Sygn. akt: KIO 2398/14

WYROK
z dnia 2 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko
Jolanta Markowska
Małgorzata Stręciwilk
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 listopada 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 listopada 2014 r. przez wykonawcę **„Mobilis" Sp. z o.o., Mościska 4A, 05-080 Mościska** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o.o., ul. Bolesława Prusa 75-79, 50-316 Wrocław**
przy udziale wykonawcy **A. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Internationale Transport Spedition A. M.,**
ul. Ks. Łukasika 5, 26-600 Radom zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **„Mobilis" Sp. z o.o., Mościska 4A, 05-080 Mościska** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **„Mobilis" Sp. z o.o., Mościska 4A, 05-080 Mościska** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **„Mobilis" Sp. z o.o., Mościska 4A, 05-080 Mościska** na rzecz **Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego Sp. z o.o., ul. Bolesława Prusa 75-79, 50-316 Wrocław** kwotę **473 zł 44 gr** (słownie: czterysta siedemdziesiąt trzy złote czterdzieści cztery grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie Izby oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

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 we Wrocławiu.

Przewodniczący: ……

……

……

Sygn. akt: KIO 2398/14

Uzasadnienie

Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o.o. we Wrocławiu (dalej: „zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług w zakresie przewozu osób i bagażu podręcznego w autobusowym transporcie zbiorowym organizowanym przez Gminę Wrocław na terenie Miasta Wrocławia. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej: „ustawa Pzp". Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 czerwca 2014 r. pod pozycją 2014/S 121-216173.

W dniu 14 listopada 2014 r. wykonawca Mobilis Sp. z o.o. z siedzibą w Mościskach (dalej: „odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec następujących czynności zamawiającego:

- czynności polegających na dokonaniu oceny złożonych ofert oraz dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy A. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Internationale Transport Spedition A. M. (dalej: „ITS"),

- czynności polegających na odmowie udostępnienia odwołującemu pełnej treści dokumentu stanowiącego załącznik do protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w postaci pisma ITS datowanego na dzień 29 października 2014 r., które wpłynęło do zamawiającego w dniu 30 października 2014 r. i stanowi odpowiedź ITS na wezwanie zamawiającego do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ITS pomimo tego, że oferta ta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez uznanie złożonych przez ITS wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny za skuteczne, podczas gdy w ich treści elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny nie zostały w rzeczywistości wyjaśnione, co powinno było skutkować odrzuceniem oferty ITS;
3. art. 90 ust. 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez dokonanie błędnej

---

oceny złożonych przez ITS wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i w konsekwencji przyjęcie, że zaoferowana przez ITS cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy prawidłowa ocena tych wyjaśnień powinna prowadzić do wniosku przeciwnego;

4. art. 8 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odmowę udostępnienia odwołującemu pełnej treści wyjaśnień ITS w związku z zastrzeżeniem przez ITS jako tajemnicy przedsiębiorstwa stron wyjaśnień dotyczących kalkulacji wynagrodzeń pracowników przez ITS, kosztów pozyskania i utrzymania zajezdni autobusowej, prognozy zysku w poszczególnych latach trwania umowy oraz całej decyzji instytucji finansującej:
   - podczas gdy w piśmie ITS brak jest wymaganego wykazania, - że zastrzeżone informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa ITS, a także poprzez uznanie zastrzeżenia za skuteczne w odniesieniu do całych stron - złożonych wyjaśnień, podczas gdy zastrzeżenie to może odnosić się jedynie do poszczególnych informacji, a nie całych stron dokumentu, na których informacje te mogą się znajdować, jak również
   - poprzez uznanie zastrzeżenia za skuteczne w stosunku do informacji - bezpośrednio dotyczących zaoferowanej ceny i mających przełożenie na jej wysokość, podczas gdy cena jest informacją jawną,

   a w konsekwencji poprzez uznanie przez zamawiającego za skuteczne zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa znacznej części złożonych wyjaśnień ITS, podczas gdy zastrzeżenie to miało na celu jedynie uniemożliwienie weryfikacji wyjaśnień ITS innym wykonawcom i utrudnienie im skorzystania z przysługujących im zgodnie z ustawą Pzp środków ochrony prawnej, co stanowi naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
5. art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, tj. poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji poprzez potraktowanie oferty złożonej przez ITS w sposób preferencyjny w stosunku do ofert złożonych przez innych wykonawców.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący stwierdził, że cena całkowita zaoferowana przez ITS nie pozwala na osiągniecie zysku na realizacji 10-letniego zamówienia, bowiem

---

stawki wyjściowe (przekładające się na cenę realizacji zamówienia w pierwszym roku) są niskie i zawierają niską marżę, a ponadto stawki te nie będą w praktyce poddawane waloryzacji, przy zwiększających się z biegiem czasu kosztach wykonywania zamówienia. W ocenie odwołującego, nie ulega wątpliwości, że w okresie 10 lat poszczególne koszty realizacji zamówienia będą się zwiększać, co doprowadzi do ostatecznego poniesienia przez ITS straty na realizacji zamówienia - cena zaproponowana przez ITS nie zawiera żadnego mechanizmu obrony przed zwiększającymi się kosztami w trakcie trwania kontraktu.

Jak zauważył odwołujący, złożone w toku postępowania na wezwanie

zamawiającego wyjaśnienia ITS nie zawierają w istocie żadnych wyjaśnień oraz uzasadnienia co do wysokości poszczególnych elementów ceny, w tym co do przyjętego sposobu waloryzacji, brak jest również informacji odnośnie przyczyn rezygnacji *de facto* przez ITS z waloryzacji zaoferowanych stawek. Wyjaśnienia ITS nie zawierają też żadnych informacji co do zarządzania występującym w tym zamówieniu ryzykiem. W rezultacie, w opinii odwołującego, wyjaśnienia ITS nie spełniają wymogów, o których mowa w art. 90 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł ponadto, że w złożonych wyjaśnieniach ITS wielokrotnie powołuje się na informacje ogólne i mało wiarygodne pochodzące już z okresu po złożeniu oferty, które nie mogły być mu w żaden sposób znane i być w jego posiadaniu w momencie składania oferty, co m.in. potwierdza wadliwość wyjaśnień ITS oraz stanowi wyraz „gorączkowego" i jednocześnie chybionego poszukiwania przez ITS jakiegokolwiek uzasadnienia dla zaoferowanej przez ITS ceny, która jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zdaniem odwołującego, treść wyjaśnień ITS potwierdza tezę, że ITS celowo skalkulował cenę na potrzeby oferty na tak niskim poziomie, aby uzyskać zamówienie i zawrzeć umowę o udzielenie zamówienia publicznego, którą może wypowiedzieć w momencie, gdy okaże się, że dalsze w niej trwanie przyniesie straty dla ITS.

Odwołujący stwierdził ponadto, iż w wyniku utajnienia znacznej części wyjaśnień ITS zamawiający utrudnił odwołującemu skorzystanie ze środków ochrony prawnej świadomie faworyzując ITS i zmierzając do zawarcia z ITS umowy zakładającej realizację zamówienia po rażąco niskiej cenie.

A. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia

1. Sposób obliczania ceny wg. Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ")

Odwołujący zwrócił uwagę, iż rozbieżność pomiędzy ceną zaoferowaną przez ITS a wartością przedmiotu zamówienia przekracza kwotę 100 000 000,00 zł netto. Oferta ITS znacząco odbiega również od ofert złożonych przez pozostałych dwóch wykonawców biorących udział w postępowaniu, których oferty zawierają porównywalne ceny zbliżone

---

do wartości przedmiotu zamówienia, gdyż ITS jako jedyny wykonawca zrezygnował z waloryzacji ceny w oparciu o wskaźnik inflacji oraz zdecydował sie poddać waloryzacji o wskaźnik cen oleju napędowego jedynie niewielką cześć ceny, tj. 10 %, co z ekonomicznego punktu widzenia oznacza brak waloryzacji. W złożonych wyjaśnieniach ITS podnosił, że wzrost kosztów realizacji zamówienia wraz z upływem czasu został uwzględniony w wysokości stawek bazowych, jednakże z wyjaśnień tych wynika, że ITS zakłada marginalny wzrost kosztów (jednocześnie istotnie zaniżając samą wartość/udział tych kosztów w zaoferowanej stawce wyjściowej), zasadniczo spodziewając się spadku cen paliwa, spowolniania wzrostu wynagrodzeń oraz deflacji, co wskazuje na nieracjonalność złożonych wyjaśnień oraz potwierdza okoliczność zaoferowania ceny rażąco niskiej. W przedstawionych wyjaśnieniach ITS w nie bierze też pod uwagę ryzyk związanych z realizacją zamówienia, takich jak między innymi ryzyko zmniejszenia przez zamawiającego wielkości pracy przewozowej, zgodnie z postanowieniami § 2.6 umowy czy ryzyko zmniejszenia prędkości eksploatacyjnej na liniach przydzielonych do obsługi przez zamawiającego w ramach przedmiotowego postępowania.

W ocenie odwołującego, obliczenie ceny z pominięciem wzrostu kosztów realizacji zamówienia w perspektywie jego dziesięcioletniej realizacji doprowadzi to do sytuacji, w której ITS poniesie stratę. Jest to działanie sprzeczne z ekonomicznym modelem kalkulacji kosztów oraz rentowności kontraktów długoterminowych co do zasady będących wrażliwymi na nieprzewidziane negatywne zdarzenia, jakie mogą wystąpić w trakcie ich trwania.

2. Metoda obliczenia stawki brutto za wozokilometr

Odwołujący wskazał, że realizacja zamówienia wiąże się z ponoszeniem przez wykonawcę kosztów obejmujących w szczególności koszt zakupu paliwa, koszty wynagrodzeń pracowników, zwłaszcza kierowców autobusów, koszty pozyskania taboru autobusowego (leasingu), oraz pozostałe koszty realizacji zamówienia, w tym m.in. koszty zakupu opon, koszty serwisu pojazdów, w tym części zamiennych, koszty utrzymywania zajezdni autobusowej, koszty ubezpieczenia taboru autobusowego, podatku od środków transportu oraz koszty administracyjne. Dodatkowo, kalkulując cenę wykonawca powinien uwzględnić ryzyka, jakie mogą wystąpić przy realizacji umowy (np. dopuszczalna umową zmiana charakterystyki usług przewozowych czy zmniejszenia wielkości pracy przewozowej).

Zdaniem odwołującego, koszty są zbliżone dla każdego z wykonawców, bowiem każdy z wykonawców musiałby zatrudnić niezbędny personel (głównie kierowców), pozyskać tabor o podobnej wartości, zakupić paliwo po zbliżonych cenach oraz wynająć

---

obiekt zajezdni.

Odwołujący stwierdził, że wskazany przez ITS w wyjaśnieniach sposób podziału kosztów, jak również zaprezentowane przez ITS wartości poszczególnych elementów kosztowych są niemożliwe do osiągnięcia, bowiem kosztowe elementy ceny wskazane przez ITS zostały zaniżone, a zysk zawyżony do poziomu niespotykanego w praktyce działalności wynikającej z przedmiotu zamówienia, co wynika z analizy przeprowadzonej przez odwołującego, bazującej na warunkach niniejszego zamówienia, wieloletnim doświadczeniu odwołującego oraz historycznych i aktualnych informacji rynkowych.

Paliwo

Zdaniem Odwołującego, koszty związane z zakupem paliwa wynoszą w pierwszym roku realizacji zamówienia około 8 272 000,00 zł. Kwotę tę odwołujący obliczył jako:
- iloczyn 4 000 000 wozokilometrów przewidywanych w SIWZ przez zamawiającego dla pierwszego roku realizacji zamówienia, średniego spalania paliwa w wysokości 47 l/100 km oraz ceny 1 litra paliwa w wysokości 4,00 zł netto,
- powiększony dodatkowo o 10 %, co stanowi koszty paliwa zużywanego w związku z koniecznością pokonywania tzw. kilometrów dojazdowych („pustych" kilometrów), tj. przebiegów obejmujących dojazdy oraz powroty autobusów z miejsca położenia zajezdni do miejsca rozpoczęcia poszczególnych tras, które to przebiegi nie stanowią jednocześnie zgodnie z treścią SIWZ (§ 2 ust. 2 wzoru umowy) usług przewozowych nie będąc tym samym podstawą do otrzymywania przez wykonawcę jakiegokolwiek wynagrodzenia od zamawiającego. Koszty tzw. kilometrów dojazdowych podnoszą wysokość ogólnego kosztu paliwa o około 10 % (w wypadku odleglejszego położenia zajezdni od tras objętych zamówieniem wartość ta może być jeszcze wyższa).

Odwołujący stwierdził, że kwota 7 757 582,22 zł, jaką przewidział ITS na koszty paliwa w pierwszym roku jest zaniżona, bowiem pozwala ona jedynie na pokrycie kosztów zużycia paliwa związanych z przejazdami autobusów po wyznaczonych trasach (tj. bez uwzględnienia tzw. kilometrów dojazdowych), chociaż i w tym nawet zakresie ITS zaniżył zużycie paliwa o około 1 - 3 %.

Średnie spalanie oleju napędowego autobusu przegubowego wynosi około 55 l/100 km (autobusy te stanowią największą grupę w taborze wymaganym do realizacji zamówienia), a w wypadku autobusów nieprzegubowych znacznie powyżej 40 l/100 km.

Kalkulując wysokość kosztów paliwa w oparciu o wartości średniego spalania należy przy tym brać pod uwagę również okoliczności mające istotny wpływ na ilość spalanego przez autobusy paliwa, takie jak:

- przewidziany w SIWZ obowiązek wyposażenia autobusów w klimatyzację - praca klimatyzacji znacznie zwiększa zużycie paliwa, a zgodnie z Załącznikiem nr 3 do wzoru umowy, część I pkt 12.2.5, urządzenie klimatyzujące w każdym z autobusów wykorzystywanym do realizacji zamówienia musi posiadać moc co najmniej 27 kW (co np. stanowi przeszło 10 % maksymalnej mocy silnika autobusu MAN Lion's City G, która wynosi 235 kW);
- zwiększone zużycie paliwa na obszarze Wrocławia z uwagi na największe natężenie ruchu miejskiego w skali całego kraju (średnia prędkość jazdy w obrębie centrum Wrocławia wynosi 32 km/h, podczas gdy w Warszawie wynosi ona 35 km/h) - ten czynnik ma przy tym również wpływ na efektywną prędkość jazdy taboru, a zatem również na koszty zatrudnienia.

Leasing taboru

Odwołujący stwierdził, że ustalona przez ITS kwota 7 604 693,33 zł (tj. 24,87 % ceny), mająca stanowić koszt leasingu taboru autobusowego w pierwszym roku realizacji zamówienia obejmuje jedynie koszt samego finansowania, z wyłączeniem ubezpieczenia pojazdów oraz kosztu podatku od środków transportowych.

Wynagrodzenia kierowców

Odwołujący przyjął, że średnia efektywna prędkość jazdy taboru w ramach realizacji zamówienia będzie wynosiła około 15 km/h (z uwzględnieniem czasu potrzebnego na przyjęcie autobusu do pracy każdego dnia, zatankowanie, zdanie pojazdu itd.). Przyjmując 4 000 000 wozokilometrów wskazane na potrzeby obliczenia ceny oferty oraz zwiększając tę

wartość o 10 % tzw. kilometrów dojazdowych, odwołujacy stwierdził, że realizacja zamówienia w pierwszym roku będzie wymagała około 2 933 333 godzin pracy kierowców.

Odwołujący stwierdził, że do realizacji zamówienia konieczne jest zatrudnienie około 160 kierowców. Taka liczba kierowców jest niezbędna w celu zapewnienia pełnego obsadzenia wszystkich tras z uwzględnieniem urlopów (w tym m.in. tzw. urlopów na żądanie, które przy ograniczonej liczbie kierowców mogą paraliżować realizację zadań przewozowych w komunikacji miejskiej), zwolnień chorobowych oraz z zachowaniem norm czasu pracy kierowców określonych w sposób odrębny we właściwych dla tej grupy zawodowej przepisach prawa, które przewidują restrykcyjne normy czasu pracy. Zatrudnienie takiej liczby kierowców jest, zdaniem odwołującego, konieczne dla prawidłowego wykonywania zamówienia przez wykonawcę.

Jak wskazał odwołujący, oczekiwania zarobkowe kierowców na obszarze Dolnego Śląska wynoszą około 20,00 zł za godzinę co stanowi dla pracodawcy koszt około 27,00 zł za godzinę pracy kierowcy. Odwołujący zauważył, że sam zamawiający (jako podmiot

---

profesjonalnie świadczący usługi w zakresie autobusowej komunikacji miejskiej we Wrocławiu) oferuje zatrudnianym kierowcom stawki tej wysokości (nowozatrudnionym kierowcom zamawiający oferuje wynagrodzenie brutto w kwocie 3.025,00 zł oraz dodatki). Ponieważ na obszarze Dolnego Śląska podaż pracy kierowców jest mniejsza niż popyt na tę pracę (z uwagi na dużą liczbę przewoźników prywatnych w transporcie międzymiastowym oraz międzynarodowym, a także bliskość granicy umożliwiającą pracę w innym kraju) zatrudnienie kierowców po niższych stawkach nie jest możliwe (ewentualnie możliwe byłoby zatrudnienie kierowców spoza obszaru Dolnego Śląska, jednakże generowałoby to zwiększone koszty w zakresie konieczności zapewnienia im noclegów, pokrycia kosztów dojazdu itp.). Małą podaż pracy kierowców potwierdza, w ocenie odwołującego, fakt, że sam zamawiający boryka się z problemem braków kadrowych.

Przyjmując koszt zatrudnienia w oparciu o stawkę kosztu pracodawcy w wysokości 27,00 zł za godzinę odwołujący ustalił, że koszt pracy kierowców w pierwszym roku realizacji zamówienia wyniesie nie mniej niż 7 917 804,00 zł. Co za tym idzie, w ocenie odwołującego, wskazana przez ITS w treści wyjaśnień kwota 8 005 262,22 zł może stanowić wyłącznie koszt zatrudnienia samych kierowców, a nie całego personelu niezbędnego do realizacji zamówienia.

Koszty pozostałe

Odwołujący podniósł, iż kwota 2 623 573,33 zł, na jaką ITS określił tzw. koszty pozostałe, została znacząco zaniżona.

Odwołujący wskazał, że koszty pozostałe obejmują:

- Najem zajezdni autobusowej

Jak wskazał odwołujący, koszt najmu obiektu zajezdni autobusowej należy szacować z uwagi na uwarunkowania rynkowe w wysokości około 500,00 zł miesięcznie dla jednego autobusu. Łączny roczny koszt najmu obiektu zajezdni dla wszystkich autobusów (tj. 69 sztuk) wynosi zatem nie mniej niż 414 000,00 zł w pierwszym roku realizacji zamówienia.

- Wynagrodzenia pozostałych pracowników

Odwołujący przyjął, że kwota podana przez ITS jako koszt wynagrodzeń obejmuje wyłącznie koszty wynagrodzeń samych kierowców. Wobec takiego założenia odwołujący przyjął, że koszty zatrudnienia pozostałych pracowników należy obliczać osobno i przyjąć, że wchodzą one w skład tzw. kosztów pozostałych.

Zdaniem odwołującego, minimalny personel niezbędny do realizacji zamówienia powinien obejmować: kierownika oddziału (1 osoba), dyspozytorów (5 osób), planistę pracy

---

kierowców (1 osoba), pracownika ds. administracyjnych i kadrowych (1 osoba), pracownika ds. rozliczenia przejazdów - przede wszystkim w celu ustalania należnego wykonawcy wynagrodzenia za dany miesiąc (1 osoba), mechaników (10 osób - praca mechaników jest pracą w ruchu ciągłym i niezbędne jest obsadzenie każdej zmiany przynajmniej dwoma mechanikami), pracowników sprzątających i myjących tabor (4 osoby). Wskazany zakres zatrudnienia, tj. 24 pracowników, stanowi, zdanie odwołującego, niezbędne minimum i dla zapewnienia prawidłowej realizacji zamówienia bez ponoszenia znacznego ryzyka (np. w wypadku choroby mechanika) zasadnym byłoby zatrudnienie większej liczby osób. Przyjmując jednak, że ITS zmierzając do maksymalnej oszczędności zatrudni jedynie

niezbędny personel w minimalnej możliwej liczbie pracowników, odwołujący uznał, że w każdym wypadku konieczne będzie utworzenie przynajmniej 24 miejsc pracy.

Zakładając średnie koszty pracodawcy na jednego pracownika w wysokości 4 000,00 zł, odwołujący stwierdził, że koszt zatrudnienia pracowników niebędących kierowcami wyniesie nie mniej niż 1 152 000,00 zł rocznie (w pierwszym roku realizacji zamówienia).

• Części zamienne

Według doświadczenia odwołującego, koszt części zamiennych (uśredniony dla pełnego 10-letniego okresu realizacji zamówienia) będzie wynosił od 0,30 zł do 0,60 zł na 1 wozokilometr. Koszt ten wyniesie zatem nie mniej niż 1 320 000,00 zł średniorocznie, a może sięgać nawet 2 640 000,00 zł rocznie. Odwołujący podkreślił, że koszty te dotyczą przede wszystkim części, których konieczność wymiany wynika z normalnego zużycia eksploatacyjnego (np. elementy układu hamulcowego lub zawieszenia), a nie z awarii (nieuchronnych w trakcie realizowania kontraktów o 10-letnim okresie obowiązywania), które na dalszym etapie korzystania z taboru mogą dodatkowo podnieść koszty części zamiennych.

• Oleie i płyny eksploatacyjne

Odwołujący zwrócił uwagę, iż świadczenie usług przewozowych w komunikacji miejskiej wiąże się z bieżącym ponoszeniem kosztów wymiany olejów oraz płynów eksploatacyjnych. Koszty te obejmują wymianę oleju silnikowego (okresową oraz tzw. dolewki, czyli bieżące uzupełnianie ubytków oleju silnikowego spalanego w ramach pracy silnika), oleju przekładniowego, oleju hydraulicznego, płynu chłodzącego oraz płynu do spryskiwaczy. Koszty te średnio wynoszą od 2 % do 4 % kosztów zużywanego paliwa, tj. około 0,06 zł na 1 wozokilometr, co przy wartości 4 400 000 wozokilometrów (4 000 000 powiększone o 10 % kilometrów dojazdowych), wskazanej przez zamawiającego na potrzeby obliczenia ceny oferty, wynosi 264 000,00 zł rocznie.

• Ogumienie

Odwołujący oszacował koszt ogumienia (przy zastosowaniu możliwie najtańszych opon) na 264 000,00 zł rocznie (około 3 % kosztów zużywanego paliwa).

• Media (energia elektryczna, woda i ścieki, ogrzewanie)

Odwołujący wskazał, że koszty mediów obejmują przede wszystkim koszty funkcjonowania myjni automatycznej oraz koszty ogrzewania obiektu biurowego i warsztatu. Zdaniem odwołującego, koszty te będą wynosić średnio nie mniej niż 240 000,00 zł rocznie (20 000,00 zł miesięcznie), a mogą sięgać nawet kwoty 480 000,00 zł rocznie (40 000,00 zł miesięcznie).

• Ubezpieczenia

Jak zauważył odwołujący, wykonawca realizujący zamówienie powinien zawrzeć umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej oraz autocasco dla każdego z wykorzystywanych autobusów. W wypadku ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej jego koszt rynkowy waha się w granicach od 2 000,00 zł do 5 000,00 zł rocznie dla jednego autobusu. W wypadku ubezpieczenia autocasco koszt ten wynosi w granicach od 1 % do 1,5 % wartości autobusu. Przyjmując, że koszt ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej będzie kształtował się na poziomie 3 000,00 zł rocznie dla autobusu, a koszt autocasco będzie wynosił średnio 1,25 % wartości autobusów (łączna wartość całego taboru będzie wynosiła około 65 000 000,00 zł), odwołujący stwierdził, że koszt ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej wyniesie rocznie około 207 000,00 zł, a koszt ubezpieczenia autocasco około 862 500,00 zł, przy założeniu, że ITS uda się wynegocjować korzystne warunki współpracy z wybranym ubezpieczycielem.

• Podatek od środków transportowych

Zdaniem odwołującego, koszt podatku od środków transportowych odprowadzanego na rzecz Gminy Wrocław będzie wynosił w pierwszym roku realizacji zamówienia (przy założeniu, że obecna stawka tego podatku utrzyma się do 2015 r.) kwotę 68 724,00 zł, tj. iloczyn stawki 996,00 zł (dla autobusów spełniających normę emisji spalin EURO V) wynikającej z Uchwały Rady Miejskiej Wrocławia nr XXXV/755/12 z dnia 29 listopada 2012 r. w wysokości 1 328,00 zł oraz liczby 69 autobusów.

Za gołosłowne uznał odwołujący twierdzenia ITS zawarte w publikacjach prasowych, że podatek ten ITS będzie odprowadzać w Radomiu, gdzie stawka jest nieznacznie mniejsza. Odwołujący wskazał, że art. 9 ust. 7 ustawy o podatkach i opłatach lokalnych stanowi, że organem właściwym w sprawach podatku od środków transportowych jest organ

podatkowy, na którego terenie znajduje się miejsce zamieszkania lub siedziba podatnika,

---

a w przypadku przedsiębiorstwa wielozakładowego - organ podatkowy, na terenie którego znajduje się zakład posiadający środki transportowe podlegające opodatkowaniu. Odwołujący zwrócił uwagę, że zakład przedsiębiorstwa ITS, poprzez który realizowane będzie zamówienia, będzie natomiast mieścił się we Wrocławiu.

• Opłata za korzystanie ze środowiska

Koszt opłaty za korzystanie ze środowiska w przypadku użytkowania 69 autobusów spalających średnio około 49 l oleju napędowego na 100 km, pokonujących rocznie około 4 000 000,00 km wyniesie w granicach kwoty 10 000,00 zł rocznie.

• Pozostałe koszty administracyjne

Odwołujący oszacował, że pozostałe koszty realizacji zamówienia, obejmujące m.in. koszty telefonów, komputerów, oprogramowania, materiałów biurowych, zakupu lub leasingu pojazdu pogotowia technicznego i nadzoru ruchu będą wynosiły nie mniej niż 120 000,00 zł rocznie, a mogą nawet osiągnąć wysokość 240 000,00 zł rocznie.

• Suma kosztów pozostałych

Odwołujący podsumował, iż łączna wysokość wszystkich kosztów składających się na tzw. koszty pozostałe wynosi nie mniej niż 4 922 224,00 zł (tj. 16,64 % ceny zaoferowanej przez ITS za realizację zamówienia w pierwszym roku). Jak podkreślił odwołujący, kwota ta jest znacznie wyższa niż wskazał ITS (8,58%, co stanowi 2.623.573 zł). Odwołujący zaznaczył, że obliczona kwota kosztów pozostałych nie jest wygórowana. Przy nieznacznie wyższych stawkach za wozokilometr, np. przy stawkach zaoferowanych przez samego odwołującego, kwota pozostałych kosztów stanowiłaby znacznie mniejszy odsetek ceny realizacji zamówienia w pierwszym roku, co pozwalałoby na osiągnięcie zysku w granicach około 10 % i dzięki waloryzacji ceny - także na utrzymanie rozsądnego zysku w kolejnych latach. Ponieważ stawki zaoferowane przez ITS dla poszczególnych typów autobusów są niższe, w przełożeniu na pełną cenę realizacji zamówienia w pierwszym roku koszty pozostałe stanowią większy odsetek ceny, a zatem zysk będzie odpowiednio niższy. Łącznie na cenę realizacji zamówienia w pierwszym roku należy racjonalnie przyjąć zatem co najmniej następujące koszty:

- koszty paliwa - około 8 272 000,00 zł;
- koszty wynagrodzeń kierowców - około 8 005 262,22 zł;
- koszty pozyskania taboru autobusowego (leasingu) - około 7 604 693,33 zł;
- koszty pozostałe -4.922.224,00 zł;
- zysk - w wysokości odpowiadającej różnicy pomiędzy ceną realizacji zamówienia w pierwszym roku a sumą kosztów - w wypadku ITS zysk ten dla pierwszego roku zamówienia wyniesie około 1 773 598,23 zł (ok. 5,8% stawki bazowej).

Zdaniem odwołującego, rzeczywista rentowność realizacji zamówienia przez ITS w pierwszym roku jest znacznie (tj. o 9,2 %) niższa, niż to wynika ze złożonych wyjaśnień, co przekłada się na brak zysku na całym zamówieniu.

3. Waloryzacja - wpływ waloryzacji stawek na cenę całkowitą

Zdaniem odwołującego, zastosowanie przez ITS waloryzacji ceny na rzeczywistym poziomie 0,5 % świadczy o jej rażącym zaniżeniu, bowiem prowadzi do określenia ceny całkowitej w wysokości nie uwzględniającej rosnących kosztów wykonywania usługi. Zamawiający przewidział, że zamówienie będzie realizowane przez 10 kolejnych lat, począwszy od roku 2015. W tak długim okresie poszczególne koszty ponoszone przez wykonawcę będą ulegały wzrostowi, co wymaga waloryzacji ceny, lub zaoferowania stawek wyjściowych za wozokilometr w wysokości z góry uwzględniającej przyszły wzrost kosztów. Zdaniem odwołującego, stawki zaoferowane przez ITS nie uwzględniają wzrostu kosztów realizacji zamówienia dla całego tego okresu, w szczególności przy przyjęciu wiarygodnych kosztów oraz marży na poziomie 5,8 %. Zdaniem odwołującego, uzasadnione przewidywania co do wzrostu kosztów, które należało brać pod uwagę przy kalkulowaniu ceny, przedstawiają się następująco:

Ceny paliwa

Odwołujący zauważył, że średni koszt paliwa przeznaczonego dla taboru autobusowego, tj. oleju napędowego, będzie wzrastał przynajmniej o 5 % w skali roku, tym bardziej, że w okresie ostatnich dziesięciu lat ceny oleju napędowego rosły średnio o 7,77 % rocznie. Na potwierdzenie powyższego odwołujący przedstawił dane dotyczące cen paliwa

PKN Orlen w latach 2004 – 2014. Ponadto, jak zaznaczył odwołujący, przedstawione w wyjaśnieniach ITS dane w zakresie cen paliwa z III kwartału każdego roku w okresie 2004-2014 wskazują na wzrost tych cen na poziomie właśnie około 5 %, a nie 2,5 %, jak twierdzi ITS. Powyższe potwierdzają, jak zauważył odwołujący, średnioroczne ceny paliwa ORLEN. Odwołujący stwierdził, ze niezależnie od tego, czy badane są ceny paliwa na dzień 1 stycznia danego roku, na ostatni dzień III kwartału, czy średnie ceny z całego roku, w każdym wypadku należy stwierdzić, że od 2004 r. ceny paliwa rosły średnio o przeszło 5 % rocznie i takiego też wzrostu należy spodziewać się na przestrzeni kolejnej dekady.

Odwołujący podkreślił ponadto, że ITS nie mógł znać w chwili składania oferty danych za III kwartał 2014 r., skoro oferta została złożona przed zakończeniem III kwartału. Powyższe potwierdza, zdaniem odwołującego, że ITS wybiera arbitralnie, w oderwaniu od zasad rzetelnego planowania, tylko po to, żeby móc wykazać, że osiągnie zysk na realizacji umowy. W przypadku bowiem oparcia swoich twierdzeń na rzetelnych prognozach i analizach, ITS przy oferowanych stawkach i braku waloryzacji nie mógłby w ogóle zakładać

---

zysku na realizacji zamówienia.

Wynagrodzenia (w tym przede wszystkim wynagrodzenia kierowców)

Odwołujący stwierdził, że wzrost wynagrodzeń zatrudnianego przez ITS personelu, w tym w szczególności kierowców, będzie rosnąć przynajmniej proporcjonalnie do wzrostu średniego wynagrodzenia za pracę. Odwołujący zauważył, że na przestrzeni ostatnich dziesięciu lat stopień wzrostu wynosił w tym zakresie nie mniej niż 5,05 % rocznie. Wynagrodzenia w Polsce nadal są znacząco niższe od wynagrodzeń w „starych" krajach UE (w przypadku kierowców autobusów różnica ta jest nawet czterokrotna) i jest faktem powszechnie znanym, że występuje w Polsce znacząca presja na wzrost płac. Należy zakładać, w ocenie odwołującego, że również w kolejnych dziesięciu latach ta stabilna tendencja zostanie utrzymana, co potwierdzają dane publikowane przez Główny Urząd Statystyczny. Dalszy wzrost wynagrodzeń większości pracowników zatrudnionych na potrzeby realizacji zamówienia, tj. kierowców autobusów, wynika również, jak wskazał odwołujący, z sytuacji na rynku pracy. Odwołujący stwierdził, że jest to rynek pracownika, a nie pracodawcy, z uwagi na fakt, że kierowcy autobusów mają możliwości szybkiego uzyskania pracy na korzystniejszych warunkach niż nawet zamawiający u innych podmiotów.

Odwołujący wskazał, że w wyjaśnieniach ITS przyjął, że koszt zatrudnienia personelu, a w szczególności kierowców będzie wzrastał o wartość inflacji, tj. o 2,5% rocznie. Tymczasem, zdaniem odwołującego, z przedstawionych analiz oraz orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej dotyczącego również usług przewozu (sygn. akt KIO 32/14) wynika, że zakładanie takiego wzrostu kosztów wynagrodzeń, zwłaszcza wynagrodzeń kierowców, jest zdecydowanie niewystarczające i nie ma oparcia w danych rynkowych. Zdaniem odwołującego, konserwatywnie można przyjąć jedynie tempo wzrostu wynagrodzeń „nie-kierowców" w wysokości prognozowanej inflacji, tj. 2.5%, natomiast dla wynagrodzenia kierowców nie można przyjmować tempa wzrostu wynagrodzeń niższego niż 5,05% jak uzasadniono powyżej.

Pozostałe koszty

Odwołujący przyjął, iż pozostałe koszty ITS będą rosnąć przynajmniej proporcjonalnie do wskaźnika inflacji, wynoszącego ok. 2,5 %. Według danych Głównego Urzędu Statystycznego, w okresie ostatnich dziesięciu lat inflacja utrzymywała się na średnim poziomie około 2,62 %. Na utrzymywanie się inflacji na poziomie około 2,5 % w kolejnych latach wskazują nie tylko dane historyczne, ale również prognozy Narodowego Banku Polskiego. W Projekcji inflacji i wzrostu gospodarczego Narodowego Banku Polskiego na podstawie modelu NECMOD z dnia 7 lipca 2014 r. założono, że w okresie od końca 2016 r. inflacja osiągnie około 2,5 %. Na poziomie około 2,5 % został też wyznaczony tzw. cel

---

inflacyjny. Powyższe założenia potwierdza również Raport Makroekonomiczny „Makrokompas" Banku Pekao S.A. z października 2014 r. powołany w treści złożonych wyjaśnień przez sam ITS. Zgodnie bowiem z tym raportem (str. 9) „ inflacja nie wróci do celu NBP (2,5 %) wcześniej niż w 2016 r.", podczas gdy z samej prognozy NBP wynika, że cel inflacyjny zostanie osiągnięty właśnie w 2016 r. Co istotne, zdaniem odwołującego, rok 2016, w którym inflacja osiągnie cel NBP, jest pierwszym rokiem realizacji zamówienia, w którym zastosowana miała być waloryzacja ceny, z której ITS praktycznie zrezygnował.

Praktyka rynkowa w zakresie waloryzacji cen świadczenia usług przewozowych

Odwołujący podniósł, że waloryzacja ceny jest powszechnie stosowana w umowach o zamówienia publiczne, szczególnie w sektorze transportu oraz zwłaszcza w wypadku zamówień, które mają być realizowane przez długi okres. Kwestia zapewnienia wykonawcy (przewoźnikowi) waloryzacji należnego mu wynagrodzenia ma szczególne znaczenie w długoterminowych umowach o świadczenie autobusowych usług transportowych, takich jak umowa wynikająca z niniejszego postępowania (10-letni kontrakt). Zastosowanie waloryzacji ma przy tym na celu większe zapewnienie wykonawcy, że realizacja zamówienia jest „odporna" na zmienność otoczenia rynkowego i umożliwienie wykonawcy zachowania rynkowych, przynoszących racjonalny zysk, stawek przez cały okres wykonywania zamówienia oraz zapewnienie zamawiającemu, że dzięki możliwości dostosowania ceny do bieżących realiów gospodarczych wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie w całości i nie będzie zmuszony do zaprzestania jego realizacji z przyczyn ekonomicznych. W zamówieniach dotyczących usług transportowych waloryzacja dotyczy co najmniej ceny paliwa oraz wskaźnika inflacji, przy czym stosowane są również inne wskaźniki waloryzacyjne, jak np. wskaźnik wzrostu średniego wynagrodzenia za pracę.

Odwołujący przedstawił zasady waloryzacji ceny przyjęte w postępowaniach o udzielenie zamówienia o podobnym zakresie do zamówienia, którego dotyczy niniejsze postępowanie, prowadzonych w latach 2012-2014 w Olsztynie, Wałbrzychu, Krakowie, Lublinie oraz Bydgoszczy. Odwołujący zaznaczył, że zasadą jest poddawanie przez zamawiającego waloryzacji 100 % ceny. Ponadto, ze względu na stopień wzrostu kosztów ponoszonych przez wykonawców realizujących zamówienia tego typu z reguły przyjmuje się, że waloryzacja ceny wyłącznie w oparciu o wskaźnik inflacji nie jest wystarczająca. Z tej przyczyny powszechnie stosowana jest metoda waloryzacji ceny z wykorzystaniem więcej niż jednego wskaźnika, co potwierdzają treści specyfikacji istotnych warunków zamówień udzielanych w ostatnich latach w Olsztynie, Wałbrzychu, Krakowie, Lublinie oraz Bydgoszczy. W każdym z tych zamówień obok waloryzacji inflacyjnej zastosowano również waloryzację o wskaźnik cen paliwa. Ponadto, w postępowaniach organizowanych w Krakowie oraz Olsztynie zastosowano również waloryzację w oparciu o wskaźnik wzrostu

---

przeciętnego wynagrodzenia za pracę, odpowiednio w stosunku do 40 % oraz 50 % ceny. W każdym ze wskazanych postępowań zamawiający z góry założył, że waloryzacji będzie podlegała cała cena.

W ocenie odwołującego, okoliczność, iż w przedmiotowym postępowaniu zamawiający zobowiązał wykonawców do przyjęcia waloryzacji pozostawiając wykonawcom swobodę jej nie poprzez praktycznie określenia wysokości mogła prowadzić, nieuwzględnianie waloryzacji w kalkulacji kosztów i przychodów 10-letniej umowy, do oferowania w celu wygrania przetargu rażąco zaniżonej ceny całkowitej.

Ograniczenie przez ITS waloryzacji ceny

Odwołujący podniósł, iż ITS całkowicie zrezygnował z waloryzacji zaoferowanej ceny w oparciu o wskaźnik inflacji oraz ograniczył waloryzację kosztów paliwa do jedynie 10 % stawki jednostkowej (wyjściowej). Takie działanie doprowadzi, zdaniem odwołującego, do sytuacji, w której wzrost kosztów, takich jak wynagrodzenia, media, itp. w okresie obowiązywania umowy nie znajdzie odzwierciedlenia we wzroście stawek za wozokilometr. Ponadto, ITS poddał waloryzacji jedynie 10 % wartości zaoferowanych stawek za wozokilometr, i to wyłącznie w oparciu o wskaźnik cen oleju napędowego. Sam udział kosztów paliwa znacznie przewyższa jednak 10 % stawki, co potwierdzają pozostałe oferty, które określają ten udział na poziomie 25-30%, oraz praktyka rynkowa. Odwołujący stwierdził, że tak znacząco ograniczony zakres waloryzacji ceny przyjęty przez ITS (0,5%) jest niedostateczny i w perspektywie dziesięcioletniej realizacji zamówienia doprowadzi do sytuacji, w której ITS osiągnie stratę.

Zdaniem odwołującego, sposób obliczenia ceny przez ITS zakładający osiągnięcie zysku jedynie na początkowym etapie realizacji zamówienia może wskazywać, że ITS zamierza zaprzestać realizacji zamówienia po kilku latach od rozpoczęcia obowiązywania umowy.

4. Realizacja zamówienia przy zastosowaniu ceny niższej niż koszty

Jak zauważył odwołujący, zaniżenie przez ITS kosztów w stawce bazowej, prowadzące do pomniejszenia zysku deklarowanego przez ITS w wyjaśnieniach ITS wraz z ograniczeniem waloryzacji stawek przedstawionych przez ITS w kolejnych latach realizacji zamówienia, będzie skutkować niemożliwością pokrycia rosnących kosztów wykonywania zamówienia i doprowadzi do powstania straty, stanowiąc podstawę do uznania, że cena

całkowita z oferty ITS stanowi rażąco niską cenę.
Kalkulacja rentowności realizacii zamówienia przez ITS - analiza wrażliwości
Odwołujący wskazał, że z uwagi na brak w wyjaśnieniach ITS uzasadnienia

---

wskazywanych danych można stwierdzić, że ITS dla potrzeb złożenia wyjaśnień obliczył rentowność realizacji zamówienia w oparciu o założenie osiągnięcia zysku na poziomie 15 % ceny realizacji zamówienia w pierwszym roku oraz przyjęciu niewielkiego wzrostu kosztów. Takie podejście, zdaniem odwołującego, jest błędne metodologicznie i sprzeczne z informacjami dostępnymi na rynku (historycznymi i bieżącymi) i wymaga odpowiedniej korekty przez co najmniej przyjęcie wyjściowej wysokości kosztów pozostałych w stawce bazowej (w pierwszym roku realizacji zamówienia) w kwocie minimum 4 922 224,00 zł, oraz przyjęcie wyjściowej wysokości kosztów paliwa w kwocie minimum 8 272 000 zł (większej o około 10 % z uwagi na koszty tzw. kilometrów dojazdowych względem kwoty podanej przez ITS).

Struktura ceny za realizację zamówienia w pierwszym roku powinna przedstawiać się, według obliczeń odwołującego, następująco:
- całkowita cena netto – 313 081 481,50 zł,
- cena w roku 2015 brutto – 33 024 000,00 zł,
- cena w roku 2015 netto – 30 577 777,78 zł,
Cena netto za 2015 r. w podziale na składniki:
- zysk – 5,80 % - 1 773 598,23 zł,
- koszt paliwa – 27,05 % - 8 272 000,00 zł,
- koszty wynagrodzeń – 26,18 % - 8 005 262,22 zł,
- koszty leasingu – 24,87 % - 7 604 693,33 zł,
- koszty pozostałe – 16,10 % - 4 922 224,00 zł.

Odwołujący stwierdził, że kalkulacja rentowności realizacji zamówienia przez ITS wymaga przeprowadzenia analizy jej wrażliwości na ewentualny wzrost poszczególnych kosztów. Odwołujący opisał trzy warianty ww. analizy wskazując, że ITS osiągnie stratę na poziomie od 21 831 383,51 zł – 33 040 465,23 zł.
5. Porównanie oferty ITS do wartości przedmiotu zamówienia oraz ofert innych wykonawców

Odwołujący wskazał, że cena zaoferowana przez ITS jest znacząco niższa zarówno od wartości przedmiotu zamówienia, jak i od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców. Jak zauważył odwołujący, przyjęte przez trzech ubiegających się o zamówienie wykonawców stawki za wozokilometr obowiązujące w pierwszym roku realizacji zamówienia nie są znacząco rozbieżne. Powinno to oznaczać, w ocenie odwołującego, że każdy z oferentów skalkulował stawkę jednostkową w podobny sposób, zakładając, że główne koszty (paliwo, koszty zatrudnienia kierowców oraz koszty leasingu/kredytu taboru autobusowego służącego realizacji zamówienia) stanowią po ok.

20-30 % stawki, zysk netto przewoźnika będzie się kształtował na poziomie do 10 %, a pozostała kwota zostanie przeznaczona na pokrycie szeregu innych kosztów (np. kosztów utrzymania zajezdni). Zdaniem odwołującego, każdy z wykonawców, w tym również ITS, założył, że zysk z realizacji zamówienia będzie wynosił nie więcej niż 10 % - twierdzenie zawarte w treści wyjaśnień ITS, jakoby zysk tego wykonawcy miał osiągnąć wysokość 15 % zaoferowanej ceny, w ocenie odwołującego zostało podniesione jedynie na potrzeby odparcia zarzutu zaoferowania ceny rażąco niskiej, natomiast sam ITS w pełni zdaje sobie sprawę, że osiągnięcie tak wysokiego zysku jest nierealne. Co więcej, sam ITS nie podnosił nigdy wcześniej, że jego zysk będzie na poziomie aż 15 %, co dodatkowo potwierdza tezę o tym, że ITS wykazał taki zysk na potrzeby uwiarygodnienia składanych wyjaśnień w sytuacji, gdy jego własne wyliczenia wskazywały stratę na realizacji zamówienia. Jak jednak wynika z SIWZ same stawki jednostkowe nie stanowią podstawy do ustalenia ceny oferty - wymagała ona dodatkowo, z uwagi na dziesięcioletni okres wykonywania zamówienia, zastosowania waloryzacji.
Porównanie oferty ITS do wartości przedmiotu zamówienia

Jak zaznaczył odwołujący, porównanie ceny zaoferowanej przez ITS do szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia określonej przez zamawiającego potwierdza zarzut, że cena zaoferowana przez ITS jest rażąco niska. Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia (415 260 000,00 zł netto) przekracza zaoferowaną przez ITS cenę (313 081

481,48 zł netto) o przeszło 100 000 000,00 zł (32 %). Odwołujący podkreślił, że wartość przedmiotu zamówienia została oszacowana przez zamawiającego o szczególnym charakterze, a przedmiot zamówienia obejmuje podwykonawstwo na rzecz zamawiającego (będącego komunalną spółką transportową) części usług świadczonych przez zamawiającego na rzecz Gminy Wrocław na podstawie wieloletniej umowy zawartej przez te podmioty. Odwołujący stwierdził, że zamawiający sam świadcząc usługi transportowe w zakresie autobusowej komunikacji miejskiej we Wrocławiu ma doskonałą wiedzę na temat kosztów świadczenia takich usług, w związku z czym oszacowaną przez niego wartość przedmiotu zamówienia należy traktować jako kalkulację przygotowaną przez podmiot profesjonalnie zajmujący się transportem, który w swoich obliczeniach uwzględnił również konieczność waloryzacji stawek według przyjętych przez niego wskaźników waloryzujących. Odwołujący zauważył, że wartość przedmiotu zamówienia (tj. 415 260 000,00 zł netto) została ustalona (oszacowana) przez zamawiającego w dniu 23 czerwca 2014 r., tj. w niedługim czasie przed złożeniem ofert przez wykonawców (3 września 2014 r.).

Porównanie oferty ITS do ofert innych wykonawców

Odwołujący stwierdził, że cena całkowita zawarta w ofercie złożonej przez ITS

---

znacząco odbiega nie tylko od wartości przedmiotu zamówienia, ale również od cen zawartych w treści pozostałych ofert złożonych w postępowaniu (o przeszło 70 000 000,00 zł). Jak zauważył odwołujący, mimo że zaoferowane przez ITS stawki jednostkowe za wozokilometr nie są rażąco niższe od stawek zaoferowanych przez pozostałych wykonawców, to ITS jako jedyny wykonawca biorący udział w postępowaniu praktycznie zrezygnował z waloryzacji ceny, podczas gdy stawki zaoferowane przez pozostałych wykonawców zostały poddane waloryzacji zgodnie z zasadami przewidzianymi w SIWZ, wymogami racjonalnej gospodarki oraz zgodnie z obowiązującą praktyką rynkową dla wieloletnich umów o świadczenie autobusowych usług przewozowych zawieranych w trybie ustawy Pzp, których immanentnym elementem jest waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy (przewoźnika) tak, by zabezpieczała go przed nieuchronnością rosnących kosztów wykonywania zamówienia w trakcie trwania umowy.

Przyjmując wartości tych wskaźników określone przez zamawiającego na potrzeby przygotowania oferty (odpowiednio 5 % i 2,5 %), cena zaoferowana przez odwołującego podlegałaby waloryzacji o 3,13 % rocznie. Wykonawca Arriva Sp. z o.o. założył coroczny wzrost stawki o 3,25 %. Z kolei ITS przyjął średni coroczny wzrost stawki o 0,5 %, czyli ponad sześciokrotnie mniej niż pozostali oferenci.

Zdaniem odwołującego, gdyby dokonać dyskonta stawek zaoferowanych przez ITS w oparciu o stopień wzrostu kosztów realizacji zamówienia przez okres 10 lat, rzeczywiste stawki w poszczególnych latach nie pozwoliłyby na pokrycie związanych ze świadczeniem usługi wydatków. Stawki wyjściowe ITS są o średnio 7 % niższe od stawek odwołującego, jednak całkowita cena jest dodatkowo niższa o dalsze 13 % z uwagi właśnie na około sześciokrotnie niższą waloryzację. Ta różnica doprowadzi, w ocenie odwołującego, do nierentowności ceny zaoferowanej ITS z uwagi na rosnące koszty realizacji zamówienia, które nie znajdą pełnego pokrycia ani w waloryzacji stawek, ani w rzeczywiście zawartej w ich marży. Jak zauważył odwołujący, rozbieżność pomiędzy ceną zaoferowaną przez ITS, a ceną zaoferowaną przez samego odwołującego sięga zatem około 20 %. Sam odwołujący oraz drugi z oferentów, tj. Arriva Sp. z o.o. zaoferowali natomiast ceny netto odbiegające od wartości przedmiotu zamówienia o mniej niż 10 %, podczas gdy różnica pomiędzy ich ofertami wynosi około 3 %. Porównanie ofert prowadzi, w opinii odwołującego, do wniosku, że zarówno odwołujący, jak i Arriva Sp. z o.o. oraz sam zamawiający szacowali wartość zamówienia na zbliżonym poziomie, podczas gdy oferta ITS zawiera cenę ukształtowaną na poziomie niższym.

Odwołujący zauważył ponadto, że w wypadku ceny całkowitej zaoferowanej przez odwołującego aż 15 % tej ceny stanowi część odpowiadającą corocznemu wzrostowi stawek

---

w wyniku waloryzacji. W wypadku oferty Arriva Sp. z o.o. jest to 16 % ceny, natomiast w wypadku oferty ITS, jedynie 2,39 %. Niewielka rozbieżność pomiędzy cenami zaoferowanymi przez odwołującego oraz Arriva Sp. z o.o. a wartością przedmiotu zamówienia, świadczy, zdaniem odwołującego, o tym, że podobny zakres waloryzacji przewidywał sam zamawiający.

Jak wskazał odwołujący, według treści złożonych przez ITS wyjaśnień, oferta tego wykonawcy odbiega od innych ofert również w zakresie założeń co do rentowności realizacji zamówienia, tj. co do wysokości zysku. Zgodnie ze złożonymi wyjaśnieniami, ITS zakłada, że w pierwszym roku realizacji zamówienia (w którym, jak sam wskazuje, koszty jego realizacji mają być najwyższe) osiągnie zysk w wysokości 15%. Zdaniem odwołującego, osiągnięcie tak wysokiego zysku w wypadku świadczenia usług przewozowych w komunikacji miejskiej jest niemożliwe, a wartość ta została podana przez ITS jedynie na potrzeby uzasadnienia braku waloryzacji. Kalkulując zaoferowaną cenę sam odwołujący zakładał zysk w wysokości około 10 %, w związku ze zbliżoną ceną oferty można przypuszczać, że również wykonawca Arriva Sp. z o.o. przyjął podobne założenie. Prawdopodobnie także sam zamawiający kalkulując wartość przedmiotu zamówienia zakładał wysokość zysku na podobnym poziomie. Twierdzenia ITS odnośnie możliwości osiągnięcia 15 % zysku należy zatem, w opinii odwołującego, uznać za pozbawione racjonalności i podniesione jedynie na potrzeby złożenia wyjaśnień, bowiem zysk w tej wysokości jest niemożliwy do osiągnięcia.

Odwołujący stwierdził, że analiza ofert złożonych w postępowaniu oraz wartości przedmiotu zamówienia prowadzi do wniosku, że oferta ITS zakłada w rzeczywistości osiągnięcie znacznie wyższego zysku, niż kalkulowali to pozostali oferenci oraz będący profesjonalistą w branży przewozowej zamawiający, przy jednoczesnym poniesieniu zbliżonych kosztów (bowiem w wypadku każdego z wykonawców koszty realizacji zamówienia będą podobne, głownie dlatego, że nie ma możliwości obniżenia kosztów paliwa, wynagrodzeń oraz leasingu, a nadto żaden z nich nie prowadzi działalności we Wrocławiu i w każdym wypadku konieczne będzie rozpoczęcie tej działalności „od zera") oraz rezygnacji z waloryzacji ceny. Odwołujący uznał, że takie założenie byłoby możliwe do realizacji jedynie w sytuacji, w której ITS zaoferowałby znacznie wyższe stawki wyjściowe niż pozostali oferenci, tak, by mogły one „pomieścić" zarówno wyższy zysk oraz rosnące koszty. ITS zaoferował jednak stawki niższe, co w braku waloryzacji ceny wyklucza możliwość realizacji zamówienia z zyskiem.

B. Wadliwość wyjaśnień złożonych przez ITS

Zdaniem odwołującego, podstawą do odrzucenia oferty ITS jest również wadliwość

---

złożonych wyjaśnień, które nie spełniają wymogów przewidzianych w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W dniu 20 października 2014 r. zamawiający w wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej skierował do ITS wezwanie domagając się wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w tym dodatkowo poprzez przedstawienie sposobu ich waloryzacji, w szczególności w odniesieniu do kosztów paliwa, kosztów zatrudnienia kierowców, kosztów pozyskania taboru autobusowego służącego realizacji zamówienia, kosztów pozyskania i utrzymania zajezdni autobusowej, zysku netto ITS. Zdaniem odwołującego, pisma wystosowanego przez ITS w odpowiedzi na wezwanie odwołującego nie można w żaden sposób uznać za wyjaśnienia przewidziane w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził, że zgodnie z wezwaniem zamawiającego, ITS miał złożyć wyjaśnienia dotyczące (i) elementów mających wpływ na cenę oraz (ii) ich waloryzacji. W ocenie odwołującego, ITS nie wykonał tego zobowiązania.

Brak wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na cenę

Odwołujący zauważył, że w wyjaśnieniach ITS ograniczył się do wskazania procentowego i kwotowego podziału ceny realizacji zamówienia w pierwszym roku na jej poszczególne składniki. W wyjaśnieniach ITS brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia w zakresie przyjętej przez ITS wysokości wskazanych składników ceny i czynników determinujących taką a nie inną ich wysokość. W szczególności, zdaniem odwołującego, z wyjaśnień ITS w żaden sposób nie wynika, w jaki sposób wykonawca ten ustalił, że np. tzw. „koszty pozostałe" będą wynosić jedynie 8,58 % (2 623 573,33 zł), a koszty wynagrodzeń 26,18 % (8 005 262,22 zł). ITS nie wyjaśnił też jak zostały skalkulowane te elementy, np. jakie wynagrodzenie i czas pracy kierowców autobusów przyjął w swojej kalkulacji, ile osób personelu administracyjnego i technicznego i z jakim wynagrodzeniem zostanie zatrudnionych do realizacji zamówienia, jakie konkretnie koszty (składniki) i w jakiej konkretnie wysokości składają się na koszty pozostałe, etc.

Ponadto, jak wskazał odwołujący, zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, oceniając wyjaśnienia złożone przez wykonawcę zamawiający bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla

wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. W wyjaśnieniach ITS nie wykazał, zdaniem odwołującego, że któryś z wymienionych w powołanym przepisie korzystnych czynników sprawi, że zaoferowana przez ITS cena nie będzie ceną rażąco niską i pozwoli na osiągnięcie przez ITS zysku z realizacji całej umowy.

Odwołujący zwrócił uwagę, że samo wskazanie przez ITS w sposób ogólnikowy

---

poszczególnych elementów ceny oraz przedstawienie jej procentowego i kwotowego podziału jest niewystarczające dla uznania, że ITS złożył wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący podkreślił, że precyzyjne przedstawienie jak zostały skalkulowane przez ITS poszczególne elementy ceny jest niezbędne, bowiem bez tych informacji, zamawiający nie jest w stanie ocenić czy oferta ITS nie zawiera rażąco niskiej ceny. Powyższe ma tym większe znaczenie, że zastosowanie przez zamawiającego procedury przewidzianej art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stworzyło domniemanie, że oferta ITS zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co z kolei obligowało ITS do złożenia zamawiającemu - w celu obalenia powyższego domniemania pod rygorem odrzucenia oferty ITS - szczegółowych i wyczerpujących wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, co nie nastąpiło w niniejszej sprawie.

Odwołujący zaznaczył, że art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nakazuje odrzucenie oferty wykonawcy, który pomimo wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie złożył wyjaśnień. Przepis ten ma przy tym zastosowanie także w sytuacji, w której wykonawca co prawda odpowiedział na wezwanie zamawiającego, jednakże złożona odpowiedź nie zawiera w swojej treści wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, które można by uznać za wystarczające, konkretne i przekonujące.

W związku z powyższym, jak skonstatował odwołujący, już chociażby z powodu braku wyjaśnień dotyczących składników ceny wyjaśnień ITS nie można uznać za wyjaśnienia przewidziane w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a zatem oferta ITS powinna była zostać odrzucona przez zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Brak wyjaśnień i sposobu waloryzacji elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny

Odwołujący zwrócił uwagę, iż zgodnie z wezwaniem zamawiającego ITS miał również złożyć szczegółowe wyjaśnienia i przedstawić sposób waloryzacji elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a w szczególności kosztów paliwa, kosztów zatrudnienia kierowców, kosztów pozyskania taboru autobusowego służącego realizacji zamówienia, kosztów pozyskania i utrzymywania zajezdni autobusowej oraz zysku netto ITS. W ocenie odwołującego, ITS nie wyjaśnił, dlaczego szacuje wzrost cen paliwa w oparciu o tendencje począwszy od 31 grudnia 2011 r. (a nie dla ostatnich dziesięciu lat), dla kontraktu, który jest zawierany na 10 lat. Nie wyjaśnił też, skąd wynika przekonanie o wzmocnieniu się złotówki w okresie trwania umowy. ITS nie wskazał również, dlaczego w swoich wyjaśnieniach odnosi się tylko do przeciętnego wynagrodzenia, nie uwzględniając danych dotyczących kierowców autobusów. W rezultacie, zdaniem odwołującego, ITS powinien bazować w swoich kalkulacjach nie tylko na danych dotyczących przeciętnych wynagrodzeń,

---

ale powinien również uwzględnić sytuację dotyczącą konkretnej grupy zawodowej na danym rynku. Odwołujący wskazał, że jest faktem powszechnie znanym, że w regionie dolnośląskim brakuje kierowców autobusów, a sam zamawiający musiał ograniczać kursy z uwagi na brak kierowców.

Odwołujący zauważył, że ITS nie wskazuje, w jaki sposób skalkulował w swojej ofercie wzrost wynagrodzeń pracowników innych niż kierowcy, nie wyjaśnia również, dlaczego bazuje w swoich kalkulacjach na danych dotyczących przeciętnego wynagrodzenia tylko za lata 2011-2014 dla kontraktu, który jest zawierany na 10 lat. Z kolei ITS wskazuje, że uwzględnił w swojej kalkulacji ceny „coroczny wzrost wynagrodzeń zgodny z poziomem inflacji, jaki jest prognozowany w najbliższych latach.” tj. średnio ok. 2,5 % rocznie. Z oferty ITS wynika jednak, zdaniem odwołującego, że wykonawca ten zaoferował waloryzację stawki bazowej jedynie o 10 % i wyłącznie o koszty paliwa. Obecne wyjaśnienia ITS są zatem, w ocenie odwołującego, całkowicie sprzeczne z treścią złożonej przez niego oferty. Ponadto, jak stwierdził odwołujący, ITS nie wyjaśnił, dlaczego jeżeli chodzi o dane historyczne dotyczące inflacji opiera się o tendencje począwszy od 31 grudnia 2011 r. (a nie dla ostatnich dziesięciu lat dla kontraktu, który jest zawierany na 10 lat.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w zakresie kosztów pozostałych wykonawca ITS wskazał, że założył wzrost o około 2 % rocznie, nie wyjaśnił jednak dlaczego przyjął taki poziom waloryzacji i dlaczego nie uwzględnił go w swojej ofercie.

W wypadku kosztów leasingu taboru autobusowego ITS przedstawił natomiast swoją projekcję wzrostu wskaźnika WIBOR, mającego wpływ na oprocentowanie leasingu, zakładając, że wskaźnik ten do roku 2018 wzrośnie do poziomu 3,2 %, a potem aż do roku 2024 będzie utrzymywał się na tym poziomie. Odwołujący podkreślił, że taka wieloletnia stabilizacja stopy WIBOR nie występowała wcześniej w historii.

Z powyższego wynika, zdaniem odwołującego, że również w odniesieniu do przedstawienia szczegółowych wyjaśnień i sposobu waloryzacji elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wyjaśnień ITS nie można uznać za wyjaśnienia przewidziane w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a zatem oferta ITS powinna była zostać odrzucona przez zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

C. Błędna ocena wyjaśnień ITS

Odwołujący uznał, że zamawiający błędnie ocenił treść wyjaśnień ITS i w konsekwencji doszedł do błędnego wniosku, że zaoferowana przez ITS cena nie jest ceną rażąco niską. Przedstawione w treści wyjaśnień ITS twierdzenia i informacje wskazują natomiast zarówno na przyjęcie nieracjonalnej kalkulacji ceny wyjściowej (w pierwszym roku realizacji zamówienia) oraz przyjęcie nieracjonalnych założeń co do stopnia wzrostu kosztów

---

realizacji zamówienia. W treści złożonych wyjaśnień ITS określił swoje przewidywania co do stopnia wzrostu kosztów realizacji zamówienia. W tym zakresie ITS wskazał, że według jego przewidywań koszty paliwa będą wzrastały o około 2,5 % rocznie, koszty wynagrodzeń będą wzrastały o około 2,5 % rocznie, koszty pozostałe będą wzrastały o około 2 % rocznie, w odniesieniu do kosztów leasingu wskaźnik WIBOR wzrośnie w 2018 r. do poziomu 3,20 % i na tym poziomie będzie utrzymywał się do 2024 r. Odwołujący zauważył, że wskazane założenia ITS poparł głównie ogólnymi wyrywkowymi danymi krótkookresowymi za ostatnie trzy lata oraz przedstawieniem poglądu, zgodnie z którym dojdzie do zatrzymania wzrostu wynagrodzeń oraz do deflacji. Ponadto, dane te i informacje są danymi, które w większości były dostępne (zostały opublikowane) dopiero po dacie złożenia oferty tak więc ITS nie mógł się na nich oprzeć składając ofertę.

Rzeczywisty poziom stopnia wzrostu kosztów realizacji zamówienia

- Rzeczywisty poziom stopnia wzrostu cen paliwa

Odwołujący zauważył, że dane powołane przez ITS, tj. rzekomo najbardziej reprezentatywne dane dotyczące ceny paliw w III kwartale danego roku, wskazują na wzrost tych cen o około 5 % rocznie. Podobnie, dane na dzień 1 stycznia danego roku, jak i dane średnioroczne, potwierdzają ten stopień wzrostu. Pomimo przejściowych spadków cen paliw (które miały już miejsce w przeszłości np. w 2007 r. lub w 2009 r.), założenie, że ceny paliw nie będą rosnąć, jest nieracjonalne. Okres przejściowego spadku równoważony jest bowiem późniejszym okresem intensywniejszego wzrostu (jak np. w latach 2011-2012). W ocenie odwołującego, jedynym możliwym wyznacznikiem stopnia wzrostu cen paliw (jak również innych elementów kosztowych wchodzących w skład ceny ofertowej) na kolejne 10 lat mogą być dane za ostatni okres o analogicznej długości. Dane z okresu ostatnich 10 lat potwierdzają natomiast jednoznacznie, że należy spodziewać się wzrostu cen paliw na poziome średnio 5 % rocznie, a zakładanie niższego stopnia wzrostu jest nieracjonalne i nierynkowe.

- Rzeczywisty poziom stopnia wzrostu kosztów wynagrodzeń

W opinii odwołującego, twierdzenia ITS odnośnie rzekomego zatrzymania wzrostu wynagrodzeń również nie znajdują jakiegokolwiek poparcia w rzeczywistych danych o wysokości średnich płac, zarówno w okresie ostatnich lat, jak i w pełnym okresie dziesięcioletnim, który również w tym wypadku jest jedynym możliwym odniesieniem przy ustalaniu prognozy wzrostu wynagrodzeń do 2024 r. Faktem jest, jak wskazał odwołujący, że wynagrodzenia rosły o przeszło 5 % rocznie i należy spodziewać się, że będą dalej rosły w tym tempie, zwłaszcza w odniesieniu do grupy zawodowej kierowców, co do której popyt na pracę w obrębie Dolnego Śląska jest większy niż podaż, a średnie zarobki znacznie

---

odbiegają o poziomu obowiązującego w krajach Europy Zachodniej, co ma tym bardziej istotne znacznie w wypadku usług świadczonych we Wrocławiu, gdzie tzw. emigracja zarobkowa np. do Niemiec, jest zjawiskiem powszechnym.

Bez znaczenia pozostają, zdaniem odwołującego, twierdzenia ITS o prowadzeniu ośrodka szkolenia kierowców oraz o tym, że to kierowcy będą płacić ITS za możliwość szkolenia, co pomniejszy wysokość ich wynagrodzeń. Gdyby faktycznie ITS zastosował rozwiązania tego rodzaju, wówczas nie byłby w stanie rozpocząć realizacji zamówienia, bowiem nie dysponowałby personelem, który musiałby dopiero wyszkolić. Ponadto, wymagając od potencjalnych pracowników ponoszenia kosztów szkolenia, prawdopodobnie w ogóle nie udałoby mu się zatrudnić kierowców w ilości wymaganej do realizacji zamówienia. Co więcej, koszt szkoleń kierowców to około 10 000,00 zł. Nie jest to kwota, która mogłaby w istotny sposób zaważyć na zamówieniu.

W opinii odwołującego, twierdzenia ITS w powyższym zakresie zostały powołane jedynie w celu sprawienia wrażenia minimalizacji kosztów zatrudnienia, podczas gdy minimalizacja ta w rzeczywistości nie jest możliwa. Twierdzenia te są ponadto wewnętrznie sprzeczne, bowiem ITS jednocześnie przewiduje zatrudnienie niewyszkolonych kierowców oraz zapewnienie im szkoleń (co jest niewykonalne chociażby dlatego, że rozpoczynając realizację zamówienia konieczne jest dysponowanie 160 kierowcami z uprawnieniami, tj. już wyszkolonymi), a równolegle twierdzi, że będzie zatrudniał doświadczonych kierowców, którym będzie regularnie podnosił wysokość zarobków.

Odwołujacy uznał, że twierdzenia ITS odnośnie spowolnienia wzrostu płac są pozbawione podstaw. Ponadto, nawet w wypadku podjęcia przez ITS próby „zamrożenia" wynagrodzeń na stałym poziomie, ITS nie byłby w stanie utrzymać wymaganego poziomu zatrudnienia i w konsekwencji nie byłby w stanie wykonywać zamówienia.

Zdaniem odwołującego, nie może być żadnej wątpliwości co do tego, że należy zakładać wzrost kosztów wynagrodzeń na poziomie 5 %, zwłaszcza w wypadku grupy zawodowej kierowców.

• Rzeczywisty poziom stopnia wzrostu tzw. kosztów pozostałych

Odwołujący wskazał, że zarówno ITS jak i odwołujący zakładają, że tzw. koszty pozostałe będą wzrastały o podobną wartość około 2 % (ITS) - 2,5 % (odwołujący) rocznie. ITS założył jednocześnie, że koszty pozostałe nie będą zależały od wzrostu poziomu inflacji, ale od zmian stawek WIBOR, przy czym w latach 2018 - 2024 przyjął stawkę WIBOR na tym samym poziomie (3,20%). Odwołujący podkreślił, że brak wzrostu stawki WIBOR przez 7 kolejnych lat nie wystąpił nigdy w historii i trudno uznać to założenie za racjonalne i rzetelne.

• Rzeczywisty poziom stopnia wzrostu kosztów leasingu

Odwołujący wyraził opinię, że ITS przedstawił w swoich wyjaśnieniach nieracjonalne założenie, że wskaźnik WIBOR będzie w okresie 2018-2024 utrzymywał się na stałym poziomie. Nawet zakładając, że jego wzrost będzie niewielki, należy jednak przyjąć, że koszt leasingu będzie rósł, nie można natomiast twierdzić, że przez okres 7 lat będzie kosztem stałym (na potrzeby kalkulacji rentowności realizacji zamówienia według stawek ITS odwołujący przyjął - jedynie na potrzeby wyliczenia - stałą wartość kosztu leasingu).

Wadliwość oceny wyjaśnień ITS przez zamawiającego

Jak stwierdził odwołujący, zamawiający dokonał błędnej oceny złożonych przez ITS wyjaśnień lub - co zdaniem odwołującego jest prawdopodobne - w rzeczywistości zaniechał tej oceny. Odwołujący zauważył, że w doktrynie wskazuje się, że oceniając wyjaśnienia wykonawcy, bierze się pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający może brać pod uwagę również inne obiektywne czynniki, jeżeli zawarte są one w wyjaśnieniach dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający odrzuca zarówno ofertę wykonawcy, jeżeli nie złożył on wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zaznaczył, że w treści wyjaśnień ITS nie zostały wiarygodnie wykazane jakiekolwiek obiektywne czynniki, które pozwalałby na obniżenie kosztów realizacji zamówienia lub na ograniczenie stopnia ich wzrostu wraz z upływem czasu.

W szczególności, ITS, mimo swojej formy prawnej, jest dużym przedsiębiorcą i również posiada strukturę korporacyjną oraz zakładową. Zdaniem odwołującego, ogólnikowe twierdzenia ITS, że z samego faktu, iż nie działa on w formie spółki, jak pozostali oferenci, może on obniżyć koszty ogólnozakładowe są nie tylko nieuzasadnione, ale i całkowicie

bezpodstawne. Przeciwnie, wskazany w wyjaśnieniach zysk, określony na niemożliwym do osiągnięcia poziomie, a także wyraźnie zaniżone koszty, powinny były stanowić podstawę do uznania przez zamawiającego, że zaoferowana przez ITS cena jest faktycznie ceną rażąco niską.

W opinii odwołującego, zamawiający nie dostrzegł również, że w treści wyjaśnień ITS powołał się na dane oraz dokumenty, które nie istniały w czasie złożenia przez niego kwestionowanej oferty, a w szczególności na dane dotyczące cen paliwa w III kwartale 2014 r., czy na Raport Makroekonomiczny Banku Pekao S.A. nr 10/2014 z października 2014 r.

Niedopuszczalne jest, jak podkreślił odwołujący, uzasadnianie wysokości ceny danymi lub prognozami pochodzącymi z okresu po upływie terminu do składania oferty oraz dokumentami powstałymi po tym terminie.

Ponadto, bez znaczenia jest, w ocenie odwołującego, fakt powoływania się przez ITS na decyzję instytucji finansującej pozyskanie taboru autobusowego (leasing), która rzekomo zweryfikowała ofertę ITS. Okoliczność, że dana instytucja zdecydowała się udzielić ITS finansowania (lub nawet, że w tym zakresie zapoznał się z ofertą ITS) oznacza bowiem jedynie, że bank ten uznał, że ITS będzie w stanie pokryć czynsz leasingowy, a nie, że osiągnie na realizacji zamówienia jakikolwiek zysk. Ponadto, ocena zdolności ITS w zakresie zaspokajania zobowiązań wynikających z umowy leasingowej odnosi się do rentowności całego przedsiębiorstwa ITS, a nie do rentowności realizacji konkretnego zamówienia publicznego. Odwołujący ocenił, że ITS nie udowodnił, że podmiot finansujący brał pod uwagę kwestię waloryzacji tych stawek, tym bardziej, że trudno jest spodziewać się, by podmiot ten dokonywał rzetelnej analizy stawek ITS w zakresie wysokości możliwej do wypracowania marży, bowiem nie posiada fachowej wiedzy na temat kosztów świadczenia usług przewozowych. Dokument wystawiony przez podmiot finansujący (wystawiony *nota bene* już po terminie składania ofert i już po wyroku KIO z dnia 9 października 2014 r. (sygn. akt KIO 1971/14), w którym KIO nakazało zamawiającemu wezwanie ITS do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp) nie może zatem stanowić jakiegokolwiek dowodu na okoliczność tego, że cena zaoferowana przez ITS nie jest ceną rażąco niską.

W ocenie odwołującego, niewiarygodne i bezpodstawne jest twierdzenie ITS, że analitycy instytucji finansowej potwierdzili prawidłowość wyliczeń ITS w zakresie stawek i rentowności kontraktu.

Odwołujący zaznaczył, że zamawiający nie powinien całkowicie bezrefleksyjnie akceptować jakichkolwiek wyjaśnień, bez względu na ich treść. Zdaniem odwołującego, taka sytuacja miała natomiast miejsce w niniejszej sprawie, bowiem zamawiający sam fakt złożenia jakichkolwiek wyjaśnień uznał za wystarczający do dokonania ponownego wyboru oferty ITS jako najkorzystniejszej, nie poddając tych wyjaśnień rzetelnej analizie, która powinna była prowadzić do odrzucenia oferty ITS.

D. Naruszenie zasady jawności postępowania

Odwołujący podniósł, że w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu doszło do naruszenia zasady jawności, co w konsekwencji doprowadziło również do naruszenia zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji oraz równości wykonawców, bowiem skutkuje po stronie odwołującego znaczącym utrudnieniem

---

w zakresie możliwości korzystania z przysługujących mu środków ochrony prawnej.

Jak wskazał odwołujący, zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający nie ujawnia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie natomiast z art. 11 ust. 4 ww. ustawy, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Ograniczenie jawności może zatem dotyczyć jedynie tych informacji.

Odwołujący podkreślił, że w przypadku wyjaśnień ITS odwołującemu odmówiono udostępnienia informacji mających bezpośrednie przełożenie na obliczenie ceny oferty ITS, w tym informacji stanowiących kalkulacje matematyczne (kalkulacja zysku, kalkulacja wzrostu kosztów wynagrodzeń). Cena oferty jest natomiast informacją jawną. Utajnione zostały ponadto całe strony wyjaśnień ITS, a nie jedynie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (jeżeli takie informacje na stronach tych w ogóle się znajdują).

Odwołujący zwrócił uwagę, że w orzecznictwie wskazuje się, że tajemnicę przedsiębiorstwa mogą stanowić informacje o kontrahentach, wypracowane kontakty, nazwy partnerów handlowych, dane dotyczące kwot wynikających z zawartych porozumień, ceny zaoferowane na poszczególne materiały. Zachowanie tego rodzaju informacji w tajemnicy nie może jednak prowadzić do utajnienia całych stron złożonych wyjaśnień ITS, co uniemożliwia odwołującemu ich ocenę (tym bardziej, że wezwanie do udzielenia wyjaśnień zostało skierowane do ITS na skutek wyroku KIO, wydanego w związku z odwołaniem wniesionym wcześniej przez odwołującego).

Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2011 r., w którym wskazano, że zastrzeżenie w ofercie pewnych informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa nie może zmierzać jedynie do uniemożliwienia weryfikacji poprawności takiej oferty przez konkurencyjnych wykonawców (sygn. akt KIO 2793/10). Taka sytuacja miała natomiast miejsce w niniejszej sprawie, bowiem utajnienie znacznej części wyjaśnień miało na celu uniemożliwienie ich weryfikacji przez innych oferentów biorących udział w postępowaniu, w szczególności przez odwołującego. W ocenie odwołującego, nie ma wątpliwości co do tego, że składając wyjaśnienia ITS miał pełną świadomość faktu, że odwołujący - który już raz zarzucił ITS zaoferowanie ceny rażąco niskiej - będzie chciał wyjaśnienia te zweryfikować. Doprowadzając do utajnienia znacznej części złożonych wyjaśnień ITS zmierzał natomiast do uniemożliwienia odwołującemu tej weryfikacji.

Zdaniem Odwołującego, w wypadku wyjaśnień ITS nie było podstaw do utajnienia całych stron, bowiem utajnione mogłyby być jedynie informacje rzeczywiście stanowiące

---

tajemnicę przedsiębiorstwa ITS, jak np. nazwy kontrahentów. W treści samego pisma ITS (a przynajmniej w jego udostępnionej części) nie znalazło się również wykazanie, że informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa faktycznie tajemnicę tę stanowią. Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp bez wykazania tej okoliczności zastrzeżenie tajemnicy nie może być uznane za skuteczne. Zamawiający jednak - pomimo niewykazania przez ITS, że zastrzeżenie istotnej części złożonych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest dopuszczalne - utajnił wybrane strony wyjaśnień ITS, w konsekwencji uniemożliwiając odwołującemu weryfikację twierdzeń ITS zawartych w tej części pisma.

Jak zauważył odwołujący, działając w ten sposób zamawiający doprowadził do sytuacji, w której odwołujący jest zmuszony do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania, nie będąc w stanie podnieść zarzutów wobec utajnionej części wyjaśnień ITS. W ocenie odwołującego prowadzi to do ograniczenia jego prawa do skorzystania ze środka ochrony prawnej, tym bardziej, że postępowanie wywołane niniejszym odwołaniem poddane jest przepisom obowiązującym do dnia 18 października 2014 r., tj. przed wprowadzeniem art. 190 ust. 1a ustawy Pzp, ustanawiającego w sposób wyraźny zasadę nałożenia ciężaru dowodu co do wykazania, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską na wykonawcę, który cenę tę zaoferował, lub na zamawiającego, jeżeli wykonawca ten nie bierze udziału w postępowaniu.

Zdaniem odwołującego, utajniając części wyjaśnień ITS, zarówno ITS, jak i sam zamawiający, mieli na celu ograniczenie prawa odwołującego do skorzystania z przewidzianego ustawą środka ochrony prawnej oraz zmniejszenie prawdopodobieństwa jego skuteczności. Działanie tego rodzaju należy uznać, w ocenie odwołującego, za naruszenie przez zamawiającego zasady prowadzenia postępowania z zachowanie uczciwej konkurencji oraz równości wykonawców, bowiem prowadzi ono wprost do uprzywilejowania pozycji ITS względem odwołującego.

Naruszenie jawności postępowania wpływające na ograniczenie prawa do skorzystania ze środków ochrony prawnej ma przy tym wpływ na wynik postępowania, bowiem zmierza do ograniczenia skuteczności wniesionego odwołania, którego rezultatem może być np. właśnie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

E. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji

W świetle wszystkich zarzutów powołanych powyżej, zdaniem odwołującego nie ulega wątpliwości, że doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, nakazującego prowadzenie postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równości wykonawców. W ocenie odwołującego wezwanie ITS przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny miało na celu jedynie

---

formalne spełnienie obowiązku nałożonego na zamawiającego wyrokiem KIO z dnia

9 października 2014 r. Odwołujący wskazał, że zamawiający nie poddał złożonych wyjaśnień ITS analizie, całkowicie pominął fakt, że wyjaśnienia te w rzeczywistości nie zawierają podstawowego elementu - uzasadnienia w zakresie wpływu poszczególnych elementów ceny na jej wysokość i ponownie dokonał wyboru oferty ITS jako najkorzystniejszej, pomimo tego, że wszystkie okoliczności sprawy wskazują, że oferta ta zawiera cenę rażąco niską. Na brak szczegółowego rozważenia przez zamawiającego wyjaśnień ITS wskazuje również, w opinii odwołującego, tempo prac zamawiającego, który rozstrzygnął przetarg w praktyce już po 5 dniach roboczych po złożeniu wyjaśnień przez ITS. Dodatkowo, jak stwierdził odwołujący, zamawiający utajnił znaczną część wyjaśnień ITS i nie udostępnił jej odwołującemu, w ten sposób zmierzając do utrudnienia mu skorzystania z przewidzianych w ustawie środków ochrony prawnej. Zamawiający kierował się w tym zakresie zamiarem udzielenia zamówienia po niespotykanie niskiej cenie, biorąc na siebie graniczące z pewnością ryzyko, że ITS nie będzie w stanie wykonać całości zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że działając w opisany powyżej sposób zamawiający naruszył zasadę wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp bezpośrednio wpływając tym naruszeniem na wynik postępowania, co stanowi dodatkowo uzasadnienie dla uwzględnienia niniejszego odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
- unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty ITS jako oferty najkorzystniejszej;
- dokonania ponownej oceny złożonych ofert;
- odrzucenia oferty wykonawcy ITS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jako niezgodnej z ustawą, lub na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jako oferty zawierającej rażąco nisko cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, względnie na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp jako oferty pochodzącej od wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo wezwania zamawiającego;
- wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;
- udostępnienia odwołującemu (odtajnienia) treści wyjaśnień ITS, do których nie miał on obecnie dostępu z uwagi na zastrzeżenie tych informacji przez ITS jako tajemnica przedsiębiorstwa ITS (s. 7, 12, 13, 16-19 oraz załącznika do wyjaśnień ITS).

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Odwołujący i przystępujący złożyli pisma procesowe.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Wartość przedmiotu zamówienia została oszacowana przez zamawiającego na 415 260,00 zł, co stanowi równowartość 98 288 716,89 euro (Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego).

Zgodnie z pkt 12.1 SIWZ sposób obliczenia ceny został wskazany w Załączniku nr 1 do Formularza Ofertowego. W Załączniku nr 1 do Formularza Ofertowego zamawiający wymagał określenia przez wykonawców m.in. ceny za 1 wozokilometr, części waloryzowanej stawki za 1 wozokilometr, udziału waloryzacji paliwa, oraz udziału waloryzacji inflacji.

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło trzech wykonawców:
- A. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Internationale Transport Spedition A. M. – 338 128 000,00 zł,
- Mobilis Sp. z o.o., 411 700 000,00 zł,
- Arriva Sp. z o.o. – 426 072 000,00 zł.

Wykonawcy podali procentowy udział waloryzacji w podanych przez nich stawkach brutto za wozokilometr i jego rozbicie na przewidziane przez zamawiającego dwa wskaźniki waloryzujące, w następujący sposób:
ITS:
- waloryzowana część ceny – 10 %, część waloryzowana według wskaźnika inflacji – 0 %, część waloryzowana według wskaźnika cen paliwa – 100 %;
Mobilis Sp. z o.o.:
- waloryzowana część ceny – 100 %, część waloryzowana według wskaźnika inflacji – 75 %, część waloryzowana według wskaźnika cen paliwa – 25 %;
Arriva Sp. z o.o.:
- waloryzowana część ceny – 100 %, część waloryzowana według wskaźnika inflacji – 70 %, część waloryzowana według wskaźnika cen paliwa – 30 %.

Wykonawca ITS w złożonej ofercie wskazał następujące ceny za 1 wozokilometr:

- dla autobusu przegubowego - 8,97 zł,
- dla autobusu jednoczłonowego – 7,32 zł,

- dla busa – 6,78 zł.

Wykonawca ITS podał też następujące wartości:
- część waloryzowana stawki za 1 wozokilometr – 10,0%,
- udział waloryzacji paliwa – 100,0%,
- udział waloryzacji inflacji – 0,0%.

W dniu 20 października 2014 r. zamawiający wezwał wykonawcę ITS do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny przez przedstawienie sposobu waloryzacji elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności kosztów paliwa, kosztów zatrudnienia kierowców, kosztów pozyskania taboru autobusowego, kosztów pozyskania i utrzymania zajezdni autobusowej, zysku netto przewoźnika.

Wykonawca ITS złożył wyjaśnienia pismem z dnia 29 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, ofertę ITS, treść wyjaśnień ITS z dnia 29 października 2014 r., jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte przed dniem 19 października 2014 r., tj. przed wejściem w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232). Uwzględniając dyspozycję art. 3 wskazanej ustawy, Izba rozpoznała niniejsze odwołanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed dniem wejścia w życie przepisów wskazanej ustawy.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Na wstępie należy wskazać, że zgodnie z wypracowaną w orzecznictwie definicją rażąco niskiej ceny za takową uznaje się cenę nierealną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą realizację zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów, a zatem cenę nierynkową. Jednocześnie w obowiązującym stanie prawnym brak jest sztywnych wytycznych co do poziomu różnicy zaoferowanej ceny w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia lub cen pozostałych ofert. Zasadność ewentualnego odrzucenia oferty z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny powinna być analizowana indywidualnie w każdym przypadku. Każdorazowo poddana badaniu cena powinna być odnoszona do przedmiotu zamówienia oraz sytuacji na rynku.

W przedmiotowej sprawie Izba uwzględniła okoliczność, iż cena zaoferowana przez ITS nie odbiega w znaczący sposób od szacunkowej wartości zamówienia. Izba wzięła pod uwagę wyjaśnienia zamawiającego złożone na rozprawie, iż szacunkowa wartość zamówienia uwzględnia 20% ryzyko, jakie mógł uwzględnić wykonawca kalkulując cenę z tytułu ewentualnej utraty płynności finansowej przez zamawiającego spowodowanej poniesioną przez zamawiającego w 2013 r. stratą wynikającą z dokonywanych inwestycji. Zgodnie z oświadczeniem złożonym przez zamawiającego, zamawiający szacował wartość zamówienia bez ww. ryzyka na 332 000 000, zł netto. Wartość tę Izba uznała za wiarygodną, bowiem, jak wskazał odwołujący, „zamawiający sam świadcząc usługi transportowe w zakresie autobusowej komunikacji miejskiej we Wrocławiu ma doskonałą wiedzę na temat kosztów świadczenia takich usług, w związku z czym oszacowaną przez niego wartość przedmiotu zamówienia należy traktować jako kalkulację przygotowaną przez podmiot profesjonalnie zajmujący się transportem”.

Rozpoznając zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ITS pomimo tego, że oferta ta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia Izba zważyła, że argumentacja odwołującego oparta została w zasadniczej mierze na prognozowanych uwarunkowaniach makroekonomicznych, takich jak wzrost kosztów paliwa, wzrost wynagrodzeń, wskaźnik inflacji. Tymczasem dane, na których odwołujący opiera swoje twierdzenia to zmienne, które mogą ulec znaczącej zmianie, szczególnie w ciągu 10 lat – brak jest pewności co do kierunku rozwoju gospodarki oraz sytuacji gospodarczo-politycznej w tak długiej perspektywie.

Nie potwierdziła się również prawidłowość obliczeń odwołującego w zakresie poszczególnych składników ceny.

Odwołujący dokonał kalkulacji kosztów związanych z zakupem paliwa przyjmując cenę 1 litra paliwa w wysokości 4,00 zł netto. Stawka 4 zł/l paliwa nie jest stawką stałą, nie

---

stanowi ceny jednakowej dla każdego podmiotu w określonym przedziale czasowym, jest jedynie założeniem odwołującego przyjętym na użytek uwiarygodnienia prezentowanej przez odwołującego argumentacji. Z uwagi na powyższe, nie można ceny tej uznać za jedyny prawidłowy miernik mający potwierdzać zasadność stawianego przez odwołującego zarzutu. Podobnie, przyjęcie do obliczenia kosztów paliwa 10% na tzw. kilometry dojazdowe nie jest poziomem narzuconym przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, obowiązującym wszystkich jego uczestników. Koszt ten powinien być kalkulowany przez poszczególnych wykonawców indywidualnie, w zależności od położenia zajezdni.

Brak jest również podstaw do przyjęcia, że dane, na podstawie których odwołujący obliczył poziom wynagrodzeń są jedynie słuszne. W ocenie Izby, nawet ewentualne przekroczenie popytu na pracę kierowcy przez jej podaż nie warunkuje bezwzględnie poziomu wynagrodzeń. Stabilizacja zatrudnienia u danego wykonawcy czy godzenie się przez pracowników na niższy wzrost wynagrodzeń może wynikać np. z rodzaju zawieranych umów czy innych czynników motywacyjnych (np. szkolenia), indywidualnych dla każdego przedsiębiorcy.

Za nieprzekonujące Izba uznała twierdzenia odwołującego co do ceny za najem zajezdni. Cena ta jest niewątpliwie uzależniona od położenia zajezdni, jej powierzchni, stanu nieruchomości, zaś odwołujący nie odnosi się w tym względzie do indywidulanej sytuacji ITS.

Brak jest też podstaw do jednoznacznego stwierdzenia prawidłowości obliczeń odwołującego w zakresie cen części zamiennych, oleju, płynów eksploatacyjnych, ogumienia, mediów czy ubezpieczenia. Bez wątpienia, poziom kosztów ponoszonych przez poszczególnych wykonawców z ww. tytułów może się różnić. Względność poczynionych przez odwołującego wyliczeń potwierdza sam odwołujący wskazując przedziały cenowe dla cen mediów czy ubezpieczeń. Okoliczność, iż poziomy cen mogą się różnić dla poszczególnych czynników potwierdza także sam odwołujący wskazując różny poziom cen dla danego czynnika w odwołaniu i w piśmie procesowym (np. koszt części zamiennych, płynów eksploatacyjnych, ogumienia, ubezpieczenia).

Z uwagi na wskazaną powyżej niedoskonałość obliczeń dokonanych przez odwołującego, kalkulacja ta nie mogła stanowić argumentu potwierdzającego zasadność stawianych zarzutów.

Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba wzięła też pod uwagę okoliczność, iż zamawiający jako przewoźnik świadczy obecnie usługi przewozu osób i bagażu na terenie Gminy Wrocław po niższych stawkach jednostkowych za wozokilometr niż stawki przyjęte przez ITS. Podkreślić również należy, że na rozprawie odwołujący prezentował stanowisko,

---

iż stawki za wozokilometr przyjęte przez wszystkich trzech wykonawców, w tym ITS, za pierwszy rok uznaje za rynkowe. Niezbędne było jednak, zdaniem odwołującego, uwzględnienie w łącznym wynagrodzeniu waloryzacji cen.

Izba zważyła, że zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę w kształtowaniu ceny w zakresie części waloryzowanej stawki za 1 wozokilometr, udziału waloryzacji paliwa, oraz udziału waloryzacji inflacji. Zamawiający nie zawarł w specyfikacji minimalnych poziomów waloryzacji, nie przewidział też konsekwencji z tytułu nie uwzględnienia waloryzacji przy obliczeniu ceny. Izba uznała, że brak jest możliwości jednoznacznego stwierdzenia, że przyjęte przez ITS założenia co do kształtowania się cen w okresie 10 lat

nie zaistnieją. Zmieniająca się sytuacja gospodarcza i polityczna powoduje, iż nie ma możliwości przewidzenia w sposób pewny poziomu cen poszczególnych elementów w tak długim okresie tak, aby mogło to negatywnie wpływać na sytuację wykonawcy w postępowaniu poprzez uznanie jego ceny ofertowej za rażąco niską. Umowa zawierana na 10 lat ze swej istoty charakteryzuje się pewną dozą niepewności dla obu jej stron. Z uwagi na powyższe, zarówno założenia przyjęte przez ITS, jak i poczynione przez odwołującego mogą okazać się dalekie od realiów, które nastaną w toku realizacji zamówienia, ale też w równym stopniu dane przyjęte do kalkulacji przez każdego z wykonawców mogą okazać się adekwatne do sytuacji na rynku w poszczególnych okresach realizacji zamówienia. Wskazany powyżej brak pewności powoduje, że nie ma podstaw do uznania, że poziom waloryzacji założony przez wykonawcę ITS jest nierealny i nie pozwoli na prawidłową realizację zamówienia.

Wobec powyższego, również twierdzenia odwołującego o poziomie zysku, jaki może osiągnąć ITS w pierwszym roku nie znajdują potwierdzenia.

Izba nie wzięła pod uwagę cen zaoferowanych w innych postępowaniach przez poszczególnych wykonawców. Każde z przywoływanych przez strony i przystępującego zamówień ma innych zakres i inne uwarunkowania co do jego realizacji, żadne z nich nie jest takie samo, zatem nie mogą stanowić dowodu w przedmiotowej sprawie.

Nie potwierdził się zarzut nieprawidłowej oceny przez zamawiającego wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ITS. Należy zwrócić uwagę na dyspozycję art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którą zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, nie zaś o wyjaśnienie w zakresie wszystkich składników ceny. I tak w przedmiotowej sprawie treść wezwania wystosowanego przez zamawiającego w dniu 20 października 2014 r. do wykonawcy ITS wskazywała na potrzebę wyjaśnień w zakresie sposobu waloryzacji elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności kosztów paliwa, kosztów zatrudnienia

---

kierowców, kosztów pozyskania taboru autobusowego, kosztów pozyskania oraz utrzymania zajezdni autobusowej, oraz zysku netto przewoźnika. Na tych elementach skupił się wykonawca ITS składając wyjaśnienia, z czego, biorąc pod uwagę treść wezwania, nie można wykonawcy czynić zarzutu. Tym samym, za pozbawione podstaw Izba uznała twierdzenia odwołującego o zaniechaniu przez wykonawcę ITS wykazania w złożonych wyjaśnieniach sposobu kalkulacji poszczególnych elementów składających się na cenę zamówienia.

Izba uznała, że wyjaśnienia złożone przez ITS realizują obowiązek wynikający z art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i nie dają podstawy do stwierdzenia braku rzetelności obliczenia ceny przez tego wykonawcę. Wyjaśnienia złożone przez ITS nie są ogólne i lakoniczne, wskazują na poziom cen cząstkowych, jak też zawierają argumentację dotyczącą sposobu kalkulacji ceny w całym okresie realizacji zamówienia. W pełni wyczerpują zatem zagadnienia, których wyjaśnienie było wymagane przez zamawiającego. O nieprawidłowej ocenie wyjaśnień ITS przez zamawiającego nie mogą świadczyć twierdzenia odwołującego o nieprawidłowości poczynionych przez ITS przy kształtowaniu ceny założeń. Jak wskazano powyżej, brak jest pewności co do tego, jak będą kształtowały się ceny poszczególnych części składowych ceny za realizację zamówienia w ciągu przyszłych 10 lat.

W ocenie Izby, różnice między cenami ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu należy uznać za naturalny rezultat konkurencji pomiędzy wykonawcami oraz rezultat pozostawionej przez zamawiającego wykonawcom dowolności w sposobie kalkulacji ceny. Brak jest zatem podstaw do stwierdzenia zaniechania zamawiającego odrzucenia oferty ITS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła również, że ustalenia zamawiającego co do zasadności dokonanego przez ITS zastrzeżenia części wyjaśnień z dnia 29 października 2014 r. jako tajemnica przedsiębiorstwa zasługują na aprobatę. Zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyrażona w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp stanowi jedną z naczelnych zasad systemu zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika wprost z brzmienia art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Z kolei art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przewiduje, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do

udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą one być udostępniane. Odmowa udostępnienia może nastąpić zatem wyłącznie wtedy, gdy informacje zastrzeżone stanowią rzeczywiście tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej

---

konkurencji. Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Obowiązek badania skuteczności zastrzeżenia dokumentu jako tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na zamawiającym, co potwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 r. stwierdzając iż „w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji" (sygn. akt III CZP 74/05).

Izba dokonała oceny treści wyjaśnień złożonych przez ITS. W ocenie Izby, informacje takie jak poziom wynagrodzeń, koszty pozyskania i utrzymania zajezdni autobusowej, prognoza zysku na poszczególne lata czy treść decyzji instytucji finansowej zawierająca warunki finansowania stanowią wartość gospodarczą, mogą mieć wpływ na sytuację wykonawcy na rynku, zatem posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Informacje te, nie ujawnione do publicznej wiadomości, zasługują na ochronę.

Izba nie wzięła pod uwagę argumentacji odwołującego przedstawionej w piśmie z dnia 1 grudnia 2014 r. kierowanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, bowiem pismo to wpłynęło po zamknięciu rozprawy. Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Jednocześnie, w ww. piśmie nie przedstawiono okoliczności, które mogłyby skutkować otwarciem na nowo rozprawy (art. 191 ust. 3 ustawy Pzp).

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

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła wniosek zamawiającego o zasądzenie kosztów za uzasadnione uznając koszty dojazdu na posiedzenie Izby oraz koszty opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Przewodniczący: ……

……

……