

Sąd Okręgowy we Wrocławiu
X Wydział Gospodarczy
Sądowa 1
50-046 Wrocław

tel. +48 71 37 04 247 fax +48 71 74 82 960

Sygnatura akt X Ga 57/15

(w odpowiedzi należy podać datę i sygn. akt)

Wrocław, dnia 24-04-2015 r.

IZBA ODWOŁAWCZA

KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA]

•2.

wpłynęło'^

^raJwarifzba-
Ofłwoławcza
ul. Postępu 17 a

02-676 WARSZAWA

ODEZWA

ZWROT AKT PRZEZ SĄD ODWOŁAWCZY

Sygnatura akt: KIO 2398/14.

Sąd okręgowy we Wrocławiu X Wydział Gospodarczy zwraca akta po rozpoznaniu skargi.

Kierownik Sekcji
X Wydziału Gospodarczego

Artur T
Sędzia SA(u

>k

i owego

Sąd Okręgowy we Wrocławiu
X Wydział Gospodarczy
Sądowa 1
50-046 Wrocław

tel. +48 71 37 04 247 fax +48 XXX XXX XX

Wrocław, dnia 24-04-2015 r.

KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA

Sygnatura akt X Ga 57/15
(w odpowiedzi należy podać datę i sygn. akt)

_, 2015 -04- 3 0 \ \$ P

i&p-

W P Ł Y N Ę Ł O

pp

Krajowa Izba Odwoławcza
ul. Postępu 17 a
02-676 WARSZAWA

D O R Ę C Z E N I E

O D P I S U W Y R O K U Z U Z A S A D N I E N I E M

'i

Sąd Okręgowy we Wrocławiu X Wydział Gospodarczy w sprawie
z powództwa Mobilis Sp. z o.o., Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o.o. we Wrocławiu
przeciwko Adamowi Michalczewskiemu

o skarga na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej

doręcza odpis wyroku wydanego w dniu 7 kwietnia 2015r. wraz z uzasadnieniem oraz dokumentami
sprawy KIO 2398/14.

Na zarządzenie Sędziego

Mon rupińska

Sygn. akt X Ga 57/15

W P Ł Y N Ę Ł .

w IMIENIU

^J WYROK

RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 kwietnia 2015r.

Sąd Okręgowy we Wrocławiu X Wydział Gospodarczy w następującym składzie:

Przewodniczący SSO Paweł Pszczółowski (spr.)

Sędziowie SSO Artur Tomanek

SSO Anna Górna

Protokolant Anna Prochoń

po rozpoznaniu w dniu 24 marca 2015 r., we Wrocławiu
na rozprawie

sprawy ze skargi Mobilis Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Mościskach

na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 grudnia 2014 r., sygn. akt KIO 2398/14

z udziałem przeciwnika skargi Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu oraz przystępującego Adama Michalczewskiego

oddala skargę;

- I.
zasądza od skarżącego na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego Spółki z
II. ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu oraz Adama Michalczewskiego po 600,00
zł tytułem zwrotu kosztów mngtenwaniift- odwoławczego

Zazgodnośćoiyginatem

2 'splf^!!^A elmlaialu
®cKRETA RasXr>owY

®*<U

Monika,

Sygn. akt X Ga 57/15

UZASADNIENIE

Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne sp. z o.o. we Wrocławiu prowadziło 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 było na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907) (dalej: 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 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 Adama Michalczewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Internationale Transport Spedition Adam Michalczewski

(dalej :TTS”),

- 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 i jako taj emnica 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.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty ITS jako oferty najkorzystniejszej;
- dokonania ponownej oceny złożonych ofert;
- odrzucenie 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 niską 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 odstępu z uwagi na zastrzeżenie tych informacji przez ITS jako tajemnica przedsiębiorstwa 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:

Adam Michalczewski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą

Internationale Transport Spedition Adam Michalczewski - 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 rozbieżność 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 jednoczynowego - 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 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 Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 2 grudnia 2014 roku w sprawie sygn. akt KIO 2398/14 oddaliła odwołanie wykonawcy „Mobilis” sp. z o.o. w postępowaniu prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o.o. we Wrocławiu przy udziale wykonawcy Adama Michalczewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Internationale Transport Spedition Adam Michalczewski zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oraz kosztami postępowania obciążyła wykonawcę.

Na wstępie Izba wskazała, 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/1 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.

Zdaniem Izby brak był 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 indywidualnej sytuacji ITS.

Stwierdziła, że brak był 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 poziom 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. Podkreśliła, 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 zdaniem Izby nie znajdują potwierdzenia.

7

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

W ocenie Izby 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 częściowych, 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 naczelných 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, orzekła jak w sentencji.

Powyższy wyrok zaskarżyła w całości w drodze skargi Mobilis sp. z o.o. z siedzibą w Mościskach i zarzuciła mu:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 1 p.z.p. poprzez uznanie, że w wypadku zamówienia publicznego realizowanego przez okres 10 lat nie jest możliwe ustalenie, czy cena zaoferowana przez wykonawcę Adama Michalczewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Internationale Transport Spedition Adam Michalczewski („ITS”) pozwoli na realizację zamówienia z zyskiem z uwagi na zmieniającą się i niepewną sytuację ekonomiczną i polityczną, jak również poprzez uznanie, że dane makroekonomiczne zawierające prognozy wzrostu poszczególnych kosztów realizacji zamówienia w przyszłości, jak również dane na temat stopnia wzrostu poszczególnych kosztów realizacji zamówienia w okresie 10 lat poprzedzających okres realizacji zamówienia, nie mogą stanowić podstawy do ustalenia, czy cena zaoferowana przez ITS pozwoli na realizację zamówienia z zyskiem, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, że w wypadku zamówień publicznych o charakterze ciągłym realizowanych przez długie okresy, nie jest możliwe zastosowanie ww. przepisów p.z.p. nakazujących badanie i odrzucenie oferty zawierającej cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, który to wniosek jest niedopuszczalny i niemożliwy do

zaakceptowania, bowiem stoi w wyraźnej sprzeczności z przepisem ustawy, który przewiduje po stronie zamawiającego obowiązek zbadania cen oferowanych przez wykonawców, tj. ITS, oraz odrzucenia ofert zawierających cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia niezależnie od długości okresu, w którym zamówienie ma być realizowane, a długość okresu realizacji zamówienia nie ma znaczenia dla stosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 1 p.z.p. i w żadnym wypadku nie wyłącza zastosowania tych przepisów;

2. naruszenie art. 32 ust. 1 w związku z art. 34 ust. 3 pkt 2 lit. b p.z.p. poprzez danie wiary twierdzeniom Zamawiającego, jakoby w kwocie ustalonej przez Zamawiającego

szacunkowej wartości zamówienia uwzględnione zostało 20%-owe ryzyko zachodzące w związku z rzekomo możliwą niewypłacalnością Zamawiającego i w konsekwencji poprzez uznanie, że rzeczywista szacunkowa wartość zamówienia wynosiła 332.000.000,00 zł netto, tj., że była ona inna niż szacunkowa wartość zamówienia wskazana w ogłoszeniu o zamówieniu, a zatem, że cena zaoferowana przez ITS w rzeczywistości nie odbiegała od szacunkowej wartości zamówienia, podczas gdy na Zamawiającym ciążył obowiązek ustalenia szacunkowej wartości zamówienia z należytą starannością w wysokości odpowiadającej szacowanemu wynagrodzeniu wykonawcy, a także z uwzględnieniem długości okresu realizacji zamówienia, tj. z uwzględnieniem rosnących w czasie kosztów realizacji zamówienia, który to obowiązek zdaniem Skarżącego Zamawiający wykonał prawidłowo kalkulując wartość zamówienia na poziomie 415.260.000,00 zł netto, a argumentację dotyczącą rzekomego uwzględnienia 20%-owego ryzyka własnej niewypłacalności podniósł jedynie na potrzeby postępowania odwoławczego, tym bardziej, że brak jest jakiegokolwiek związku pomiędzy wysokością ceny zaoferowanej przez wykonawcę, a zabezpieczeniem jej zapłaty w wypadku niewypłacalności Zamawiającego;

3. naruszenie art. 190 ust. 1 oraz ust. 3 i ust. 7 p.z.p. poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę dowodów przedłożonych przez Skarżącego (tj. nie będącą oceną całościową uwzględniającą zasady logiki i doświadczenia życiowego, wyrażającą się także w pominięciu i nieodniesieniu się do części przedłożonych przez Skarżącego dowodów), skutkującą błędnym ustaleniem, jakoby cena zaoferowana przez ITS nie była rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia w szczególności w zakresie dowodów przedstawionych na okoliczność:

- wysokości kosztów realizacji zamówienia w pierwszym roku wykonywania usług, m.in. w zakresie kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników, w szczególności kierowców, a także kosztów zużycia paliwa przez autobusy wskazane przez ITS w ofercie, części zamiennych oraz obsługi eksploatacyjnej autobusów, zakupu opon, podatku od środków transportu, najmu obiektu zajezdni, ubezpieczeń oraz poziomu kosztów dotyczących tzw. kilometrów dojazdowych;

- stopnia wzrostu poszczególnych kosztów realizacji zamówienia w latach kolejnych, w szczególności stopnia wzrostu płac, inflacji oraz cen paliwa,

podczas gdy dowody te były wiarygodne i zawierały rzetelne informacje na temat kosztów, które każdy wykonawca realizujący zamówienie będzie musiał ponieść, tj. faktycznych cen rynkowych poszczególnych towarów i usług oraz kosztów pracy, niezbędnych do realizacji

zamówienia, jak również wiarygodne i rzetelne informacje na temat racjonalnego poziomu wzrostu kosztów w przyszłości, a także' poprzez zaniechanie przez KIO wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego oraz dokonanie przez KIO arbitralnych ustaleń faktycznych, zgodnie z którymi koszty realizacji zamówienia w pierwszym roku wykonywania usług mogą mieć różną wysokość, której ustalenia KIO zaniechała, a stopień wzrostu tych kosztów jest całkowicie niepewny i niemożliwy do udowodnienia, w związku z czym nie jest możliwe przyjęcie, że zaoferowana przez ITS cena jest rażąco niską, bowiem przewidywania Skarżącego w zakresie wzrostu kosztów realizacji zamówienia mogą ale wcale nie muszą się spełnić, co w konsekwencji doprowadziło do ustalenia przez KIO, że zastosowanie przepisów nakazujących odrzucenie oferty zawierającej cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia jest niemożliwe w przypadku oferty ITS ze względu na długi okres realizacji zamówienia;

4. naruszenie art. 190 ust. 5 p.z.p. poprzez oparcie zaskarżonego wyroku na negacji

twierdzeń Skarżącego także w tym zakresie, w którym twierdzenia te dotyczyły okoliczności przyznanych przez ITS oraz Zamawiającego lub okoliczności, które nie były sporne, tj. m.in. wysokości stawek godzinowych wynagrodzenia za pracę kierowców, stopnia wzrostu wysokości wynagrodzeń oraz wysokości kosztu najmu zajezdni autobusowej, a w konsekwencji przyjęcie, że wysokość tych kosztów oraz stopień ich wzrostu są niepewne i zależą od indywidualnej sytuacji wykonawcy oraz niemożliwe do przewidzenia przyszłej sytuacji ekonomicznej i politycznej;

5. naruszenie art. 190 ust. 7 p.z.p. poprzez dowolną a nie swobodną ocenę dowodów, polegającą na przyjęciu, że fakt realizacji przewozów autobusowych przez Zamawiającego przy zastosowaniu niższych stawek za wozokilometr niż stawki początkowe zaoferowane przez ITS, tj. mające zastosowanie w pierwszym roku realizacji zamówienia, świadczy o tym, że cena zaoferowana przez ITS nie jest rażąco niska w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, podczas gdy działalność Zamawiającego przynosi znaczne straty, co tym bardziej potwierdza że realizacja zamówienia przez ITS po stawkach zbliżonych do stawek Zamawiającego, przy jednoczesnej rezygnacji z waloryzacji tych stawek, również przyniesie stratę;

6. naruszenie art. 191 ust. 2 p.z.p. poprzez zaniechanie ustalenia stanu faktycznego sprawy, w szczególności zaniechanie poczynienia ustaleń w zakresie racjonalnych kosztów realizacji zamówienia w pierwszym roku wykonywania usług oraz racjonalnego stopnia wzrostu tych kosztów w latach kolejnych;

7. błąd w ustaleniach faktycznych, polegający na przyjęciu, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ITS został wezwany przez Zamawiającego jedynie do wyjaśnienia sposobu waloryzacji elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, podczas gdy z treści wezwania, zgodnie z treścią art. 90 ust. 1 p.z.p., wynikało, że ITS powinien był złożyć wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w tym dodatkowo w zakresie sposobu waloryzacji tych elementów, a nie jedynie w zakresie ich waloryzacji;

8. naruszenie art. 185 ust. 2 w związku z art. 191 ust. 2 p.z.p. poprzez uznanie zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego złożonego przez ITS za skuteczne, podczas gdy zostało ono złożone przez osobę nieuprawnioną, niedysponującą upoważnieniem do złożenia zgłoszenia przystąpienia, jak również poprzez umożliwienie ITS uzupełnienia braku zgłoszenia przystąpienia przez złożenie nowego pełnomocnictwa dla osoby, która złożyła zgłoszenie przystąpienia, podczas gdy żaden przepis ustawy nie uprawnia do uzupełniania braków zgłoszenia przystąpienia, a złożenie pełnomocnictwa do złożenia przystąpienia po upływie przewidzianego do dokonania tej czynności terminu nie jest dopuszczalne, a w konsekwencji poprzez umożliwienie ITS wzięcia udziału w rozprawie oraz zabierania głosu i składania pism oraz dowodów w sytuacji, w której zgłoszenie przystąpienia złożone przez ITS nie było skuteczne, a zatem także poprzez wydanie wyroku opartego na twierdzeniach osoby trzeciej, nieuczestniczącej w postępowaniu, nie zaś na stanie rzeczy, który zostałby w toku postępowania prawidłowo ustalony;

9. naruszenie art. 185 ust. 2 w związku z art. 90 ust. 1 i ust. 2 p.z.p. poprzez uwzględnienie pisma złożonego przez ITS na posiedzeniu przed KIO w dniu 27 listopada 2014 r. zawierającego dodatkowe wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, podczas gdy pochodziły one od wykonawcy, który nie przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego, a zatem od osoby nieuczestniczącej w postępowaniu, a nadto zostały one złożone dopiero w postępowaniu przed KIO, a zatem po terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, jak również zostały skierowane do KIO, a nie do Zamawiającego, a zatem nie były przedmiotem badania Zamawiającego na etapie oceny złożonych ofert, w związku z czym nie powinny być one brane pod uwagę przez KIO, nie mogły stanowić podstawy do poczynienia przez KIO jakichkolwiek ustaleń w zakresie oceny, czy cena zaoferowana przez ITS była ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia i potwierdzają jedynie, że sam ITS uznał wcześniejsze wyjaśnienia złożone

Zamawiającemu dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny za niepełne i niewystarczające;

10. naruszenie art. 8 ust. 1 oraz ust. 2, art. 189 ust. 5 i ust. 6 w związku z art. 185 ust. 7 p.z.p. oraz art. 1183 Kodeksu postępowania cywilnego („k.p.c”) poprzez umożliwienie ITS w toku postępowania odwoławczego przedstawienia stanowiska na piśmie oraz przedłożenie dowodów, które nie zostały ujawnione Skarżącemu z uwagi na rzekomo zawartą w nich tajemnicę przedsiębiorstwa ITS, podczas gdy zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest dopuszczalne w odniesieniu do dowodów oraz pism przedkładanych w toku postępowania przed KIO, w którym jedynym ograniczeniem jawności tzw. zewnętrznej postępowania jest możliwość ograniczenia jawności rozprawy, zaś zasada jawności wewnętrznej postępowania (wobec uczestników) nie doznaje na tym etapie sprawy żadnych ograniczeń, a w konsekwencji poprzez preferencyjne potraktowanie ITS w toku postępowania odwoławczego i naruszenie zasady równości stron postępowania oraz uniemożliwienie Skarżącemu obrony swojego stanowiska;

11. naruszenie art. 192 ust. 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. poprzez oddalenie odwołania wniesionego przez Skarżącą, podczas gdy zasadny był zawarty w odwołaniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ITS pomimo tego, że oferta ta zawierała cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, a zatem miało miejsce naruszenie przepisów ustawy, które miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, w związku z czym odwołanie powinno było zostać uwzględnione;

12. naruszenie art. 192 ust. 2 w związku z art. 90 ust. 3 p.z.p. poprzez oddalenie odwołania wniesionego przez Skarżącą, podczas gdy zasadny był zawarty w odwołaniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego z art. 90 ust. 3 p.z.p. poprzez uznanie wyjaśnień złożonych przez ITS dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny („Wyjaśnienia ITS” lub „Wyjaśnienia”) 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, a zatem miało miejsce naruszenie przepisów ustawy, które miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, w związku z czym odwołanie powinno było zostać uwzględnione;

13. naruszenie art. 192 ust. 2 w związku z art. 90 ust. 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. poprzez oddalenie odwołania wniesionego przez Skarżącą, podczas gdy zasadny był zawarty w odwołaniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 2 w związku z art.

4

89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. poprzez dokonanie błędnej oceny złożonych Wyjaśnień ITS i w konsekwencji przyjęcie, że zaoferowana przez ITS cena nie była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy prawidłowa ocena tych Wyjaśnień powinna prowadzić do wniosku przeciwnego, tj. Wyjaśnienia ITS potwierdzały, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (o ile zostałyby poddane prawidłowej ocenie przez Zamawiającego oraz KIO), a zatem miało miejsce naruszenie przepisów ustawy, które miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, w związku z czym odwołanie powinno było zostać uwzględnione;

14. naruszenie art. 192 ust. 2 w związku z art. 8 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez oddalenie odwołania wniesionego przez Skarżącą podczas gdy zasadny był zawarty w odwołaniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez odmowę udostępnienia Skarżącemu 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 było 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 mogło odnosić się jedynie do poszczególnych informacji, a nie całych stron dokumentu, na których informacje te mogły 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 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 p.z.p. środków ochrony prawnej, co stanowiło naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a zatem miało miejsce naruszenie przepisów ustawy, które miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, w związku z czym odwołanie powinno być zostać uwzględnione;

t*

15. naruszenie art. 192 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 p.z.p. poprzez oddalenie odwołania wniesionego przez Skarżącą, podczas gdy zasadny był zawarty w odwołaniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 p.z.p. poprzez przeprowadzenie postępowania w 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 p.z.p., a w konsekwencji poprzez potraktowanie oferty złożonej przez ITS w sposób preferencyjny w stosunku do ofert złożonych przez innych wykonawców, a zatem miało miejsce naruszenie przepisów ustawy, które miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, w związku z czym odwołanie powinno być zostać uwzględnione.

Wskazując na powyższe zarzuty - wobec faktu, że w dniu 16 grudnia 2014 r. doszło już do zawarcia umowy o zamówienie publiczne, którego udzielenia dotyczyło postępowanie, w toku którego wniesione zostało odwołanie z dnia 14 listopada 2014 r. - wniosła o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej i na podstawie art. 198f ust. 2 w związku z art. 192 ust. 3 pkt 3 p.z.p. wydanie wyroku stwierdzającego naruszenie przepisów ustawy;

2. przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu skargi na okoliczność ich treści oraz na okoliczności powołane w treści uzasadnienia;

3. przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron, w szczególności na okoliczność sposobu oszacowania wartości zamówienia;

4. zasądzenie od Przeciwnika skargi na rzecz Skarżącego kosztów postępowania wedle norm przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że wykonawca, który nie wniósł własnego protestu ani odwołania przewidzianego w przepisach ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19 poz. 177 ze zm), lecz przystąpił do postępowania na podstawie art. 184 ust. 4 tej ustawy, w postępowaniu wywołanym wniesieniem skargi do sądu okręgowego ma status interwenienta ubocznego, bez konieczności zgłaszania wstąpienia do sprawy na podstawie art. 77 k.p.c. Stanowisko takie jest przesądzone w judykaturze (Uchwała z dnia 7 grudnia 2007 r. (sygn. akt III CZP 123/07) i obecnie nie nasuwa wątpliwości interpretacyjnych, nie jest również co do zasady kwestionowane przez skarżącego, który twierdzi jedynie, że ITS nie dysponuje już interesem prawnym w rozstrzygnięciu niniejszej sprawy na korzyść zamawiającego, bowiem pomiędzy ITS a Zamawiającym doszło do zawarcia umowy o udzielenie ITS zamówienia publicznego pn. Świadczenie usług w zakresie przewozu osób i bagażu podręcznego w autobusowym transporcie zbiorowych organizowanym przez Gminę Wrocław na terenie Miasta Wrocławia, a w obecnym postępowaniu nie jest możliwe unieważnienie tej umowy, a skarżący domaga się jedynie stwierdzenia przez Sąd naruszenia przepisów ustawy. W ocenie Sądu skoro skarżący doszukuje się naruszenia przepisów ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ITS pomimo, że oferta ta zawierała cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, które miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a na wykonawcy, który ją złożył, ciąży ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny to niewątpliwie ma ona interes prawny w rozumieniu art. 77 k.p.c. mimo, że w przedmiotowym postępowaniu nie może dojść do unieważnienia umowy.

Analizując treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej i skargi skarżącego wskazać należy, że podnoszone kwestie mają charakter uznaniowy i pozostają zależne od czynników przyszłych, ekonomicznych i trudnych do ustalenia na obecnym etapie w sposób pewny i stanowczy. Nie sposób podzielić kateryczny wniosek skarżącego, że brak możliwości ustalenia czy cena zaofiarowana przez wykonawcę pozwoli na realizację zamówienia z zyskiem z uwagi na zmieniającą się niepewną sytuację ekonomiczną i polityczną prowadzi do wniosku, że w przypadku zamówień publicznych o charakterze ciągłym realizowanych przez długie okresy nie jest możliwe zastosowanie przepisów nakazujących badanie i odrzucenie oferty zawierającej cenę rażąco nisko w stosunku do przedmiotu zamówienia. Skarżący stracił z pola widzenia, że konkluzja KIO wynikała z danych, na których oparł się odwołujący i to te dane mają charakter uznaniowy, przyszły i niepewny, co jednak co do zasady nie wyklucza oceny rentowności realizacji zamówienia z zyskiem na przestrzeni lat przy uwzględnieniu czynników, pewnych i stanowczych. Specyfiką akurat tego zamówienia jest fakt, że sporne są te czynniki cenokształtujące, których ze względów politycznych i ekonomicznych w sposób pewny nie można przewidzieć, a które wykonawca i skarżący w sposób odmienny ustaliły. Ponadto zmienność uwarunkowań gospodarczych ma to do siebie, że nie tylko nie sposób przewidzieć jaki one będą mieć charakter i wpływ na ocenę działalności wykonawcy, ale także nie sposób przewidzieć kiedy wystąpią.

<v

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 32 ust. 1 w zw. z art. 34 ust. 3 pkt 2 lit. b p.z.p. wskazać należy, że zarzut ten jest spóźniony. Sąd Okręgowy badający skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej działa jako sąd drugiej instancji. Strona w postępowaniu skargowym nie może rozszerzyć żądania odwołania ani występować z nowymi żądaniami, ponieważ prowadziłoby to do rozpoznawania sprawy w zakresie nieobjętym postępowaniem pierwszoinstancyjnym, czyli postępowaniem przed Krajową Izbą Odwoławczą. Zgodnie z przepisem art. 198f ust. 4 ustawy sąd nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem odwołania. Z tego też powodu, jakkolwiek sąd skargowy posiada kompetencję do unieważnienia umowy w całości lub w części to orzeczenie takie może zapaść tylko wówczas, gdy zarzuty dające podstawę do wydania tego rodzaju rozstrzygnięć zostały zawarte w odwołaniu. Wobec czego Sąd pominął je przy rozpatrywaniu skargi. Wobec czego jedynie marginalnie wskazać należy, że nawet jeżeli przyjąć, że wartość zamówienia uwzględniającą ryzyko utraty płynności zamawiającego

została określona sprzecznie z treścią art. 32 ust. 1 w zw. z art. 34 ust. 3 pkt 2 lit. b p.z.p. to wartość zamówienia na poziomie 415 260 000 złotych, która nie uwzględniania ryzyka utraty płynności finansowej zamawiającego nie odbiega w sposób rażący w stosunku do ceny z oferty ITS, o czym szerzej w dalszej części rozważań.

Przechodząc do zarzutu dowolnej oceny dowodów wskazać należy, że wbrew temu co podnosi skarżący to właśnie zasada swobodnej oceny przedstawionych przez odwołującego okoliczności i na ich potwierdzenie dowodów w zakresie ustalenia wzrostu płac, inflacji oraz cen paliwa wyklucza w tym zakresie poczynienie stanowczych ustaleń. Jakikolwiek ustalenia w tym kierunku czy to zgodne z oczekiwaniami skarżącego czy korelujące z tym co uwzględnił w cenie wykonawca ITS byłyby dowolne. Prognozowanie zjawisk o charakterze gospodarczym w okresie 10 lat jest niezwykle trudne i może się okazać bardzo zawodne. W zdecydowanie krótszym okresie czasu mogą się ujawnić czynniki całkowicie destabilizujące sytuację wyjściową i uchylające założenia przyjęte w prognozie. Choć KIO nie odniosła się do każdego dokumentu przedstawionego przez skarżącego raportu zużycia paliwa, raportu najwolniejszych miast, faktur zakupu opon, kalkulacji kosztu okresowej wymiany opon, polis ubezpieczeniowych, szeregu publikacji prasowych to jednak w treści pisemnych motywów zaskarżonego wyroku wskazała dlaczego dokumenty te okazały się niewystarczające dla poczynienia stanowczych ustaleń co do zdarzeń przyszłych. W tej sytuacji nie było potrzeby odnosić się do każdego przedłożonego przez skarżącego dokumentu, skoro KIO uznała, że w ogóle nie jest możliwe prognozowanie co do tego typu przyszłych zdarzeń, jak wzrost wynagrodzeń, paliw. Wbrew zatem temu co twierdzi, nie sposób zgodzić się ze skarżącym, że okoliczności te udowodnił na podstawie przedłożonych raportów czy publikacji prasowych, które jednak nie są i nie mogą być dowodami wystąpienia w przyszłości wzrostu paliw, inflacji czy wynagrodzeń kierowców. W błędzie pozostaje skarżący, który twierdzi, że wskazania doświadczenia życiowego w zakresie cen paliw oraz wysokości wynagrodzeń w okresie ostatnich 10 lat powinny prowadzić do wniosków, że zasadą jest wzrost cen paliw oraz wzrost wynagrodzeń o około 5 % rocznie. Termin "doświadczenie życiowe" - to ogół wiadomości zdobytych na podstawie obserwacji i przeżyć, znajomość życia i ludzi. Prognozowaniem cen paliw i spekulacji cenowych zajmują się specjaliści z zakresu ekonomii i nie wystarczy w tym zakresie jedynie doświadczenie życiowe laika.

Zasada swobodnej oceny dowodów może zostać naruszona w wyniku nieuwzględnienia przy ocenie poszczególnych dowodów, zasad logicznego rozumowania, doświadczenia życiowego, całokształtu zebranego materiału dowodowego. Nie sposób w ogóle mówić o ocenie dowodów, gdyż zasadniczy spór sprowadza się do oceny prognozowania zdarzeń gospodarczych i politycznych, które będą mieć wpływ na ceny paliw czy wzrost wynagrodzeń. Nie sposób też z tego powodu postawić zarzut KIO, skoro wskazała, że nie jest w stanie się podjąć oceny tych zdarzeń w sposób jednoznacznie przesądzający, które prognozy zostały przyjęte za trafne.

Skarżący zarzuca Sądowi, że pominął i nie odniósł się do części przedłożonych przez niego dowodów, powołane przez niego jednak dowody nie wskazują w sposób kategoryczny, że założenia ITS co do sytuacji gospodarczej warunkującej inflację czy ceny paliw są błędne. Wobec czego zarzut w tej części należało uznać za gołosłowny.

Odnosząc się do czwartego zarzutu wskazać należy, że okoliczność, że skarżący i ITS w sposób zbliżony oszacowali te czynniki świadczą jedynie o tym, że w tym zakresie dla prognozy obie strony przyjęły tożsame hipotetyczne założenia. Istotnie KIO dość nieprecyzyjnie wyraziła swoje stanowisko w pisemnych motywach punktując rozbieżności co do ponoszonych kosztów, ogólnie wskazując, że chodzi o wynagrodzenie kierowców, a nie o nieuwzględnienie kosztów choroby czy nieobecności z innych powodów kierowców w pracy. Nie podważa to jednak słuszności rozstrzygnięcia KIO.

Zarzut zaniechania ustalenia stanu faktycznego sprawy w szczególności poprzez poczynienie ustaleń w zakresie racjonalnych kosztów realizacji zamówienia w pierwszym roku wykonywania usługi i racjonalnego wzrostu tych kosztów w latach kolejnych świadczy niewątpliwie o niezrozumieniu stanowiska KIO, z którego przede wszystkim wynikało, że prognozowanie zjawisk o charakterze gospodarczym jest niezwykle trudne i może się okazać bardzo zawodne. W zdecydowanie krótszym okresie czasu mogą się ujawnić czynniki całkowicie destabilizujące sytuację wyjściową i uchylające założenia przyjęte w prognozie. Z

treści art. 191 ust 2 p.z.p. wynika, że Izba ocenia sprawę, mając na uwadze stan sprawy, czyli istniejące okoliczności faktyczne i stan prawny obowiązujący na dzień zamknięcia rozprawy, co z tego wynika nie ciążył na Izbie obowiązek ustalenia hipotetycznych kosztów realizacji zamówienia w pierwszym roku wykonywania usług.

Izba nie dopuściła się także błędu w ustaleniach faktycznych, gdyż na stronie 32 uzasadnienia w pierwszym akapicie w sposób prawidłowy zgodny z rzeczywistością przytoczyła treść wezwania.

Sąd nie podzielił również stanowiska skarżącego, że KIO z naruszeniem przepisów ustawy uznała przystąpienie Adama Michalczewskiego za skuteczne. Wskazać należy, że brak pełnomocnictwa można sanować. Brak należytego umocowania pełnomocnika strony dotyczy sytuacji, gdy w takim charakterze występowała osoba, która nie została umocowana do działania w imieniu strony, gdy w sprawie występowała osoba, która nie może być pełnomocnikiem albo gdy istniał brak w pełnomocnictwie. Istotnie przepisy prawa zamówień publicznych nie przewidywały możliwości uzupełnienia braków formalnych przystąpienia, jednakże przyjąć należy, że dotyczy to braków dotyczących właściwej formy, zachowania terminu, wskazania strony oraz wykazania interesu. W realiach przedmiotowej sprawy należało przyjąć, że osoba zgłaszająca w imieniu ITS przystąpienie posiadała umocowanie do dokonania tej czynności. Zatem w ocenie Sądu KIO nie naruszyła wskazanych przepisów poprzez umożliwienie złożenia dodatkowego pełnomocnictwa. Wobec czego również zarzut dziewiąty należało uznać za chybiony.

Przechodząc do kolejnego zarzutu wskazać należy, że jedną z głównych cech postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jego jawność (art. 8 ust. 1 ustawy). Zasada ta ograniczona może być jedynie w przypadkach określonych w ustawie. Ograniczenie przez ustawodawcę możliwości ujawniania informacji jedynie do tych, które kwalifikują się do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa, z jednej strony daje możliwość wykonawcom ochrony informacji wrażliwych, z drugiej zaś nakłada na zamawiającego obowiązek weryfikacji zastrzeżonych informacji pod kątem ich prawidłowej kwalifikacji do kategorii „tajemnica przedsiębiorstwa”. Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), zgodnie z którym przez tajemnice

przedsiębiorstwa rozumie się ujawnione 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.

Z legalnej definicji pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” wynika, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa, nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

W ocenie Sądu takie informacje jak poziom wynagrodzeń, koszty pozyskania i utrzymania zajezdni autobusowej, prognoza zysku czy treść decyzji instytucji finansowej zawierająca warunki finansowania posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Informację tę można zaliczyć do grona tych, które stanowią cenne źródło informacji dla konkurencji. Stanowisko powyższe jest zbieżne również z tym, prezentowanym w doktrynie, iż różny jest rodzaj chronionych przez art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wiadomości, jedne mają charakter techniczny, inne technologiczny, ale są i takie, które obejmują pewne informacje istotne z punktu widzenia organizacji przedsiębiorstwa jako takiego (jego struktury, przepływu dokumentów, sposobu kalkulacji cen, zabezpieczenia danych itp.). Zaliczenie przedmiotowych wyjaśnień do kategorii informacji, o których mowa w art. 11 ust. 4 powołanej ustawy powoduje, iż dla ustalenia, czy stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa konieczne jest stwierdzenie, że nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a wykonawca podjął niezbędne działania do zachowania ich w poufności. Biorąc pod uwagę fakt, iż przystępujący złożył w tym przedmiocie oświadczenie, a odwołujący skutecznie podanym okolicznościom nie zaprzeczył należało przyjąć, iż pozostałe przesłanki również zostały spełnione. Zatem, uznać należy, iż przystępującemu przysługiwało

uprawnienie do zastrzeżenia spornych informacji jako poufnych, co z kolei przesądza o tym, że zamawiający w niniejszym postępowaniu zasady jawności nie złamał, a tym samym nie naruszył przepisu art. 8 ust. 1 ustawy.

Pozostałe zarzuty sformułowane w punktach 11 do 15 właściwie sprowadzają się do zasadniczej i spornej kwestii ustalenia czy cena zaoferowana przez ITS nie jest rażąco niska.

Pojęcie rażąco niska cena jest subiektywne, niedookreślone i niezdefiniowane w przepisach o zamówieniach publicznych, dlatego w określeniu jego znaczenia pomocny jest dotychczasowy dorobek judykatury.

Dopiero od niedawna bowiem nowelą ustawy o zamówieniach publicznych z dnia 29 sierpnia 2014 r. (Dz.U. z 2014 r. poz. 1232), która weszła w życie 19 października 2014 roku ustawodawca zdefiniował jeden z decydujących elementów oceny ceny, wskazując, że gdy jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Kryterium to nie nasuwa wątpliwości gdyż pozbawione jest czynnika ocenego, a sprowadza się do wyliczeń arytmetycznych. Wymieniony jednak w tym przepisie próg jest jedynie przykładowy, co wynika z użytego przez ustawodawcę zwrotu „w szczególności”. Co za tym idzie nawet jeżeli cena oferty jest niższa o 10% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, ale cena oferty wydaje się dla zamawiającego rażąco niska w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi, to w dalszym ciągu będzie uprawniony do wszczęcia tzw. procedury wyjaśniającej. Zatem wprowadzony próg nie wprowadza automatyzmu odrzucenia oferty wykonawcy, ale jedynie wymaga, aby w takim przypadku zamawiający zwrócił się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W świetle zatem nowych uregulowań prawnych z mocy art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny będzie spoczywał na wykonawcy, który w przypadku gdy jego zaoferowana cena nie będzie niższa o co najmniej 30% wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, będzie mógł bronić się, iż zamawiający nie miał w ogóle podstaw do wszczęcia procedury badania występowania rażąco niskiej ceny.

Zgodnie jednak z przepisami przejściowymi nowelizacji (art. 3) do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do odwołań i skarg dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe, z wyjątkiem art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a ustawy zmienianej w art. 1.

Choć w niniejszej sprawie zatem nie ma zastosowania przepis art. 90 ust. 1 w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r., to dość spójnie przyjmuje się w doktrynie i orzecznictwie KIO jako zasadę próg 30% i zasadę średniej arytmetycznej ofert, ale jednak obok innych przesłanek.

Punktem odniesienia dla pojęcia rażąco niskiej ceny jest przedmiot zamówienia i jego wartość i odniesienie do innych ofert złożonych w postępowaniu (tak: postanowienie Sądu

Okręgowego w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 roku w sprawie II Ca 2194/05). Za cenę rażąco niską przyjmuje się zatem cenę nierealną w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, niewiarygodną, oderwaną od realiów rynkowych, gdy przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne (tak postanowienie Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 roku w sprawie XIX Ga 3/07).

Pierwszym wskaźnikiem przy ocenianiu, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną, jest obowiązek porównywania ceny oferty do przedmiotu zamówienia, przy czym przez to ostatnie pojęcie należy rozumieć przede wszystkim wartość zamówienia. Co do zasady, należy przyjąć, iż ustalenie wartości zamówienia dokonane przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania nastąpiło prawidłowo, przy przestrzeganiu wszelkich reguł i okoliczności obowiązujących w tej sprawie, a więc z należytą starannością. W takiej sytuacji

zamawiający w pełni jest uprawniony do odnoszenia cen złożonych ofert do ustalonej wcześniej przez siebie wartości zamówienia. Tak więc, jeżeli wykonawcy nie kwestionują wartości zamówienia w drodze środków ochrony prawnej, to brak jest podstaw do uznania tej wartości za ustaloną z nienależytą starannością (zob. też wyr. z 17.3.2009 r., KIO/UZP 262/09, Legalis). Wartość przedmiotu zamówienia została oszacowana przez zamawiającego na 415.260.000 zł. (błędnie wskazano w uzasadnieniu KIO 415 260 zł.) Adam Michałczewski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ITS złożył ofertę wskazując cenę 338 128 000 złotych. Oferta zatem ITS różniła się od szacowanej wartości zamówienia o 77.132.000 złotych to jest około 20 %. Z kolei porównując ofertę ITS do konkurentów wskazać należy, że różnica wynosi odpowiednio 73.572.000 złotych, 87.944.000 złotych. Odnosząc ją z kolei do średniej arytmetycznej czyli do kwoty 418.886.000 złotych różnica wynosi 80.758.000 złotych czyli także ok. 26 %. Przy czym wskazać należy, że cena nawet znacząco odbiegająca od szacunkowej wartości zamówienia, czy nawet od cen innych wykonawców, nie musi być ceną rażąco niską, o ile wezwany do wyjaśnień wykonawca jest w stanie udowodnić prawdziwość podanych w ofercie elementów cenotwórczych. Wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, powinien bowiem wskazać, co spowodowało obniżenie ceny, jak również w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana" (tak: wyr. z 19.1.2010 r., KIO/UZP 1902/09, Legalis). W ocenie Sądu KIO mając na względzie wyjaśnienia wykonawcy, a także stanowisko odwołującego prawidłowo wzięła pod uwagę czynniki cenokształtujące i trafnie

23

r-

się do nich odnosiła. Wskazując, że czynniki różnicujące cenę w obu przypadkach są niemiernymi zmiennymi i zależne od sytuacji gospodarczej na przestrzeni kilku lat i brak podstaw do jednoznacznego stwierdzenia, że przyjęte przez ITS założenia co do kształtowania się cen w okresie 10 lat nie zaistnieją. Zgodzić się należy z Izłą że umowa zawierana na 10 lat ze swej istoty charakteryzuje się pewną dozą niepewności dla każdej ze stron, których założenia mogą się nie potwierdzić. Skarżący wskazuje, że analiza poszczególnych pozycji składających się na koszty realizacji zamówienia, jak i obserwacja cen paliw oraz kursów walut wskazuje, że realizacja zamówienia przez ITS nie będzie rentowna. Twierdzi także, że wyjściowe wartości poszczególnych kosztów zostały przez ITS zaniżone, a przedstawione założenia odnośnie stopnia ich wzrostu nie są oparte na wiarygodnych podstawach. W ocenie jednak Sądu analiza danych makroekonomicznych, w szczególności historycznych cen paliwa oraz kursów walut wskazuje, że nie jest możliwe określenie w sposób kategoriyczny racjonalnego wzrostu poszczególnych kosztów, o czym świadczy między innymi sytuacja na rynku paliw i ostatnio odnotowane znaczne spadki cen paliw, których żadne dane makroekonomiczne ani historyczne nie były w stanie przewidzieć. Nie sposób zatem zgodzić się ze skarżącym, że spadki cen paliw występują jedynie okresowo i pozostają bez wpływu na ich ogólny i konsekwentny wzrost skoro na przełomie ostatnich ośmiu lat dwukrotnie odnotowano okresowy znaczny spadek cen w 2008 roku i 2014 roku. Nie sposób również przewidzieć czy wzrost wynagrodzeń odnotuje stały wzrost na poziomie 5 % jako to przewiduje skarżący. Zdaniem Sądu skarżący nie przedstawił w sprawie dowodów, które świadczyłyby w sposób pewny i kategoriyczny o tym, że koszty zamówienia będą znacznie wyższe niż przedstawia to ITS. Poziom kosztów ponoszonych przez poszczególnych wykonawców jest względny, o czym świadczy choćby stanowisko skarżącego, który wskazuje przedziały cenowe dla poszczególnych kategorii kosztów. Wskazać należy, że wykonawca ITS Adam Michałczewski posiada wieloletnie doświadczenie w realizacji kontraktów w ramach komunikacji miejskiej jako prywatny przewoźnik, co niewątpliwie pozwala mu na optymalizację kosztów. Trafnie podniosła KIO, że 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. Skoro zamawiający nie zawarł w specyfikacji minimalnych poziomów waloryzacji, to nie przewidział także konsekwencji z tytułu nieuwzględnienia waloryzacji przy obliczaniu ceny przez wykonawców. Wskazać należy, że zadaniem KIO nie było i nie mogło być ustalenie w jakim zakresie przyjęte kalkulacje zostaną zrealizowane, a co najwyżej zweryfikowanie czy

wykonawca złożenie oferty poprzedził racjonalną uzasadnioną kalkulacją, która

uprawdopodobni możliwość zrealizowania przedmiotu zamówienia. Wskazany zatem brak pewności powoduje, że nie ma podstaw do uznania, że poziom waloryzacji założony przez wykonawcę ITS jest nierealny i niemożliwy do wykonania zgodnie z założeniami zamówienia. Cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładając wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.

W ocenie Sądu różnice między cenami ofert należy uznać za naturalny rezultat konkurencyjnego wyścigu wykonawców, a zmienność uwarunkowań gospodarczych nie pozwala na kategoryczne stanowisko, że przyjęte prognozy przez ITS nie okazały się trafione.

W tym stanie rzeczy Sąd nie znajdując podstaw do uwzględnienia skargi orzekł o jej oddaleniu na podstawie art. 198 fust 2 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych.

W punkcie II. wyroku Sąd Okręgowy na podstawie art. 98 k.p.c. w zw. z art. 391 §1 k.p.c. zasądził od skarżącego na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu oraz Adama Michalczewskiego po 600,00 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego. Na zasądzone koszty zostały się koszty zastępstwa procesowego w kwocie po 600 zł. Przepisy powołanego Rozporządzenia ani ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych nie przewidują stawek zastępstwa procesowego dla pełnomocników biorących udział w postępowaniach o zamówienia publiczne, w tej sytuacji należało przyznać pełnomocnikowi procesowemu koszty zastępstwa stosowane w sprawach o najbardziej zbliżonym charakterze do niniejszej sprawy, w których przepisy regulują wysokość stawki. Sprawy z zakresu skarg wnoszonych do sądów od rozstrzygnięć zespołów arbitrów najbardziej zbliżone są w swym charakterem do rozstrzygnięć zapadających po rozpoznaniu skarg na orzeczenie sądów polubownych, dlatego w niniejszej sprawie powinien znaleźć zastosowanie paragraf 10 ust. 1 pkt 4 w zw. z

par. 12 ust. 1 pkt 2 w/w Rozporządzenia,/^R EĞn