąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ra ąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych.

Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę.” (sygn.: KIO 1567/13);

- „Za ofertę z ra ąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną, w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Cena ra ąco niska będzie zatem ceną znacząco odbiegającą od cen rynkowych przyjętych dla danego przedmiotu zamówienia, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy.” (KIO 1424/13 -);

- „Cena ra ąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.” (KIO 1078/12)

Jak wynika z powyższego przez ra ąco niską cenę należy w szczególności rozumieć cenę produktu, która spełnia choćby jeden z następujących warunków:

- jest niewiarygodnie niska,
- jest nierealistyczna w porównaniu do szacunkowej wartości zamówienia,
- istotnie różni się od cen zaoferowanych przez pozostałych oferentów,
- znacząco odbiega od cen rynkowych danego produktu,
- wskazuje na realizację zamówienia poniżej kosztów, które musi ponieść dany wykonawca, aby wytworzyć przedmiot zamówienia.

Wypełnienie choćby jednej z wyżej wymienionych przesłanek będzie równoznaczne z uznaniem ceny zaoferowanego produktu w danym postępowaniu za cenę ra ąco niską.

Cena zawarta w ofercie BYD w Postępowaniu spełnia nie tylko jedną lecz wszystkie z ww. przesłanek ceny ra ąco niskiej.

Punktem odniesienia dla zakwalifikowania ceny jako ra ąco niskiej winna być ustalona przez zamawiającego cena za przedmiot zamówienia. (tak doktryna i orzecznictwo)

Dokonując badania ofert, zamawiający w celu ustalenia, czy nie ma do czynienia z ceną ra ąco niską powinien cenę zaproponowaną w ofercie w pierwszej kolejności odnieść do ustalonej przez siebie wartości zamówienia, uwzględniając również spowodowaną zawarciem w cenie kwoty podatku VAT.

Podsumowując, o uznaniu ceny za ra ąco niską w myśl art. 89 ust. 1 pkt. 4 PZP, decyduje przede wszystkim porównanie ceny ofertowej z: szacunkową wartością przedmiotu zamówienia (powiększoną o podatek), cenami innych ofert złożonych w danym postępowaniu i cenami rynkowymi.

III. Porównanie ceny z oferty BYD z szacunkową wartością przedmiotu zamówienia

Wartość przedmiotu zamówienia została przez Zamawiającego określona na 28.500.000 PLN netto (35.055.000 PLN brutto) do ceny oferty wykonawcy BYD, tj. kwoty 15.576.346,94 PLN brutto, oraz ceny w ofercie Solaris: 21.894.00 brutto.

Różnica pomiędzy ofertą wykonawcy BYD a szacowaną wartością zamówienia to a 19.478.653.06 PLN. Oferta BYD jest więc o ponad połowę (ok. 55%) niższa niż przewidziana przez Zamawiającego wartość tego zamówienia.

Cena w ofercie wykonawcy BYD stanowi zatem niecałe 45% przewidzianego przez Zamawiającego budżetu na finansowanie zamówienia.

Cena wykonawcy BYD nie przystaje do określonej przez Zamawiającego (będącego profesjonalistą w zakresie zamówień autobusów i badającego rynek autobusów elektrycznych przed ogłoszeniem postępowania) wartości zamówienia.

J. Pieróg stwierdza w Komentarzu do art. 90 PZP powołując się na wyrok KIO z 19.6.2007 r, (UZP/ZO/0-696/07) „rozbieżności pomiędzy ceną badaną a wartością szacunkową zamówienia, powiększona o podatek VAT, wynoszące od 20 do 40%. uzasadniają zakwalifikowanie ceny jako raczej niskiej”. Tymczasem w analizowanym przypadku mamy do czynienia z rozbieżnością wynoszącą 65 %..

Potwierdzenie tego stanowiska znalazło miejsce w wyroku (KIO/UZP 2242/10) gdzie Izba stwierdziła, iż „cena, której poziom został określony w wysokości 50% wartości zamówienia, stanowi niezaprzeczalną podstawę do stwierdzenia, że zachodzą uzasadnione podstawy uznania tej ceny za raczej niską cenę”. Ma to miejsce w Postępowaniu, jako że wykonawca BYD zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za mniej niż 50% wartości zamówienia (jak określono powyżej: 45% wartości zamówienia).

Znamienny i adekwatny dla rozważań o cenie jest przykład postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w ostatnim czasie przez Polskie Sieci

6

Elektroenergetyczne S.A. Przedmiotem ww. postępowania była: „Budowa stacji 400/(220)/110 kV Pelplin i Instalacja transformatora 220/110 kV” (numer postępowania: BP/89/2013/AH)”. Zamawiający 3 marca 2014 r. dokonał w tym postępowaniu odrzucenia ofert dwóch wykonawców pochodzących z Chińskiej Republiki Ludowej, z uwagi na raczej niskie ceny złożonych ofert, które różniły się od szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia o ok. 34,4%.

Powyższy wywód wskazuje, iż różnica cenowa pomiędzy szacunkową wartością przedmiotu zamówienia, a ceną zawartą w ofercie sięgająca 55%, według wszelkich wyrażeń do tej pory poglądów, kwalifikuje się, aby uznać, iż cena jest raczej niska.

IV. Porównanie ceny oferty BYD z ceną oferty Solaris

Analiza ceny zaoferowanej przez wykonawcę BYD w zestawieniu z ceną zaoferowaną przez Odwołującego również pozwala dojść do konkluzji, iż BYD zaoferowało raczej niską cenę. Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę 21.894.000,00 PLN, natomiast BYD za kwotę 15.576.346,94 PLN, tj. za kwotę o 6.317.653,06 PLN niższą niż Odwołujący, tj. przedmiot zamówienia o ok. 40% tańszy niż Odwołujący.

Analiza porównawcza ofert złożonych w Postępowaniu jest dopuszczalnym przez orzecznictwo (np.: SO w Warszawie w wyroku z dnia 08.06.2006 r. (sygn. V Ca 459/06) jak i doktrynę dowodem na złożenie oferty zawierającej raczej niską cenę - np.: J. Pieróg w komentarzu do art. 90 PZP lub P. Granecki w komentarzu do art. 89 PZP stwierdzając, iż: „W takiej sytuacji pozostaje porównanie cen pomiędzy złożonymi ofertami, które dotyczą tego samego przedmiotu zamówienia.”

Z analizy przedstawionych argumentów widać, iż oferta złożona przez wykonawcę BYD jest istotnie niższa od ceny produktu zaoferowanej przez Odwołującego, a którą to cenę Odwołujący ukształtował na poziomie rynkowym. Z praktyki Odwołującego wynika, iż w toku postępowania, w którym nie dochodzi do zaoferowania ceny raczej niskiej, ceny autobusów nie różnią się między sobą o więcej niż 10%.

V. Porównanie ceny BYD z cenami rynkowymi.

Cena zaoferowana przez wykonawcę BYD nie odpowiada również rynkowym cenom autobusów elektrycznych, tak samego wykonawcy BYD, jak i innych producentów. Zgodnie z informacjami podanymi publicznie przez samego wykonawcę BYD, średni koszt zakupu dziesięciu autobusów elektrycznych to ok. 17.191.250,00 PLN netto (21.145.237,50 PLN brutto) (Dowód nr 1: prezentacja BYD), a zatem o 5.568.890,56 PLN więcej niż wykonawca BYD zaoferował w Postępowaniu (co odpowiada wartości przeszło jednego całego nowego autobusu). Ponadto kwota 17.191.250,00 nie zawiera kosztu ładowarek, których dostawa jest objęta zamówieniem. Należy mieć przy tym na uwadze, że autobusy elektryczne produkowane dla Zamawiającego, zgodnie z ogłoszonym SIWZ, są autobusami

7

o niezwykle bogatej kompletacji, a zatem z górnego przedziału cenowego autobusów

produkowanych przez BYD.

Równie w wypowiedzi publicznej Pana J..... K....., Kierownika ds. Public Relations BYD dostępnej na stronie <http://infobus.pl/text.php?id=58327> (Dowód nr 2: wydruk internetowy) można znaleźć informację, iż koszt zakupu jednej sztuki autobusu elektrycznego BYD wynosi ok. 390 tys. EUR, co stanowi równowartość kwoty 2.010.422,70 PLN brutto. Dla 10 sztuk pojazdów daje to wartość 20.104.227 PLN, czyli o 4.527.880,06 PLN większą niż cena pojazdów zaoferowana dla zamawiającego. Takie ta kwota nie obejmuje dostawy ładowarek. Dowodzi to, że na rynku nie ma obecnie autobusów o takiej cenie, jak przedstawiona przez BYD. Tylko w wyniku sztucznego, niezgodnego z zasadami uczciwej konkurencji заниenia ceny poniżej kosztów wyprodukowania produktu, Wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę.

Ponadto na stronach internetowych można znaleźć informacje w odniesieniu do innych producentów autobusów elektrycznych;

a) Producent „VDL Bus & Coach bv” zaoferował autobusy elektryczne za cenę 550.000 EUR za sztukę (czyli ponad 160 tys. EUR drożej niż wykonawca BYD):

<https://www.stadtwerke-muenster.de/presse/pressemeldungen/aesamt/nachricht/artikel/stadtwerke-holen-ersten-elektrobus-nach-muenster.html> (Dowód nr 3: wydruk internetowy)

b) Producent „VDL Bus & Coach bv” zaoferował autobusy elektryczne za cenę 700.000 EUR za sztukę (czyli ponad 310 tys. EUR drożej niż wykonawca BYD): www.rundschau-online.de/koeln/pilotprojekt-elektrobus-SQII-2016-fahren, 15185496,26218970.

(Dowód nr 4: wydruk internetowy)

Jak widać, nawet w odniesieniu do cen samego wykonawcy BYD, cena zaoferowanych pojazdów jest raczej niska. Widać to tym wyraźniej, gdy zestawimy cenę wykonawcy BYD z cenami autobusów elektrycznych oferowanych przez innych producentów.

VI. Zgodnie z dostępnymi Odwołującemu informacjami, cena zaoferowana przez wykonawcę BYD w została zaoferowana poniżej kosztów wykonania zaoferowanego przedmiotu dostawy, co Odwołujący w sposób niebudzący wątpliwości wykazał.

Celem wykazania zaoferowania przedmiotu zamówienia poniżej kosztów produkcji, Odwołujący przeprowadził analizę ceny zaoferowanej przez wykonawcę BYD, poprzez rozpisanie jej na poszczególne składowe elementy cenotwórcze - na przykładzie ceny pojedynczego pojazdu.

Zgodnie z udostępnioną Odwołującemu częścią oferty wykonawcy BYD, cena zaoferowanych autobusów elektrycznych wynosi 1.255.479,05 PLN netto za 1 sztukę w stosunku do 1.702.000 PLN netto za sztukę pojazdów zaoferowanych przez Odwołującego.

8

Na wyżej wskazaną cenę jednego pojazdu BYD (tj. 1.255.479,05 PLN) składają się w szczególności następujące koszty, które każdy wykonawca musi ponieść celem wyprodukowania i dostarczenia pojazdu do zamawiającego:

- koszt poszczególnych elementów pojazdu (np. baterie, napęd, drzwi, koła itd.),
- koszt robocizny, tj. koszt pracowników których należy opłacić aby produkt powstał,
- koszt transportu/frachtu gotowego towaru do zamawiającego,
- koszt cła (w przypadku wykonawców dostarczających pojazd z poza UE np. z Chin),
- koszt obsługi przedmiotu dostawy w okresie gwarancyjnym.

Ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego, szczegółowe wyliczenie w zakresie kształtowania się ceny autobusów, zostanie przedstawione do wyłącznego wglądu KIO w odrębnym piśmie.

VII. Wyjaśnienia wykonawcy w zakresie raczej niskiej ceny

Sam Zamawiający w toku Postępowania nabral wątpliwości co do wysokości ceny zaoferowanej przez wykonawcę BYD.

Efektom wątpliwości było zastosowanie procedury wyjaśniającej przewidzianej w art. 90 PZP. Mając na względzie raczej dysproporcję pomiędzy ceną zaoferowaną przez BYD a przewidzianą przez Zamawiającego szacunkową wartością zamówienia, ceną oferty złożonej przez Odwołującego oraz cenami rynkowymi podobnych pojazdów - było to działanie jak najbardziej uzasadnione

Odwołujący wskazuje na wyrok KIO 716/13, zgodnie z którym: „Celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za

oszacowaną przez siebie cenę. Jak wynika z art. 90 ust. 2 ustawy wyjaśnienia mają być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy te nosi ona znamiona ra ąco niskiej. Z tego powodu powinny być one wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt materiałów, pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie mar e wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen, co mo e uzasadniać obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty jako zawierającej ra ąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z tego względu dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające zło enie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, e zaproponowana oferta nie zawiera ceny ra ąco niskiej”.

9

Zgodnie z wyrokiem SO w Warszawie z 9.4.2010 r. (IV Ca 1299/09, niepubl.): "Wykonawca powinien zatem wskazać i opisać obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny; wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy, gdy art. 90 ust. 3 PrZamPubl mówi o "dowodach" na ich potwierdzenie(...)."

Odwołujący pragnie podkreślić, e ze zło onych przez wykonawcę wyjaśnień w trybie art. 90 PZP musi jednoznacznie wynikać mo liwość zaoferowania tak niskiej ceny jaką zdecydował się zło yć wykonawca BYD, m.in. poprzez przedło enie szczegółowych wyliczeń i wyjaśnień. Dodatkowo Odwołujący pragnie wskazać (za SO w Warszawie w wyroku z dnia 05.01.2007 r., sygn. V Ca 2214/06, niepubl.), i wykonawca składający wyjaśnienia w trybie art. 90 PZP nie mo e powoływać się na stosowanie ni szych mar , zaopatrywanie się bezpośrednio u producentów czy posiadanie stałego krea u kontrahentów, gdy tego typu czynniki są dostępne dla ka dego z wykonawców. Nie są więc obiektywnie właściwe i wyjątkowe tylko dla wykonawcy proponującego niską cenę.

Odwołujący wskazuje również na jednolite stanowisko KIO i doktryny w zakresie rozło enia cię aru dowodowego w sytuacji zastosowania przez zamawiającego art. 90 PZP. Jak stwierdza J. Pieróg w komentarzu do art. 90 PZP: „Konstrukcja przepisów zawartych w art. 90 pozwala na postawienie tezy, i zwrócenie się do wykonawcy o zło enie wyjaśnień nale y rozumieć jako przyjęcie domniemania, e cena oferty jest ra ąco niska. Cię ar wykazania, i tak nie jest, spoczywa na wezwanym do zło enia wyjaśnień wykonawcy. Mo e on wykorzystać to wezwanie do obalenia domniemania w drodze zło enia odpowiednich wyjaśnień. Za taką koncepcją opowiadała się te wielokrotnie KIO.”

W wyroku o sygn. KIO/UZP 1157/10, Izba stwierdziła, i "wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustanawia domniemanie zaoferowania ceny ra ąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. W związku z ustanowieniem domniemania wystąpienia ceny ra ąco niskiej, przy udzielaniu wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1, dowód braku zaoferowania ceny ra ąco niskiej spoczywa na wykonawcy".

Zgodnie z wyrokiem SO w Częstochowie z dnia 01.04.2005 r. (VI Ca 464/05, niepubl.)

„Wyjaśnienia wykonawcy mają doprowadzić do obalenia tego domniemania, a cię ar zło enia wyczerpujących wyjaśnień, i oferta nie zawiera ceny ra ąco niskiej, obciąża wykonawcę (Wykonawca powinien przedstawić dowód na twierdzenie przeciwne i winien wykazać, e mo liwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za proponowaną cenę)."

Odwołujący wnosi o przeprowadzenie przez KIO dowodu z wyjaśnień zło onych przez wykonawcę BYD w toku postępowania. Odwołujący wnosi o uznanie, wyjaśnienia BYD nie

10

spełniają wymogów ustawowych, tym samym powinno to skutkować odrzuceniem zło onej przez BYD- o co Odwołujący wnosi.

Odwołujący pragnie ponadto zauwa yć, i w ocenie Sądu SO w Warszawie z 9.4.2010 r, sygn. IV Ca 1299/09, niepubl. zło enie przez skar ącego dodatkowych wyjaśnień i przedstawienie nowych argumentów (w celu wykazania prawidłowości wyliczenia wskazanej w ofercie ceny) dopiero na rozprawie przed KIO było spóźnione i nie mogło być wzięte pod

jakie elementy miałyby ów poziom wyznaczać i nie przedstawia dowodów. Nie uzasadnia tak e dalszych twierdzeń o standardowej 10% różnicy cen autobusów w postępowaniach na dostawy autobusów, gdzie zaoferowane ceny mają wg jego opinii charakter cen rzetelnych. Samo odniesienie się do oferty odwołującego jako wystarczającego i miarodajnego wyznacznika rzetelnej ceny tak e jest bezpodstawne, gdy jest to jedyna oferta konkurencyjna w tym postępowaniu, zło ona przez wykonawcę o całkowicie odmiennym potencjale oraz odmienna pod względem technicznym. Nie jest to zatem przekrojowy obraz rynku, zwłaszcza gdy uwzględnia się okoliczność, i postępowanie dotyczy przedmiotu zamówienia nabywanego po raz pierwszy.

12

Zamawiający zwraca tak e uwagę, e przywołane przez odwołującego informacje podawane przez BYD w publicznie dostępnych prezentacjach wskazują na średnie ceny zakupu pojazdów. Powyższe informacje nie dotyczą przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia i nie są nieprzydatne jako dowód w niniejszej sprawie. Ponadto powyższe ceny określane jako średnie ceny zakupu wskazywane były jedynie na potrzeby prezentacji dostępnej oferty, a nie ustandaryzowane, wiążące i niezmiennie niezależne od warunków zamówienia i kompletacji autobusu minimalne ceny zakupu. Zamawiający za wątpliwy wyznacznik poziomu cen rynkowych jako punktu odniesienia dla oceny ceny ofertowej BYD uznaje przywoływane w odwołaniu ceny producenta VDL Bus&Coach bv, skoro w istotny sposób odbiegają one tak e od ceny oferty samego odwołującego.

Zamawiający stwierdza, e w odwołaniu nie podano żadnych dodatkowych okoliczności, które miałyby potwierdzać nierealistyczny charakter zaoferowanej ceny, jej oderwanie od realiów rynkowych, nieadekwatność do zakresu czy kosztu prac wskazującą na realizację zamówienia poniżej kosztów wytworzenia ponoszonych przez wykonawcę, tj. elementów wskazywanych przez odwołującego jako charakterystyczne dla oferty z ceną raczej niską. Zamawiający podniósł tak e brak argumentacji odwołującego co do wadliwej oceny przez zamawiającego wyjaśnień złożonych przez BYD w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, e pismem z 31 marca 2014 r. został wezwany przez zamawiającego do udzielenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp.

W wyznaczonym terminie udzielił wyjaśnień, w których zaprezentował uwarunkowania towarzyszące produkcji i dystrybucji produktów BYD, charakteryzując poszczególne elementy cenotwórcze, jak i poszczególne okoliczności pozwalające na zoptymalizowanie ceny produktu i usługi. Spółka BYD omówiła cenę oferty:

- w relacji do cen rynkowych oraz oferowanych innym zamawiającym;
- w relacji do ustalonej wartości zamówienia i kwoty, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia;
- w relacji do ceny jedynej oferty konkurencyjnej tj. ceny oferty odwołującego.

Na poparcie wyjaśnień przystępujący przedstawił określone dowody. W jego ocenie wyjaśnienia potwierdziły, e zaoferowana cena jest rzetelna, wiarygodna i realna, nie odbiega od cen podobnych produktów na rynku europejskim oraz pozwala na należyte zrealizowanie zamówienia przy jednoczesnym osiągnięciu założonego zysku. Spółka BYD podtrzymała w pełni stanowisko zawarte w piśmie z 7 kwietnia 2014 r. (wyjaśnieniach).

13

Przystępujący wskazał, e spółki grupy kapitałowej, do której należy, specjalizują się w produkcji autobusów elektrycznych, technologii budowy baterii i systemów zarządzania oraz producentem energią. Grupa kapitałowa

BYD Company jest pomysłodawcą akumulatorów litowo-jonowych z katodą LiFePO₄ które samodzielnie produkuje i wykorzystuje do produkcji pojazdów elektrycznych. W grupie kapitałowej zatrudnionych jest ponad 150.000 pracowników, a produkcja na ogromną skalę akumulatorów

e koszt wykorzystywanych w

autobusach i samochodach elektrycznych powoduje, jednostkowy wykonania autobusu może być przy zachowaniu odpowiedniego zysku oraz

jakości znacząco niższy od cen oferowanych przez innych producentów. W związku z tym BYD posiada warunki do stworzenia konkurencyjnej polityki cenowej w stosunku do innych podmiotów na rynku europejskim. Przystępujący stwierdził, że notoryjnym faktem są niewygórowane koszty prowadzenia działalności gospodarczej w Chinach, co bezpośrednio przekłada się na koszt jednostkowy autobusu.

Następnie wyjaśnił, że zaoferowana cena dotyczy 10 miejskich autobusów elektrycznych i jest zgodna z cenami, po jakich sprzedawał, a także w dalszym ciągu sprzedaje oraz realizuje zamówienia w Europie – ceny, po jakich oferuje autobusy „eBus-12” są zbliżone z aktualną europejską ceną rynkową. W wyjaśnieniach przedstawił relacje jednostkowej ceny zaoferowanego autobusu w stosunku do ceny jednostkowej oferowanej innym kontrahentom.

Wyjaśnił ponadto, z czego wynikają różnice między cenami dla różnych odbiorców oraz wskazał na czynniki wpływające na cenę jednostkową autobusu, takie jak: liczba zamawianych autobusów – im większy wolumen zamówienia, tym niższa cena, jako że koszty stałe rozkładają się wówczas na większą liczbę autobusów; dotyczy to w szczególności kosztów: dostosowania pojazdu do systemów oraz specyfikacji wymaganej przez konkretnego zamawiającego, serwisu, organizacji magazynu części zamiennych, szkoleń, opracowania i przestawienia linii produkcyjnej, zaprojektowania konkretnych systemów elektronicznych, wizualizacji autobusu, przystosowania i przetłumaczenia dokumentacji technicznej i instrukcji obsługi pojazdu.

Powyższe koszty mogą istotnie ograniczyć z uwagi na wielkość zamówienia.

Parametry techniczne autobusów różnią się; uniwersalna konstrukcja „eBus-12” jest każdorazowo dopasowywana do potrzeb konkretnego zamawiającego, który określa wymagania i oczekiwane parametry. Z tego powodu jednostkowa cena pojazdu może się różnić w różnych dostawach.

Na znaczące obniżenie kosztów dostawy jednego autobusu wpłynął fakt, że autobusy w tym postępowaniu mają relatywnie niską łączną energię akumulatorów trakcyjnych, do spełnienia wymogów siwz wystarczy wyposażyć autobusy w dwa pakiety akumulatorów zamiast trzech pakietów, BYD zastosował typy ładowarek w technologii AC, tańszej od typu DC.

14

Przedstawione okoliczności mają dowodzić, że zaoferowana cena jest ceną rynkową, a zamawiający prawidłowo ocenił otrzymane wyjaśnienia jako wyczerpujące i potwierdzające, że cena została skalkulowana rzetelnie.

Przystępujący zauważył także, że przedmiotowe zamówienie jest pierwszym tego rodzaju w Polsce, a parametry autobusów oferowanych na innych rynkach europejskich znacznie odbiegają od zamówionych przez MZA, co znacząco utrudnia prawidłowe obliczenie przez zamawiającego wartości przedmiotu zamówienia.

Przystępujący kwestionuje stanowisko odwołującego, który stwierdził, że „ceny pojazdów oferowanych przez producentów autobusów standardowo różnią się między sobą o nie więcej niż 10%, a współzawodnictwo odnosi się do parametrów technicznych oferowanych pojazdów”. Powyższa teza nie została udowodniona, nie odwołano się do żadnych postępowań, których wynik odzwierciedliłby takie spostrzeżenie. Przystępujący stawia tezę przeciwną: wykonawca składa ofertę zgodnie z warunkami siwz, a podstawowym kryterium oceny ofert jest cena, tak samo jak w niniejszym postępowaniu.

Przystępujący stwierdził także, że jakiegokolwiek spostrzeżenia odwołującego nie różnic między cenami mogłyby się odnosić wyłącznie do rynku autobusów z silnikami konwencjonalnymi, który różni się od rynku autobusów elektrycznych, który w Polsce dopiero powstaje.

Odnosząc się do wypowiedzi pracownika BYD powołanej w odwołaniu, przystępujący wskazał, że wypowiedź ta odnosiła się do pojazdu wyposażonego w trzy pakiety akumulatorów, natomiast autobusy dla zamawiającego mają być wyposażone w dwa pakiety akumulatorów. Cena akumulatorów trakcyjnych stanowi ok. 60% ceny autobusu.

Przystępujący nie mając wiedzy na temat kosztów produkcji ani parametrów pojazdów oferowanych przez inne podmioty wskazane w odwołaniu nie komentował ceny tych podmiotów.

Dokonując porównania zaoferowanej ceny z ceną odwołującego przystępujący wskazał, że odwołujący nie realizował dotychczas podobnych zamówień o tak znaczącym wolumenie, a ponadto nie dysponuje tak znaczącym doświadczeniem, zapleczem technicznym, organizacyjnym i osobowym w zakresie autobusów elektrycznych, jak spółka BYD (wraz z pozostałymi spółkami Grupy).

Przystępujący wskazał na unikalne zaplecze i doświadczenie produkcyjne, umożliwiające zrealizowanie zamówienia na dostawę 10 autobusów miejskich elektrycznych za zaoferowaną cenę.

W kolejnych pismach procesowych strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska przedstawiając dodatkową argumentację.

15

Odwołujący złożył pisma datowane na 19 oraz 20 maja 2014 r. zastrzegając jako tajemnicę przedsiębiorstwa sporządzoną przez siebie analizę ceny zaoferowanej przez wykonawcę BYD poprzez rozpisanie jej na poszczególne elementy cenotwórcze – na przykładzie ceny pojedynczego pojazdu traktując cenę konkurenta jako referencyjną (wyjściową w analizie). W analizie wziął pod uwagę w szczególności cenę frachtu pojazdów z Chin – ok. 62.865 zł, koszty pakietu elektronicznego wraz z montażem – 172.220 zł, cło 10% - od wartości celnej pojazdu (1.020.394,05) z wynikiem 918.355,05 zł jako wartość pojazdu wwozonego na teren Unii Europejskiej. W dalszej kolejności wskazał, że najdroższy komponent w autobusie to bateria. Jej koszt to ok. 596.612,42 za sztukę; jest to kwota wynikająca z oferty wykonawcy BYD złożonej odwołującemu. Przy takiej wartości baterii cena autobusu bez baterii wynosi niewiarygodnie niską wielkość tj. 321.742,63 zł. W dalszej kolejności odwołujący wskazał na koszt zakupu towarów od europejskich dostawców (Michelin, fotel kierowcy, ABS Knorr, felgi Alcoa, fotele pasażerów, ECAS WABCO, układ kierowniczy ZF, oś przednia ZF) na kwotę 55.024,25 zł, z czego wynika, że koszt wyprodukowania autobusu z pozostałych elementów pochodzących z Chin powinien być nie wyższy niż 266.717,59 zł.

Odwołujący stwierdził, że koszt samego zakupu bądź wytworzenia pozostałych komponentów wchodzących w skład pojazdu to dla dostawcy europejskiego wydatek rzędu 597.047,38 zł. Uwzględniając jednak specyfikę rynku chińskiego oraz lokalne nisze koszty zakupu materiałów o 46,3% cena zakupu komponentów pozostałych nie może być niższa niż 320.614,44 zł. Zatem zakup tych komponentów jest droższy od ceny pojazdu (266.717,59 zł) o 53.893,86 zł.

Ponadto odwołujący wskazał na koszty pracy w wymiarze 1250 roboczogodzin ze średnim kosztem za godzinę pracy ok. 12.1404 zł, co oznacza 15.175,50 zł kosztu na każdy autobus. Na tym etapie analizy strata na każdym sztuce pojazdu wynosi 69.072,36 zł. Dodatkowy koszt to koszty gwarancji w wys. 2% ceny pojazdu, co stanowi 25.109,58 zł, a także ogólne koszty produkcji na poziomie co najmniej 5%, w przeliczeniu na jeden pojazd wynoszące 45.917,75 zł. Przystępujący uwzględnił także koszt ładowarki w kwocie 56.149,35 zł.

Z przedstawionego wyliczenia wynika, że każda sztuka autobusu zaoferowanego przez wykonawcę BYD została zaoferowana o 196.249,04 zł poniżej kosztów produkcji nie uwzględniając innych pozostałych kosztów.

Odwołujący wskazał także na wynikające z przepisów ustawy pzp oraz orzecznictwa obowiązki wykonawcy wezwanego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy co do zakresu, rzetelności, należytego uzasadnienia i udowodnienia zamawiającemu, że przedstawiona cena nie jest rażąco niska.

W kolejnym piśmie odwołujący zaprzeczył twierdzeniu wykonawcy BYD, że zamówienie będące przedmiotem postępowania jest tym samym zamówieniem jako opiewającym na 10 sztuk

16

autobusów, co pozwalać miałyby z uwagi na wolumen zamówienia oszacować cenę na bardzo atrakcyjnym poziomie. W ocenie odwołującego jest to zamówienie niewielkie; przywołał szereg postępowań na znacznie większe ilości tj. od 100 do 185 szt. autobusów. Podtrzymał też, że ceny autobusów różnią się między sobą o nie więcej niż 10%. Wskazał na swoje doświadczenie i pozycję rynkową.

W piśmie z dnia 29 maja 2014 r. odwołujący odniósł się do materiału dowodowego udostępnionego przez Izbę na posiedzeniu dnia 21 maja 2014 r. w tym treści wyjaśnień wykonawcy BYD złożonych zamawiającemu oraz treści ekspertyzy PIMOT sporządzonej na zlecenie zamawiającego po otrzymaniu wyjaśnień wykonawcy (zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa). Wskazał na pogląd, że zwrócenie się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień należy rozumieć jako przyjęcie domniemania, że cena oferty jest rażąco niska, a jeżeli wykonawca wezwany w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp nie obali w złożonych zamawiającemu wyjaśnieniach domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny, to jego

oferta powinna zostać odrzucona. Stwierdził tak e, e raz zło one przez wykonawcę w omawianym trybie nie mogą ju podlegać uzupełnieniu czy modyfikacjom ani w toku trwającego postępowania przetargowego, jak i na etapie postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W ocenie odwołującego wyjaśnienia BYD nie spełniają wymogów ustawy i nie obaliło domniemania ra ąco niskiej ceny. Odwołujący stwierdził, e zło one wyjaśnienia z dnia 7 kwietnia 2014 r. są lakoniczne i powierzchowne, w aden sposób nie uzasadniają równie zaoferowania przez BYD ceny istotnie odbiegającej od wartości rynkowej autobusów elektrycznych, szacunkowej wartości zamówienia oraz ceny zaoferowanej przez innych wykonawców. Nie dowodzą tak e istnienia szczególnie niskich kosztów produkcji zaoferowanych autobusów ani tego, by zaoferowane pojazdy powstawały powy ej kosztów realizacji zamówienia.

Odwołujący stwierdził, e wyjaśnienia BYD zawierają niepoparte dowodami tezy.

Wykonawca powołuje się bowiem na bardzo ogólne informacje tj. „ogromna skala produkcji”, „niewygórowane koszty prowadzenia działalności gospodarczej w Chinach”, „zbie ność z cenami rynkowymi”. Stwierdził, e chiński wykonawca wskazał na „produkcję na ogromną skalę akumulatorów” bez wskazania tej skali. Podobnie brak jest dowodu co do kosztów działalności w Chinach, w tym kosztów produkcji, co do faktu, i cena zaoferowana jest zbli ona z aktualną ceną rynkową. W wyjaśnieniach w formie tabelarycznej przedstawiono ceny autobusów oferowanych w innych krajach europejskich, z czego wynika i cena dla MZA jest o ponad 20% (czyli znacząco) ni sza od tych cen. Odwołujący zauwa a, e wykonawca odwołuje się wyłącznie do jednego zamówienia na rzecz Province Fryslan (Holandia), które i tak jest wy sze o ponad 7% od cen w niniejszym przetargu. Dostawa ta

17

nie jest miarodajną dla ustalenia ceny rynkowej. Odwołujący wskazuje przy tym, e wykonawca odnosi się wyłącznie do własnych ofert.

W wyjaśnieniach przystępujący nie udowodnił (lub choćby uprawdopodobnił) adnego argumentu.

Odwołujący stwierdził tak e, e brak jest dowodu, aby zamówiona liczba 10 autobusów mogła wpłynąć na cenę jednostkową autobusu. Zanegował wystąpienie efektu skali przy tej wielkości w porównaniu z dostawą 6 autobusów.

Odnosząc się do argumentu, e na cenę wpływa „specyfikacja techniczna autobusu” zauwa ył, adnej kalkulacji wszystkich składników e przystępujący nie przeprowadził cenotwórczych oferowanego autobusu. W szczególności brak pełnej listy komponentów składowych pojazdu (wraz z dowodami cen ich zakupu) oraz wykazania wpływu poszczególnych kosztów na cenę. Porównanie cen jedynie kilku komponentów składowych pojazdów zaoferowanych w ró nych postępowaniach nie uzasadnia zaoferowanej ceny. Odwołujący podkreślił, e na poparcie swoich twierdzeń BYD nie przedstawił weryfikowalnych dowodów. Np. brak jest kopii ofert przedstawionych innym zamawiającym, brak dowodów na twierdzenie, i ładowarka typu AC jest „znacząco tańsza” od ładowarki typu DC.

Oceniając ekspertyzę sporządzoną na zlecenie zamawiającego przez PIMOT odwołujący stwierdził, e analiza cen tylko 1 producenta jest niemiarodajna, brak jest podstaw do przyjęcia w kalkulacji zamówień uzupełniających, sporządzający nie dysponował wiedzą w zakresie standardu wyposażenia (kompletacji) pojazdów oferowanych przez BYD dla innych zamawiających. Wskazał tak e na brak kompetencji autorów do oceny prawnej czynności zamawiającego.

Zamawiający w piśmie z 29 maja 2014 r. podtrzymał tezę, e na rynku nowych autobusów elektrycznych zamówienie opiewające na 10 sztuk jest zamówieniem du ym, co pozwalało – z uwagi na wolumen zamówienia – na oszacowanie ceny ofertowej na atrakcyjnym poziomie. Wskazał na specyfikę rynku takich autobusów i fakt, e obecne postępowanie jest pierwszym przetargiem w Polsce i jednym z większych w Europie. Stwierdził tak e, e ró nice cen autobusów znacznie przekraczają wielkość 10% podaną przez odwołującego, tak e na rynku autobusów o napędzie konwencjonalnym.

Zamawiający wskazał na wiarygodność handlową wykonawcy BYD przedstawiając raport o firmie Polsko-Chińskiej Izby Gospodarczej. Stwierdził, e wykonawca ten ze spółkami grupy kapitałowej specjalizuje się w produkcji autobusów elektrycznych, technologii budowy baterii i systemów zarządzania energią. Dysponuje własnymi rozwiązaniami technicznymi,

metrowego autobusu produkowanego seryjnie i zaoferowanego zamawiającemu w kompletacji przygotowanej na potrzeby niniejszego postępowania. Zauważył, że różnica cen w ofertach wstępnych (handlowych) obu wykonawców przekraczała 25%.

Stwierdził, że autobus produkowany przez przystępującego ma być w swych założeniach efektem produkcji masowej, konkurencyjny w stosunku do produkcji krótkoseryjnej.

Zamawiający w toku oceny ofert oraz czynności badania racjonalności niskiej ceny przyjął i zaakceptował metodę opartą na analizie cen sprzedaży i dostosowania kompletacyjnego autobusu. Uznał, że poziom cen, za które wykonawca zrealizował zamówienia odpowiadające przedmiotowi niniejszego przetargu z uwzględnieniem różnic wynikających z wymagań kompletacyjnych określonych w siwz stanowi wiarygodne i wystarczające potwierdzenie rynkowego charakteru ceny. Z kolei stwierdził, że cena odpowiada poziomowi cen występującemu na rynku, wyłącza uznanie jej za racjonalnie niską.

W ocenie zamawiającego taka metodologia jest dopuszczalna i ma dwie zalety w stosunku do metodyki analizy kosztów:

- nie wymusza na producencie ujawnienia pilnie strzeżonej tajemnicy handlowej,
- nie wymaga od zamawiającego znajomości zasad kalkulacji ceny jednostkowej produktu, znajomości kosztów działalności gospodarczej międzynarodowych koncernów gospodarczych (takie objętych tajemnicą).

Potwierdzeniem cen na rynku są wystawione referencje. Zamawiający zauważył, że nie musi i nie ma możliwości znać procesów produkcyjnych, technologicznych i kosztów w wszystkich dziedzinach gospodarki.

Z powyższych względów zamawiający, uzasadniając wezwanie BYD do wyjaśnień dotyczących oferowanej ceny, wskazał zarówno na różnicę w stosunku do wartości zamówienia oraz oferty konkurencyjnej (jako zwyczajowo przyjęte podstawy dokonywania wstępnej oceny rzetelności ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp), jak również na różnicę pomiędzy ceną oferty a dotychczasowymi dostawami. Zamawiający stwierdził, że wykonawca BYD odniósł się szczegółowo do wszystkich podniesionych wątpliwości. Zauważył, że prawidłowość powyższej metodyki potwierdziła opinia ekspertów PIMOT.

Przystępujący w piśmie z 29 maja 2014 r. podtrzymał dotychczasową argumentację i wskazał dodatkowo, co następuje.

Wskazał na treść wezwania zamawiającego, który wskazując na różnicę cen wykonawców oraz innych cen wzywanego w wykazie dostaw, a także od szacunkowej wartości zamówienia, poprosił o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W odpowiedzi spółka BYD złożyła wyjaśnienia omawiając swoją cenę w relacji do wartości wskazanych w wezwaniu zamawiającego.

Podtrzymał stanowisko o wpływie wielkości dostawy na cenę jednostkową, o większej niż 10% różnicy cen autobusów na rynku. Wskazał na wielką skalę swojej produkcji i sprzedaży, a jednocześnie doświadczenie i możliwość produkcyjne. Ponadto przedstawił zastrzeżenie jako tajemnicę przedsiębiorstwa do wyłącznej wiedzy składu orzekającego opracowanie określone jako „Rzeczywiste koszty produkcji jednego autobusu” w ujęciu tabelarycznym; w tabeli 1 dokonał porównania kosztów wynikających z symulacji odwołującego z kosztami własnymi. W tabeli nr 2 przedstawił zestawienie kosztów własnych z uwzględnieniem zakładanego zysku.

Na rozprawie strony i uczestnik podtrzymał stanowiska.

Odwołujący stwierdził, że do obowiązków Zamawiającego należało w określonym czasie dokonać stosownej analizy oferty Przystępującego, w tym ceny w niej zawartej.

Przystępujący podtrzymał zastrzeżenie tajemnicą przedsiębiorstwa informacji w piśmie procesowym i stwierdził, że dokumenty zawierające kalkulację są najpilniej strzeżoną tajemnicą przedsiębiorstwa, a treści w nich zawarte nie stanowią rozwinięcia wyjaśnień, jakie składał Zamawiającemu na wezwanie, lecz służą wykazaniu bezzasadności kalkulacji dokonanej przez Przystępującego w piśmie procesowym.

Odwołujący podtrzymuje wniosek o odtajnienie zastrzeżonej części pisma Przystępującego z

29 maja 2014 r. Stwierdził, że nie ma podstaw do utajnienia treści oferty na fracht. Cena baterii już została ujawniona. Również ceny elektroniki powinny być znane jako pochodzące od tego samego dostawcy, nawet jeśli istnieją między cenami jakieś niewielkie różnice. W ocenie Odwołującego nie są to dane wrażliwe. Poparł odwołanie wraz z argumentacją tam zawartą, jak również argumentację zawartą w pismach procesowych. Wskazał na znaczenie niniejszego postępowania w tej gałęzi przemysłu. Stwierdził, że jest to pierwszy i kluczowy przetarg na taki przedmiot zamówienia. Przedstawił jako zagrożenie przewidywaną strategię Przystępującego zmierzającą do wyeliminowania konkurentów. Podkreślił również własne doświadczenie w branży pojazdów komunikacji publicznej. Odnosząc się do treści wyjaśnień złożonych przez Przystępującego Zamawiającemu, udostępnionych w toku postępowania odwoławczego przez skład orzekający stwierdził, że wezwanie do złożenia wyjaśnień stwarzało domniemanie zaferowania o bardzo niskiej cenie, a nie o obaleniu tego domniemania spoczywa na wykonawcy. Wskazał na orzecznictwo Izby dotyczące również o niskiej cenie. Stwierdził, że wykonawca powinien wskazać rzeczywiste czynniki cenotwórcze. Zauważył, że wyjaśnienia powinny być pełne, a ich uzupełnianie w postępowaniu odwoławczym nie jest dopuszczalne i jest bezprzedmiotowe. Kwestionowane wyjaśnienia określił jako powierzchowną publicystykę ze względu na treść, która mogłaby być użyta

20

w dowolnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odnosnie poszczególnych elementów wyjaśnień zakwestionował je tak, jak w złożonym piśmie z 29 maja 2014 r. Dodatkowo stwierdził, że wiadome jest, że produkt o niskiej cenie nie może mieć wysokiej jakości. Zauważył również, że tak i zamówienie zrealizowane na rzecz prowincji Fryzja w Holandii nie jest porównywalne z przedmiotowym zamówieniem ze względu na duży o niemalejące koszty gwarancyjne, krótsze trasy przejazdu, krótszy czas przebywania pojazdu na drodze, bardzo nieskomplikowany system elektroniczny – ten w Warszawie jest szczególnie skomplikowany i kosztowny. Przypomniał wskazane wcześniej różnice pomiędzy ładowarkami 'DC', a 'AC' – ostatnie są przez oferowane Przystępującego i są dwuczęściowe. Generalnie poddał w wątpliwość wiarygodność businessową Przystępującego i stwierdził, że mimo wcześniejszych deklaracji nie zrealizował on dostaw np. we Frankfurcie i na Florydzie. Podobnie jak w piśmie procesowym zakwestionował wartość dowodową ekspertyzy wykonanej na zlecenie Zamawiającego. Przypomniał, że ka dych z zastosowanych testów oceny, czy zaferowana cena jest o bardzo niską ceną w odniesieniu do oferty Przystępującego, dał wynik testu pozytywny. Złożył pisemne stanowisko dwóch producentów przedmiotowej branży, którzy stwierdzają, że nierealna jest cena zaferowana przez Przystępującego. Przypomniał, że Przystępujący wskazał na realizację w czterech niewielkich zamówieniach i te dostawy potraktował jako reprezentatywne dla rynku. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Podtrzymał stanowisko zawarte w odpowiedzi na odwołanie i zawarte w piśmie procesowym z dnia 29 maja 2014 r. Stwierdził, że prawidłowo ocenił złożone przez wykonawcę wyjaśnienia dotyczące ceny. Zauważył, że wykonawca nie ma wymogu przedstawiać szczegółowej kalkulacji uwzględniającej wszystkie elementy cenotwórcze. W tym postępowaniu wykonawca przyjął metodę odniesienia zaferowanej ceny do cen rynkowych. Rzeczywiście był to rynek dostaw BYD Europe B.V. bowiem drugi wykonawca, tj. Solaris Bus & Coach S. A. nie przedstawił żadnych dostaw i cen autobusów elektrycznych. Stwierdził, że dokonując szacowania wartości przedmiotu zamówienia otrzymał od wykonawców dwie wstępne oferty handlowe

e gdyby z utajnionymi cenami

między którymi wystąpiła różnica 25%. Zauważył, że odniesieniem ceny rynkowej miała być cena wykonawcy VDL wskazanego przez Odwołującego, to cena tego wykonawcy byłaby oceniona jako o bardzo niska. Stwierdził, że metoda ładowania zaferowana przez BYD Europe B.V. (ładowarki 'AC') jest metodą i rozwiązaniem z nią szacowaną. Zakwestionował wartość dowodową jednozdaniowych pisemnych opinii innych producentów złożonych przez Odwołującego na rozprawie. Zakwestionował także wartość dowodową ekspertyzy załączonej do pisma Odwołującego z 29 maja 2014 r. dotyczącą efektu skali stwierdzając, że dla tego rynku i w tym postępowaniu

21

wartość ekspertyzy jest znikoma. Przypomniał, że rynek referencyjny i właściwy jest rynkiem

autobusów elektrycznych. Na tym rynku dostawa wskazana przez Przystępującego, tj. sześciu sztuk autobusów jest jedną z największych dostaw w Europie. Z reguły dostarczane są pojedyncze sztuki autobusów. Wskazał na szacowaną wartość przedmiotu zamówienia przedstawioną w dokumentacji i w odpowiedzi na odwołanie, która znacząco różni się od przedstawionej przez Odwołującego, co w konsekwencji powoduje odmienną ocenę relacji do cen zaoferowanych. Przypomniał, że standardowy autobus oferowany przez Przystępującego, na co wskazują materiały prezentacji, zawiera trzy baterie, natomiast w tym postępowaniu zaoferowano autobus z dwiema bateriami. Koszt baterii jest znaczącym elementem ceny, co potwierdzają wszyscy uczestnicy postępowania.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania ze stanowiskiem zawartym w złożonych pismach. Stwierdził, że według jego wiedzy Odwołujący wyprodukował dotychczas sześć sztuk autobusów elektrycznych. Zakwestionował wartość oświadczeń innych producentów złożonych przez Odwołującego i stwierdził, że podmioty te niewątpliwie nie знаły specyfiki tego zamówienia. Wskazał na złożone przez siebie wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego i ponownie wyjaśnił, że złożona w powoływanym wyżej piśmie kalkulacja nie stanowi uzupełnienia wyjaśnień, lecz jest odniesieniem do symulacji Odwołującego przedstawionej na piśmie. Zakwestionował opinię załączoną przez Odwołującego do ostatniego ze złożonych pism procesowych.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych przez strony i uczestnika oświadczeń na piśmie oraz do protokołu rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W toku badania ofert zamawiający działając na podstawie art. 90 ustawy pzp zwrócił się do wykonawcy BYD o udzielenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny w złożonej ofercie na dostawę 10 sztuk fabrycznie nowych autobusów miejskich elektrycznych. W wezwaniu stwierdził, że zaoferowana cena, która odbiega od ceny drugiej oferty, a także od cen BYD, po jakich dotąd wykonawca dotąd sprzedawał tego typu autobusy, co wynika z wykazu załączonego do oferty. Odbiega również od szacunkowej wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego. Zamawiający poprosił o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Stwierdził, że oceniając wyjaśnienia weźmie pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania szczególności

22

techniczne, warunki wykonania zamówienia dostępne wykonawcy, oryginalność projektu oraz inne czynniki wykazane w wyjaśnieniu.

W złożonych wyjaśnieniach wykonawca stwierdził, że oferowana przez niego cena jest zbliżona do cenami dotychczas oferowanymi innym zamawiającym w całej Europie oraz poza jej granicami, a minimalne różnice w cenie jednostkowej zamawianych autobusów dla poszczególnych zamawiających wynikają ze specyfikacji zamówienia, w szczególności ilości zamawianych pojazdów i ich konfiguracji. Wskazał na przynależność do grupy kapitałowej specjalizującej się w produkcji autobusów elektrycznych, technologii budowy baterii i systemów zarządzania energią, w tym produkcji na ogromną skalę akumulatorów, także litowo-jonowych, których jest pomysłodawcą.

Wskazując na relację ceny własnej oferty do cen rynkowych oraz oferowanych innym zamawiającym stwierdził, że zaoferowana przez niego cena w ramach niniejszego postępowania na dostawę 10 autobusów elektrycznych jest ceną zgodną z cenami, po jakich wykonawca realizuje zamówienia na swoje produkty w Europie. sprzedawał i nadal sprzedaje

Powołał się na załączony do oferty wykaz wykonanych dostaw ze wskazaniem czterech odbiorców, w tym trzech w Europie, dla których zrealizował dostawy, odpowiednio:

2 autobusy z ceną jednostkową 1.717.367 zł,

6 autobusów, cena jednostkowa 1.387.297 zł,

2 autobusy z ceną jednostkową 1.633.593 zł ze wskazaniem,

że różnica procentowa ceny autobusu dla MZA do ww cen wynosi w kolejności odpowiednio - 25,05%, - 7,21%, - 21,20%.

Wykonawca stwierdził, że czynnikami wpływającymi na cenę jednostkową autobusu jest liczba autobusów w dostawie. Koszt dostosowania pojazdu do wymogów zamawiającego oraz inne koszty rozkładają się na większą ilość autobusów. Za adekwatne, miarodajne i

reprezentatywne uznał porównanie ceny autobusu w niniejszym postępowaniu do ceny zaoferowanej dla Province Fryslan (różnica cen 7,21%), natomiast odniesienie do cen dla innych kontrahentów składających zamówienie na jeden lub dwa pojazdy uznał za w pełni nieuzasadnione.

Wskazał, że są znaczne różnice w specyfikacji technicznej pojazdów dla różnych zamówień. Porównując ofertę dla Province Fryslan i dla zamawiającego MZA przedstawił główne różnice parametrów technicznych w zakresie: energii akumulatorów odpowiednio 324 kWh (3 pakiety) i 240 kWh (2 pakiety) przy szacunkowej cenie za jeden pakiet 293.209 zł. Kolejną różnicą to cena układu drzwi na jeden pojazd 4.188 zł i 44.626 zł (dla MZA) oraz cena układu elektronicznego: 50.264 zł i 167.548 zł (dla MZA).

23

Ponadto wykonawca wskazał, że znaczącą pozycję kalkulacji cenowej stanowią stosowane przez BYD typy ładowarek w technologii AC, która jest znacząco tańsza od ładowarek DC. Podkreślił, że rynki, na których dokonano wskazanych w ofercie dostaw cechują się całkowicie inną specyfiką i potencjałem cenowym niż rynek polski.

Skład orzekający stoi na stanowisku, że kwestia, czy w danej ofercie mamy do czynienia z ceną bardzo niską, czy też nie, powinna być rozstrzygnięta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które stosownie do art. 15 ust. 1 ustawy pzp prowadzone jest przez zamawiającego. Jednocześnie warunkiem koniecznym jest dokonanie przez zamawiającego prawidłowej oceny wyjaśnień wykonawcy w toku prowadzonej procedury, o której mowa w art. 90 ustawy pzp. Sama Izba, w zależności od postawionych w odwołaniu zarzutów, prowadzi we własnym zakresie postępowanie dowodowe, np. w celu uzyskania odpowiedzi, czy zarzut zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych został postawiony słusznie. Oczywiście jest, że zakres owego postępowania dowodowego przed Izbą będzie w dużej mierze zależał od treści wyjaśnień złożonych wcześniej zamawiającemu.

Jak zauważył w piśmie procesowym zamawiający, wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy pzp nie ma wymogu przedstawiać szczegółowej kalkulacji uwzględniającej wszystkie elementy cenotwórcze. W tym postępowaniu wykonawca przyjął metodę odniesienia zaoferowanej ceny do cen rynkowych. W rzeczywistości był to rynek wyłącznie dostaw BYD Europe B.V. tj. przystępującego. Spośród wskazanych dostaw wszystkie ceny jednostkowe autobusów były, jak wyżej wskazano, wyższe od zaoferowanych zamawiającemu MZA, a tylko jedna na rzecz odbiorcy holenderskiego z różnicą ceny ok. 7% mogła być uznana za porównywalną. W ocenie składu orzekającego mając równie świadomość, że polski rynek autobusów elektrycznych dopiero się tworzy, a europejski nie jest znacząco rozbudowany, to jednak stwierdzenie, że cena w jednym wykonanym własnym zamówieniu może być uznana za wyznacznik rynku, jest nieuzasadnione, bowiem wskazany jednostkowy kontrakt nie stanowi rzeczywistego

odzwierciedlenia rynku

właściwego, np. europejskiego. Izba zauważa przy tym,

sporządzona na zlecenie zamawiającego opinia instytutu PIMOT w istocie stanowi powielenie w znacznej części wyjaśnień wykonawcy, jak i wniosków, nie wnosząc de facto żadnych nowych informacji w szczególności co do rynku nowych autobusów elektrycznych. Niezrozumiałe jest przy tym, że w tej części wyjaśnień odnoszących się do ceny jako rynkowej, wykonawca stwierdził, że rynki, na których dokonano wskazanych w ofercie dostaw cechują się całkowicie inną specyfiką i potencjałem cenowym niż rynek polski.

24

Izba wzięła również pod uwagę treść wyjaśnień w części, w której przystępujący wskazał na szacowany koszt akumulatorów na jeden pojazd, cenę układu drzwi oraz cenę układu elektronicznego. Z tych trzech elementów jedynie cena akumulatorów z uwagi na ustalony wymóg siwz jest w ofercie dla MZA niższa od przyjętej do porównania dostawy dla odbiorcy holenderskiego. Jednakże wiarygodność ceny w tym zakresie budzi wątpliwość wobec wskazania innej wielkości ceny w wyjaśnieniach oraz ostatnim piśmie procesowym (zastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa). Innych, poza tymi wybranymi, elementów kosztotwórczych i ich wartości wpływających na cenę wykonawca nie przedstawił poza

deklaracją o znacząco tańszych kosztach wynikających z efektu skali zamówienia i potencjału własnego. Stwierdzenie to nie zostało poparte wyjaśnieniem, w jaki sposób ta konkretna skala zamówienia (10 szt.) przekłada się bezpośrednio na spadek ceny np. przez wskazanie o jaką wartość może chodzić. Powyższe uniemożliwia przyjęcie, że wyjaśnienie zawiera kalkulację ceny całej dostawy lub jednostkową cenę autobusu, choćby o dużej stopniu ogólności. W tym świetle zasadny jest wniosek, a wykonawca nie udowodnił, że deklarowana cena oferty nie została skalkulowana poniżej kosztów wytworzenia i dostawy przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę wskazane wyjaśnienia wykonawcy z dnia 7 kwietnia 2014 r. Izba stwierdza, że zamawiający nie należał do oceny wyjaśnień przyjmując, że wezwany wykonawca wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W toku postępowania odwoławczego w ramach postępowania dowodowego wykonawca (przystępujący) przedstawił nowe dokumenty w celu wykazania prawidłowości wyliczenia wskazanej w ofercie ceny. Izba zauważa, że złożenie nowych elementów w celu wykazania prawidłowości wyliczenia ceny ofertowej dopiero na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą było spóźnione i nie mogło być wzięte pod uwagę. Definicja „określonego terminu” na złożenie wyjaśnień zamawiającemu (art. 90 ust. 1 ustawy pzp) oznacza, że informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego, celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia, a nie w toku postępowania odwoławczego lub skargowego (tak Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 9 kwietnia 2010 r. sygn. akt IV Ca 1299/09.)

Biorąc pod uwagę dokonane ustalenia Izba stwierdziła, że odwołanie należy uwzględnić, a oferta przystępującego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wobec ustalenia, że prawidłowa ocena złożonych wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

25

W tym świetle orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 3 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).

Przewodniczący:

.....

.....

26