

Wyrok
z dnia 16 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Ewa Kisiel
Daniel Konicz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 września 2016 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 sierpnia 2016 r. przez wykonawcę **Pomorska Komunikacja Samochodowa Sp. z o.o., ul. Hryniewickiego 6c/43, 81-340 Gdynia** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Komunikacji Miejskiej w Gdyni, Jednostka Budżetowa Gminy Gdynia, ul. Zakręt do Oksyvia 10, 81-244 Gdynia**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **METEOR Sp. z o.o., IREX-3 Sp. z o.o., IREX-1 Sp. z o.o., ul. Farna 2, 43-600 Jaworzno** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Pomorską Komunikację Samochodową Sp. z o.o., ul. Hryniewickiego 6c/43, 81-340 Gdynia** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Pomorska Komunikacja Samochodowa Sp. z o.o., ul. Hryniewickiego 6c/43, 81-340 Gdynia** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zarząd Komunikacji Miejskiej w Gdyni, Jednostka Budżetowa Gminy Gdynia, ul. Zakręt do Oksyvia 10, 81-244 Gdynia, dalej zwany „Zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *Świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego (przewozu regularnego w ramach lokalnego transportu zbiorowego, tj. komunikacji miejskiej) na linii S w Gdyni i Sopocie we wszystkie dni tygodnia, sześcioma autobusami miejskimi niskopodłogowymi. Nr referencyjny ZKM/ZP/7/2016*

W dniu 16 sierpnia Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą została uznana oferta złożona przez konsorcjum **METEOR Sp. z o.o., IREX-3 Sp. z o.o., IREX-1 Sp. z o.o., ul. Farna 2, 43-600 Jaworzno**, który to wykonawca skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego i w dalszej części niniejszego uzasadnienia zwany jest jako „Przystępujący”.

Od takiej czynności Zamawiającego wykonawca **Pomorska Komunikacja Samochodowa Sp. z o.o., ul. Hryniewickiego 6c/43, 81-340 Gdynia**, dalej zwany także jako „Odwołujący” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu:

1. zaniechania przez Zamawiającego wezwania wykonawcy - konsorcjum spółek: „METEOR” Sp. z o.o., „IREX - 1” Sp. z o.o., „IREX - 3” Sp. z o.o. z siedzibami w Jaworznie (dalej: Meteor) do złożenia wyjaśnień i dowodów w zakresie zaoferowanej ceny w sytuacji gdy jest ona niższa o ponad 30% od wartości zamówienia określonego, przez Zamawiającego,

2. nieodrżucenia przez Zamawiającego i wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Meteor w sytuacji gdy oferta ta podlegała odrżuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, czym Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Ustawy;

3. niewykluczenia przez Zamawiającego wykonawcy Meteor, w sytuacji gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającego posiadania odpowiednich 6 autobusów niskopodłogowych, w szczególności wskazanego przez tego wykonawcę autobusu niskopodłogowego przegubowego o długości ok. 18 metrów, czym Zamawiający naruszył art. 24 ust 2 pkt 3 i 4 Ustawy w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Ustawy.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w ramach badania i oceny oferty Meteor nakazanie Zamawiającego wezwania wykonawcy METEOR do złożenia wyjaśnień i dowodów w zakresie zaoferowanej

ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz nakazanie odrżucenie oferty Meteor jako zawierającej rażąco niską cenę jego oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia;

względnie:

unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazanie odrżucenie oferty Meteor jako zawierającej rażąco niską cenę jego oferty w stosunku do przedmiotu zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 4 Ustawy;

ewentualnie

2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenia czynności badania i oceny spełniania przez Meteor spełnienia warunku udziału w postępowaniu i/lub złożenie nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowanie;

względnie

unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wezwania Meteor do udzielenia wyjaśnień i przekazania dokumentów potwierdzających posiadania wymaganego potencjału technicznego tj. zgodnie z art. 25 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Ustawy, 26 ust. 4 ustawy Pzp;

3. nakazanie Zamawiającemu ponownej oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Podniósł także dodatkowe żądania związane z Odwołaniem polegające na::

Wniosku o wyłączenie jawności rozprawy i odwołania w części dotyczącej wykazania przez Meteora posiadania potencjału technicznego, w zakresie wskazanym przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 pkt 4 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003 r. Nr 153 poz. 1503 z późn. zm.);

1. wyłączenie jawności rozprawy i odwołania w części dotyczącej zastosowania przez Meteora rażąco niskiej ceny oraz wskazanej przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 pkt 4 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003 r. Nr 153 poz. 1503 z późn. zm.);

2. wyłączenia jawności imion i nazwisk oraz adresów niektórych świadków z uwagi na ochronę ich danych osobowych - osób nieprowadzących działalności gospodarczej oraz niebędących reprezentantami przedsiębiorców;

3. przeprowadzenie dowodów wskazanych w Odwołaniu oraz ewentualnych dodatkowych dowodów wskazanych w pismach w postępowaniu oraz na rozprawie;

4. przyznanie mu zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, to jest wpisu oraz uzasadnionych kosztów postępowania, o których mowa w par. 3 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. (Dz. U. z 2010 r. Nr 41 poz. 238), w

szczegółności kosztów dojazdu na wyznaczoną rozprawę oraz wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z rachunkami przedłożonymi do akt sprawy w terminie późniejszym.

5. Odwołujący wskazuje następujące części Odwołania jako zawierające tajemnice

przedsiębiorstwa:

5.1. Załącznik nr 1 w częściach:

5.1.1. Wszystkie scenariusze - Paliwo; Autobus + przygotowanie + finansowanie; Odsprzedaż autobusu po kontrakcie; Eksploatacja pojazdu i różne - wynikających z prowadzonych przez Odwołującego negocjacji handlowych oraz know-how przedsiębiorstwa (informacje posiadające wartość gospodarczą)

5.1.2. Scenariusz 2 - w całości, z uwagi na know-how przedsiębiorstwa (informacje posiadające wartość gospodarczą).

5.2. Załącznik nr 2 w całości - z uwagi na uzyskanie przez Odwołującego informacji posiadających wartość gospodarczą w trakcie negocjacji handlowych.

5.3. Załącznik nr 5A i 5B w całości - z uwagi na uzyskanie przez Odwołującego informacji posiadających wartość gospodarczą w trakcie negocjacji handlowych.

Odwołujący wskazuje Załącznik nr 3 w całości jako niejawną z uwagi na ochronę danych osobowych świadka, alternatywnie wnosi o animizację tych danych w sposób stosowany przez Izbę. Należy zauważyć, że, o ile świadek zostanie wezwany na rozprawę, uczestnicy postępowania będą mogli swobodnie uczestniczyć w zadawaniu pytań. Jednocześnie publikowanie jego danych osobowych, w tym adresu, w Odwołaniu, w szczególności na stronie internetowej Zamawiającego, jest zbędne dla potrzeb postępowania. Sama Izba, w publikowanych przez siebie orzeczeniach, animizuje dane świadków, zaś Zamawiający może nie mieć takich możliwości technicznych z uwagi na krótki, dwudniowy, termin na przekazanie Odwołania pozostałym uczestnikom postępowania.

6. W zakresie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołujący i inne podmioty podjęły niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Odwołujący dołożył starań, by ograniczyć jawność Odwołania i całego postępowania w możliwie najmniejszym stopniu.

Przed przedstawieniem stanu faktycznego podanego w odwołaniu Izba podaje, iż Odwołującym na etapie rozprawy oświadczył, że rezygnuje z objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa załączników dołączonych do odwołania, a także oświadczył iż cofa zarzut dotyczący nieodrżucenia oferty Przystępującego z powodu nie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego oraz związany z tym zarzutem zarzut, dotyczący podania w ofercie nieprawdziwych informacji. Tym samym przedstawianie w niniejszym uzasadnieniu stanu faktycznego podanego w odwołaniu, a odnoszącego się do zarzutów wycofanych Izba uznaje za zbędne.

Na wstępie prezentowanego uzasadnienia, odnosząc się do zarzutu zaniechania obligatoryjnego wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień ceny oferty podał iż wybrana jako najkorzystniejsza oferta Meteor zawiera cenę w wysokości 23.264.547,14 zł brutto. Stosownie do art. 34 i następnego Pzp, Zamawiający ustalił wartość zamówienia podając w opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, w ogłoszeniu (2016/S 094-169535) kwotę (bez VAT) 7376244,47 Euro. Mając na względzie średni kurs złotego w stosunku do euro stanowiący podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych, który wynosi 4,1749, a to oznacza, że wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego zgodnie z dostępnymi mu danymi wynosiła bez podatku VAT 30 795 083,04 zł (brutto: 33 258 689,68 zł).

Wartość zamówienia nie uległa zmianie w toku całego postępowania, nie była przez nikogo kwestionowana i została ustalona zgodnie z obowiązującymi przepisami w tym zakresie.

Arytmetyczne porównanie ceny zawartej w ofercie Meteor oraz wartości zamówienia wskazuje, że cena zaoferowana przez Meteor jest ponad 30% niższa od wartości zamówienia stanowiąc ok. 69,95 % wartości zamówienia.

Podkreślił iż zgodnie z brzmieniem art. 90 ust 1 Ustawy i dotychczasowym dorobkiem orzecznictwa KIO w takiej sytuacji Zamawiający ma wręcz prawny obowiązek wezwania Wykonawcy oferującego tak niską cenę do wyjaśnienia i przedstawienia dowodów w zakresie zaoferowanej ceny w celu obalenia domniemania, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę.

Zamawiający tymczasem wbrew przepisom Ustawy zaniechał tego obowiązku naruszając powołany przepis i dopuszczając do wyboru oferty zawierającej rażąco niską cenę jako najkorzystniejszą.

Podkreślił, że obowiązkowi dokonania przez Zamawiającego badania w trybie art. 90

ust. 1. Ustawy ceny nie znosi i nie zmienia okoliczność, że Zamawiający w oderwaniu od poprzednio ustalonej wartości zamówienia i niespójnie z stawianymi przez siebie wysokimi standardami wykonania zamówienia wskazał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 28 460 560 zł brutto tj. kwotę ponad 15 % niższą niż podana wartość zamówienia.

Natomiast odnosząc się do podniesionego zarzutu iż oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, czym Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp podał, że przeliczając zaoferowaną przez Meteor cenę na jeden wozokilometr w ramach świadczenia usług to ten wykonawca wycenił go na kwotę 4,97 zł netto. Stawka ta jest nie tylko rażąco niska, ale wręcz oczywiście rażąco niska. Podkreślił, że Zamawiający doskonale zdaje sobie sprawę, że usługi będące przedmiotem zamówienia wykonywane są obecnie na podstawie dwóch odrębnych umów

zawartych z Odwołującym i podmiotem należącym do grupy kapitałowej Gryf. Przeciętnie obecna (2016 r.) stawka za wozokilometr świadczenia usług będących przedmiotem zamówienia wynosi ok. 5,85 zł netto. Tymczasem Zamawiający w SIWZ i wykonawca Meteor w swojej ofercie podwyższyli standardy ich wykonywania względem obecnych wymogów, co ma oczywisty wpływ na wycenę. Zamawiający oczekuje dodatkowego wyposażenia pojazdów w zakresie elektroniki, przewiduje konieczność wprowadzenia dodatkowego pojazdu fabrycznie nowego, podniósł także inne standardy jakościowe. Sam wykonawca Meteor wskazał, że wprowadzi do wykonania zamówienia jeden autobus miejski niskopodłogowy przegubowy zamiast zwykłego autobusu miejskiego niskopodłogowego (standardowego).

W ocenie Odwołującego Zamawiający był zobowiązany dokonać weryfikacji ceny, abstrahując już od wyniku porównania arytmetycznego wartości zamówienia.

W związku z powyższym, żądania Odwołującego dotyczące skutków złożenia ofert z rażąco niską ceną, są uzasadnione. Ponadto Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w SIWZ przewidział dwa podstawowe czynniki waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy na lata 2018 i kolejne o wskaźnik cen oleju napędowego - w zakresie 25% stawki za wozokilometr, co nie odpowiada jednak nawet udziałowi tej zmiennej w ogólnych kosztach świadczenia usług, o wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych - w zakresie 75% stawki za wozokilometr. Tym samym, ryzyko wzrostu kosztów płac (niewynikające z Ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz zasad i wysokości ubezpieczeń społecznych lub zdrowotnych) zarówno kierowców, jak i pracowników zaplecza technicznego i organizacyjnego, w dużej części zostało przeniesione na wykonawcę. Wykonawca winien był zatem wkalkulować to ryzyko w cenę oferty, tym bardziej, iż okres wykonywania umowy określono na dziesięć lat. Zgodnie z analizą makroekonomiczną, przeciętne wynagrodzenie w ostatnich latach (koszt wykonawcy) wzrastało znacznie szybciej niż inflacja (75% zmiany wynagrodzenia wykonawcy). Powstaje zatem „Luka waloryzacyjna” w postaci różnicy między wzrostem wynagrodzenia wykonawcy wynikającym z inflacji oraz wzrostem kosztu wykonawcy w zakresie wynagradzania pracowników.

Ponadto, według wiedzy Odwołującego, Meteor nie przeprowadził na trasie linii S (ani w ogóle w sieci gdyńskiej komunikacji miejskiej) prób drogowych odpowiadających rzeczywistym warunkom świadczenia usług. Meteor nie posiada żadnego doświadczenia w gdyńskiej sieci komunikacji miejskiej charakteryzującej się szeregiem czynników zwiększających koszty wykonywania usług względem innych sieci komunikacji miejskiej w Polsce. Podkreślił iż Odwołujący, posiadający doświadczenie w świadczeniu usług na rzecz ZTM, ma wiedzę, o skuteczności wykrywalności przez ZTM uchybień w realizacji warunków świadczenia umów. Odwołujący przyjął, że wartość kar umownych nałożonych przez Zamawiającego na nowych przewoźników równa będzie przeciętnej wysokości kar

nałożonych przez ZTM w latach 2013-2015 na przewoźnika, który jeszcze nie posiada rozbudowanego zaplecza technicznego i organizacyjnego w Trójmieście, a który prowadzi w Polsce rozbudowaną działalność przewozową w innych miastach. Odpowiada to sytuacji wykonawcy Meteor w tym postępowaniu. To samo założenie zostało przyjęte do określenia wskaźnika kilometrów utraconych, niepłatnych przez Zamawiającego.

Wskazał także na szereg innych elementów mających wpływ na koszt wykonania przedmiotowego zamówienia jak chociażby wysokie wykorzystanie pojazdów przez pasażerów (wysokie napelnienia) wynikające z ograniczonych środków budżetowych

przekazywanych przez miasto Sopot. Skutkuje to zwiększeniem zużycia paliwa i przyspieszonym zużyciem elementów mechanicznych i wyposażenia pojazdu, a także na warunki klimatyczne i środowiskowe, konieczność zatrudnienia kierowców posługujących się dobrze językiem polskim, zarówno na piśmie, jak i w mowie, specyfikę trójmiejskiego rynku pracy kierowców, itp.

Reasumując stwierdził, że stawka kosztów w przeliczeniu na wozokilometr świadczonych usług obliczona na podstawie danych z Załącznika nr 1 wynosi (przy zastosowaniu wynagrodzeń minimalnych) 5,40 zł netto, tj. o ponad 0,43 zł netto więcej niż stawka zaproponowana przez Meteor, która powinna zakładać osiągnięcie zysku (4,97 zł netto). Przyznał także, że stawka Odwołującego zaproponowana w niniejszym postępowaniu jest niższa od wyliczonej i wskazanej odpłacalnej stawki kosztów. Odwołujący ma jednak zupełnie inne warunki świadczenia usług w sieci Zamawiającego z uwagi na posiadania rozbudowanego zaplecza techniczno-organizacyjnego, którego koszty stale rozkładają się na ponad sto pojazdów, w tym posiadanie własnej bazy transportowej. W zakresie większości kosztów zmiennych struktury Odwołujący w odróżnieniu od Przystępującego nie poniesie ciężaru ich zwiększenia w przypadku uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający nie złożył na piśmie odpowiedzi na odwołanie. W ustnym stanowisku wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego.

Przystępujący do postępowania odwoławczego konsorcjum Meteor poparł stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego i w obszernym piśmie procesowym zwrócił uwagę na niezasadność zarzutu dotyczącego braku ustawowych podstaw do wezwania Przystępującego do wyjaśnienia, czy złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Podniósł także, że cena ofertowa zaoferowana przez Przystępującego jest ceną realną za którą możliwe jest wykonanie przedmiotowego zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego, przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba uznała iż zarzuty odwołania nie znalazły potwierdzenia w przedstawionym materiale dowodowym i tym samym odwołanie zostało oddalone.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniona została przez Odwołującego materialno-prawna przesłanka posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia, określona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Również Przystępujący wykazał swój interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego, gdyż jego oferta jest obecnie najkorzystniejsza w postępowaniu.

Wobec cofnięcia zarzutów odwołania dotyczących niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz związanego z tym zarzutem, zarzutu podania nieprawdziwych informacji, do rozpatrzenia przez Izbę pozostał zarzut w zakresie rażąco niskiej ceny oferty wybranej. W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny Odwołujący podniósł dwa zarzuty: po pierwsze, zarzut niewezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w sytuacji kiedy był to obowiązek ustawowy wynikający z przepisu art. 90 ust.1 Pzp, a po drugie, zbadanie złożonej oferty jako zawierającej rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia i nakazanie jej odrzucenia zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 4 Ustawy Pzp.

W świetle art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, *jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.* Z przytoczonego przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wynika obowiązek wezwania wykonawcy do uruchomienia procedury wyjaśniającej w sytuacji, gdy cena „wydaje się” rażąco niska i gdy jej wysokość „budzi wątpliwości”. W dalszej zaś części przepisu, ustawodawca przesądził, że wątpliwości takie należy powziąć zawsze, gdy cena oferty pozostaje w określonym, 30% stosunku do średniej arytmetycznej ceny ofert lub wartości zamówienia.

Izba odnosząc się do pierwszego z ww. zarzutu wskazuje, że w wyniku oceny materiału dotyczącego proporcji ceny oferty od wartości szacunkowej zamówienia stwierdza, że nie zaistniały przesłanki do obligatoryjnego wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wyjaśnienia czy zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską.

Odwolujący powyższy obowiązek wywodził z faktu iż wartość szacunkowa zamówienia została określona na kwotę 7 376 244,47 Euro. Co przy obowiązującym kursie euro stanowi kwotę bez podatku VAT 30 795 083,04 zł (brutto: 33 258 689,68 zł). Cena

oferty Przystępującego została określona na kwotę 23 264 547,14zł brutto. Według wyliczeń odwołującego stanowi to (niekwestionowaną przez zamawiającego) 69,95% wartości zamówienia, czyli przekracza ww. 30% wartości szacunkowej.

Jednakże dla oceny przedmiotowej sytuacji nie bez znaczenia jest fakt, iż ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia obejmuje również zgodnie z przepisem art. 32 ust. 3 Pzp, wartość przewidzianych w SIWZ zamówień uzupełniających w wysokości 10% wartości zamówienia. Gdyby przyjąć, że obowiązek wezwania spoczywa zawsze na Zamawiającym niezależnie od wyliczenia wartości szacunkowej zamówienia to w stanie faktycznym, jak w tym postępowaniu, gdy wartość szacunkowa zamówienia obejmuje także wartość zamówień uzupełniających, należałoby niemalże zawsze wzywać wykonawcę do wyjaśnienia ceny oferty pomimo tego iż bez doliczenia wartości zamówień uzupełniających taka potrzeba by nie występowała. Przyjęcie wykładni przepisu proponowanej przez Odwołującego prowadziłoby do skutków sprzecznych z celem obligatoryjnego badania czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Oznaczałoby w niektórych przypadkach konieczność wszczynania postępowania wyjaśniającego nawet wtedy, gdy cena ofertowa byłaby nie budziła najmniejszych wątpliwości. Zdaniem Izby nie można przepisu z art. 90 ust. 1 Pzp interpretować w sposób zakładający nieracjonalność ustawodawcy (wykładnia ad absurdum). Miałoby to z reguły miejsce, gdyby w sposób bezkrytyczny, oderwany od stanu faktycznego danej sprawy, przenosić powinności Zamawiającego wynikające z art. 90 ust. 1 Pzp na ustaloną w oparciu o przepis art. 32 ust. 3 ustawy Pzp szacunkową wartość zamówienia. Niewątpliwym w sprawie jest fakt wykazany przez Zamawiającego, iż wartość oszacowania przedmiotu zamówienia bez zamówień uzupełniających wynosiła 27 995 530,02 zł. Przy takiej wartości zamówienia cena oferty Przystępującego stanowiła według wyliczeń 76,94% wartości szacunkowej zamówienia i tym samym brak było jakichkolwiek podstaw do stosowania przez Zamawiającego trybu z art. 90 ust. 1 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że Zamawiający nie był zobowiązany do wezwania Przystępującego konsorcjum Meteor do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W zakresie drugiego ww. zarzutu odnoszącego się do nieodrzczenia oferty Przystępującego w oparciu o przepis art. 89 ust. 4 Pzp Izba stwierdza, że z brak jest podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy sytuacji, kiedy nie był on wzywany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Odrzucenie oferty wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny jest czynnością następującą po dokonanej przez Zamawiającego ocenie złożonych wyjaśnień wykonawcy, lub braku ich złożenia. W tej sytuacji Izba rozpatrzyła ten zarzut odwołania tylko w kontekście możliwości zaoferowania w ofercie Przystępującego ceny rażąco niskiej i tym samym oceny zasadności żądania nakazania Zamawiającemu wezwania

Przystępującego do złożenia stosownych wyjaśnień o których mowa w art. 90 Pzp, - czy cena oferty jest rażąco niska w „stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Celem wykazania iż zaoferowana przez konsorcjum Meteor cena jest rażąco niska Odwołujący złożył Analizę stawki za 1 wozokilometr, która to podlegała merytorycznej ocenie przez Izbę.

Przystępujący odnosząc się do złożonej kalkulacji wskazał na kwestię iż złożona przez Odwołującego na rozprawie analiza stawki, jest kolejną, trzecią już kalkulacją w tym zakresie, przy czym każda kolejna zawiera niższe kwoty niż podawane w kalkulacji poprzedniej. Wskazuje to zdaniem Przystępującego na fakt iż Odwołujący nie wykazuje realnych, rynkowych podstaw wyceny oferty, lecz podaje hipotetyczne wartości oparte na jego własnych doświadczeniach i ewentualnie zawierające odniesienie do kosztów przez niego ponoszonych.

Izba uznaje za niezasadne prezentowanie w niniejszym uzasadnieniu orzeczenia, oceny każdej pozycji z przedłożonej Analizy. Wynika to przede wszystkim z powodu jej obszerności

oraz faktu iż taka szczegółowa analiza została przeprowadzona w trakcie rozprawy, a w uzasadnieniu podana zostaje ocena Izby, dokonanych w trakcie rozprawy ustaleń.

Przed samą oceną wybranych jako przykładowych pozycji Analizy kosztów, Izba stwierdza, że przedmiotowe zamówienie obejmuje realizację usług przewozu przez okres 10 lat. Z zestawienia końcowych wartości kwot, podanych w Analizie wynika, iż oferta Przystępującego na cały okres realizacji zamówienia została niedoszacowana na kwotę **514 464,00 zł** co daje średnioroczną kwotę niedoszacowania w wysokości **51 446, 40 zł**, przy rocznej wartości zamówienia w wysokości **2 3264 547,00 zł** brutto.

Dodać także należy iż niewątpliwym jest również, że Przystępujących jest nowym podmiotem na rynku tego typu zamówień w Trójmieście. Dlatego też prawdopodobnym jest, że w początkowym okresie realizacji zamówienia, ponoszone koszty – w szczególności związane chociażby z urządzeniem bazy autobusowej, organizacją taboru oraz kosztów organizacji biura, będą przekraczać przychody z tytułu realizacji zamówienia, co przy realizacji zamówień wieloletnich jest niemalże regułą. Dlatego też dla ustalenia rażąco niskiej ceny oferty, niezbędne jest rozpatrywanie tej kwestii przez pryzmat całego okresu realizacji zamówienia, a nie tylko początkowego okresu, gdyż rażąco niska cena może zaistnieć tylko wobec realizacji całości zamówienia (10 lat), a nie jakiegoś jego etapu.

Ze znaczących kwotowo pozycji Analizy, dla wykazania ewentualnej rażąco niskiej ceny należy przywołać chociażby wyliczenia dotyczące kosztu nabycia i eksploatacji taboru autobusowego. Odwołujący podał, że Przystępujący będzie musiał nabyć pięć autobusów jednocłonowych i jeden autobus przegubowy u producenta Solaris, za które będzie musiał zapłacić (wg. oferty otrzymanej przez Odwołującego), wraz z kosztami wyposażenia oraz zakupem autobusu rezerwowego kwotę 6 445 436 zł. Koszt ten, wg. Przystępującego może

być pomniejszony o kwotę uzyskaną z odsprzedaży tych autobusów po zakończeniu wykonywania zamówienia, a kwota przychodu z tego tytułu może wynosić maksymalnie 620 000 zł. Ponadto Odwołujący podał iż Przystępujący będzie ponosił koszty ubezpieczenia autobusów w wysokości 1 300,00 zł/rok za jeden autobus, a także koszty administracyjno-biurowe w wysokości 1 200,00 zł miesięcznie na autobus. Wskazywał także na nieuwzględnienie o cenie ofertowej możliwości wzrostu cen paliwa oraz tzw. luki waloryzacyjnej związanej ze wzrostem wynagrodzenia pracowników.

Przystępujący odnosząc się do powyższej kwestii podał iż nadal prowadzi negocjacje z dwoma producentami autobusów to jest Solaris i Autosan, których zobowiązania do udostępnienia potencjału technicznego złożył wraz z ofertą. Na chwilę obecną nie jest przesądzone od którego producenta nabędzie autobusy, zaznaczając iż autobusy produkowane przez Autosan są znacznie tańsze od autobusów Solaris. Ponadto podkreślił iż cena autobusów wynikająca ze złożonej oferty przez Solaris Odwołującemu, jest wyceniona dla tego odbiorcy. Natomiast w sytuacji, gdy Przystępujący tylko w ubiegłym roku nabył od Solaris 60 szt. autobusów to tym samym może kupić takie autobusy wraz z dodatkowym wyposażeniem po znacznie niższej cenie niż to wynika z oferty złożonej Odwołującemu. Nadto ze względu na fakt posiadania dużej floty autobusów nie zaistnieje u Przystępującego potrzeba zakupu autobusu rezerwowego, a ponadto stwierdził iż kwoty uzyskiwane z odsprzedaży autobusów są znacznie wyższe niż to wywodzi Odwołujący i wg. doświadczeń Przystępującego nie są niższe niż 20% ceny ich nabycia.

Podał również iż niezasadne są zarzuty nieuwzględnienia w ofercie możliwego wzrostu cen paliwa, gdyż kwestia ta jest objęta klauzulą waloryzacyjną i tym samym koszty wzrostu paliwa będą obciążać w dużej mierze Zamawiającego. Podobnie przedstawia się sytuacja ze wzrostem najniższego wynagrodzenia pracowników. Wskazał także na niższe koszty ubezpieczenia autobusów, kosztów ich bieżącej eksploatacji, a także kosztów administracyjnych związanych z zatrudnieniem dodatkowej poza kierowcami kadry dla realizacji tego zamówienia.

Powyższe stanowisko Przystępującego Izba uważa za zasadne, jest ono logiczne i spójne, a Odwołujący w żadnym zakresie nie wykazał iż może być nierealne. Izba biorąc pod uwagę fakt iż nawet w przypadku przyjęcia niedoszacowania kosztu wykonania zamówienia wyliczonego przez Odwołującego to już ww. uzysk kwot na koszcie nabycia i eksploatacji autobusów niweluje tą kwotę. Zdaniem Izby Odwołujący dokonał wyliczeń w oparciu o swoje hipotetyczne założenia, w dużej mierze abstrahując od realiów w jakich działa Przystępujący.

Dlatego też Izba nie znalazła podstaw do uznania iż oferta Przystępującego jest ofertą nierealną cenowo i tym samym stwierdziła brak podstaw do uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu wezwania Przystępującego w trybie art. 90 ust.1 Pzp do złożenia

wyjaśnień w zakresie zaoferowanej w ofercie ceny za wykonanie zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) 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).

Przewodniczący

Członkowie:

.....