

Sygn. akt KIO/228/11

**WYROK**  
z dnia 14 luty 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 lutego 2011 roku** w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „KRESPOL” Sp. z o.o., ul. Białostocka 204, 16-100 Sokółka** od czynności Zamawiającego **Urzędu Miejskiego w Sokółce, ul. Plac Kościuszki 1, 16-100 Sokółka.**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Białymstoku S.A., ul. Fabryczna 1, 15-482 Białystok** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

**2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „KRESPOL” Sp. z o.o., ul. Białostocka 204, 16-100 Sokółka** i nakazuje:

**1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „KRESPOL” Sp. z o.o., ul. Białostocka 204, 16-100 Sokółka.**

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku.**

**Przewodniczący:**

.....

**UZASADNIENIE**

**wyroku sygn. akt KIO/228/11**

W dniu **4 lutego 2011 roku** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 179 ust. 1 w związku z art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2010 r., Dz. U. Nr 113, poz.759 ze zmianami), (zwana dalej: ustawą Pzp) wpłynęło odwołanie złożone przez Odwołującego, którym jest **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „KRESPOL” Sp. z o.o. w Sokółce** w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego **Urząd Miejski w Sokółce ul. Plac Kościuszki 1, 16-100 Sokółka**.

Przedmiot zamówienia: *Wykonywanie usług komunikacji miejskiej na terenie miasta Sokółka w latach 2011-2013.*

Nr ogłoszenia o zamówieniu: 2010/S 204-311422 z dnia 20 października 2010 roku.

Odwołanie dotyczy niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności oraz zaniechań Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegających na:

1. wyborze oferty Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Białymstoku S.A.,
2. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Białymstoku S.A.,
3. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Białymstoku S.A.,
4. zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego.

W związku z dokonaniem w **dniu 27 stycznia 2011 r.** czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, Zamawiającemu zarzucono:

1. naruszenie art. 8 ust. 2 i 3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez odmowę udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień złożonych przez wykonawcę PKS w Białymstoku w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej cen, zasłaniając się faktem zastrzeżenia przez wykonawcę, iż przedmiotowe informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;
2. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy PKS w Białymstoku, pomimo że nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
3. naruszenie art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PKS w Białymstoku, która zawiera rażąco niską cenę.

W oparciu o powyższe zarzuty wnoszono o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. nakazane Zamawiającemu wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy PKS w Białymstoku i odrzucenie jego oferty a w razie stwierdzenia braku podstaw do wykluczenia:
4. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz nakazanie odrzucenie oferty PKS w Białymstoku i wyboru oferty Odwołującego,
5. przeprowadzenie dowodu z dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz z dokumentów w postaci protokołu rozprawy z dnia 20 grudnia 2010 r. w sprawie sygn. akt: KIO/2648/10 na okoliczność stanowiska Zamawiającego co do zaoferowanej przez PKS ceny oferty, wycień Odwołującego wykazujących rażąco niską cenę wykonawcy PKS w Białymstoku; zestawienia- kalkulacji ceny oferty wykonawcy PKS w Białymstoku- przedłożonej na rozprawie w dniu 20 grudnia 2010 r. przez w/w na okoliczność sposobu skalkulowania i poszczególnych elementów cenotwórczych oferty na okoliczność ceny oferty jako rażąco niskiej; dokumentów powołanych w niniejszym odwołaniu na okoliczności wskazane w odwołaniu w tym złożenia przez PKS oferty zawierającej niską cenę oraz wyroku w sprawie sygn. akt KIO 2648/10

Wykonawca wnoszący odwołanie wskazywał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone dwie oferty: Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej S.A w Białymstoku oraz Odwołującego. Uwzględnienie odwołania skutkować będzie wykluczeniem Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej S.A w Białymstoku lub odrzuceniem jego oferty. Odwołujący nie podlega wykluczeniu; w wyniku badania ofert Zamawiający uznał ofertę Odwołującego za spełniającą wymagania SIWZ, zatem oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu. Nie uzyskanie zamówienia w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które to naruszenie miało wpływ na wynik sprawy, oznacza dla Odwołującego utratę wynagrodzenia, co stanowi wymierną szkodę.

W uzasadnieniu podnoszono, iż w dniu 30 listopada 2010 r. Zamawiający rozstrzygnął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonywanie usług komunikacji miejskiej na terenie miasta Sokółka w latach 2011-2013 i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę PKS w Białymstoku.

W dniu 9 grudnia 2010 r. Odwołujący - PPHU „KRESPOL” Sp. z o.o. w Sokółce wniósł odwołanie do KIO od niezgodnej z przepisami ustawy czynności oraz zaniechania Zamawiającego w postępowaniu polegających na:

1. wyborze oferty PKS w Białymstoku S.A.
2. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy PKS w Białymstoku S.A.
3. zaniechaniu czynności zwrócenia się do wykonawcy PKS w Białymstoku o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę
4. zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy PKS w Białymstoku
5. zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego

Wyrokiem z dnia 27 grudnia 2010 r. (sygn. akt: KIO/2648/10) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie, uznając naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 26 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 90 p.z.p.

W dniu 10 stycznia 2011 r. Zamawiający wezwał wykonawców do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów w terminie do dnia 18 stycznia 2011 r. do godz. 15:00, a w szczególności:

1. Wykonawca PKS w Białymstoku został wezwany do:

a) uzupełnienia dokumentów o:

- dokumenty pojazdów świadczących o posiadaniu przez nie aktualnych badań technicznych;
- dokumentów pojazdów świadczących o ich aktualnym ubezpieczeniu;
- dokumentów pojazdów świadczących o spełnianiu przez nie normy emisji spalin EURO 2, EURO 3 lub wyższej;
- dokumentów pojazdów świadczących, że wymienione w ofercie pojazdy są w posiadaniu oferenta;
- dokumentów świadczących o posiadaniu przez oferenta co najmniej 6 kas fiskalnych z dowodami ich legalizacji;
- dokumentów świadczących o posiadaniu przez oferenta co najmniej 6 kierowców z uprawnieniami do kierowania autobusami komunikacji publicznej i aktualnych świadectw kwalifikacji zawodowej;

b) wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp

2. Wykonawca PPHU „KRESPOL” Sp. z o.o. w Sokółce zostało wezwane do złożenia wyjaśnień dotyczących oferty wobec wątpliwości Zamawiającego w kwestii zasad dysponowania przez oferenta dwoma pojazdami marki ISUZU.

W dniu **27 stycznia 2011 r.** Zamawiający ponownie rozstrzygnął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej S.A. w Białymstoku.

Odwołujący podnosił, iż wykonawca PKS w Białymstoku nie uczynił zadość wezwaniu Zamawiającego do uzupełnienia wymaganych przezeń wyjaśnień i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a tym samym powinien zostać wykluczony z postępowania zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Zgodnie z rozdziałem 7 ust. 4 lit. a) SIWZ przedmiotowego postępowania „w celu potwierdzenia, że wykonawca dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Wykonawcy powinni udokumentować, iż dysponują minimum sześcioma autobusami komunikacji publicznej posiadającymi: aktualne badania techniczne oraz aktualne ubezpieczenie, wyposażone w czasie kursów w urządzenia fiskalne umożliwiające drukowanie i sprzedaż biletów, w tym minimum 3 autobusy muszą spełniać normę emisji spalin co najmniej EURO 3 lub wyższą oraz 3 autobusy muszą spełniać normę emisji spalin co najmniej EURO 2 lub wyższą”.

Zdaniem Odwołującego, wykonawca, którego oferta została wybrana, nie przedstawił, mimo wezwania przez Zamawiającego dokumentów (nie udokumentował), iż dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym tj. sześcioma autobusami komunikacji publicznej spełniającymi normę emisji spalin co najmniej EURO 2, EURO 3 lub wyższą.

Wskazano na treść opinii zamieszczonej na stronach Urzędu Zamówień Publicznych, iż zamawiający ma obowiązek żądania dokumentów potwierdzających spełnienie warunków o których mowa w art. 22 ust. 1 w przypadku postępowań powyżej „progów unijnych”. Ciężar wykazania spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. spoczywa na wykonawcy, który ubiega się o zamówienie. Tym samym to nie zamawiający ma udowodnić podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne lecz do wykonawcy należy wykazanie braku podstaw do wykluczenia. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p. zamawiający zobowiązany jest wykluczyć wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co oznacza, że sam fakt nie wykazania spełnienia warunków wskazanych w art. 22 ust. 1 p.z.p. stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy.

Przyznano, iż faktem jest, że Zamawiający nie skonkretyzował dokumentów w zakresie wykazania wyposażenia autobusów w czasie kursów w urządzenia fiskalne umożliwiające drukowanie i sprzedaż biletów oraz spełnienia warunku w zakresie norm emisji spalin co najmniej EURO 2, EURO 3 lub wyższą co nie oznacza, że wykonawca nie był zobowiązany do złożenia dokumentów w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Taki obowiązek wynika wprost z postanowień SIWZ. Treść punktu 4 SIWZ lit. a) Rozdziału 7 nie budzi wątpliwości: Z treści tego zapisu w sposób jednoznaczny wynika, że Zamawiający wymagał od wykonawców przedłożenia odpowiednich dokumentów potwierdzających spełnienie wymogów określonych siwz w odniesieniu do autobusów.

Ponadto, należy podkreślić, iż dokumenty przedłożone przez wykonawców muszą potwierdzać w sposób nie pozostawiający wątpliwości, spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu a okoliczność spełniania bądź nie warunków udziału w postępowaniu nie może być pozostawiona interpretacji zamawiającego ani jego dobrej woli, lecz musi wynikać jednoznacznie z załączonych do wniosku dokumentów. Pogląd wskazany przez Zamawiającego, został podzielony przez KIO w wyroku z dnia 27 grudnia 2010 r. (sygn. akt: KIO/2648/10) w przedmiotowej sprawie, która uznała, iż wykonawca PKS w Białymstoku nie uczynił zadość warunkom wynikającym z Rozdziału 7 ust. 4 lit. a i b SIWZ a tym samym nie potwierdził spełniania warunków przedmiotowych udziału w postępowaniu. Zważywszy na powyższe, Odwołujący stwierdził, iż przedłożenie przez Wykonawcę PKS w Białymstoku (na wezwanie Zamawiającego) wyciągu ze świadectwa homologacji odnoszącego się wyłącznie do typu silnika nie jest równoznaczne z udokumentowaniem przez wykonawcę, iż dysponuje autobusami komunikacji publicznej spełniającymi normę emisji spalin co najmniej EURO 2, EURO 3 lub wyższą. Spełnianie przez silnik normy emisji spalin EURO 2, EURO 3 lub wyższej nie oznacza, że pojazd jako całość wypełnia tę normę. Przykładowo zamontowanie silnika spełniającego powyższe normy do starego pojazdu, wyposażonego w układ wydechowy niespełniający tychże norm powodować będzie, iż pojazd (autobus) jako funkcjonalna całość nie będzie spełniał tychże norm emisji. Normy emisji spalin mają dotyczyć autobusów (pojazdów) jako całości a nie jedynie zamontowanych w nich silników.

Ponadto Odwołujący wskazywał, że jedynymi podmiotami uprawnionymi od wystawiania dokumentów potwierdzających spełnianie odpowiednich norm emisji spalin są producenci pojazdów oraz podmioty przez nich upoważnione. Jako, że Wykonawca PKS w Białymstoku nie przedstawił dokumentów potwierdzających posiadanie pojazdów spełniających wymagane przez Zamawiającego normy emisji spalin, a jedynie potwierdzające, iż zostały one wyposażone w silniki spełniające takie normy należy stwierdzić, iż wykonawca, mimo wezwania przez Zamawiającego do złożenia wymaganych oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, nie uczynił tego, a zatem podlega wykluczeniu na mocy art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Abstrahując od powyższego, Odwołujący podnosił, iż oferta PKS w Białymstoku podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 jako zawierająca rażąco niską cenę. wskazywał, że pojęcie „rażąco niskiej ceny” jest niewątpliwie pojęciem niedookreślonym, nieostrym. Oceniając więc czy dana oferta zawiera cenę rażąco niską należy się oprzeć na takich kryteriach jak: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia

zysku; zaferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych. Punktami odniesienia dla jej określenia są: wartość przedmiotu zamówienia, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu, wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych jakimi dysponują członkowie komisji zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wskazywał, że PKS w Białymstoku zaferował cenę w wysokości 2,20 zł netto za wozokilometr co stanowi ok. 85% kwoty zaferowanej przez drugiego wykonawcę (Odwołującego się), a łączna wartość usługi świadczonej po cenie zaproponowanej przez PKS w Białymstoku wynosi 1 254 000 zł, co stanowi zaledwie ok. 78% wartości zamówienia podanej przez Zamawiającego.

Podniesiono, iż w analogicznym postępowaniu o udzielenie zamówienia na okres od dnia 1 marca 2008 roku do 31 grudnia 2010 r. wykonawca złożył ofertę, w znaczny i nie dający się racjonalnie uzasadnić sposób odbiegającą od oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu, w wysokości 2,89 zł netto za wozokilometr. Cena w przedmiotowym postępowaniu stanowi jedynie ok. 76% zaproponowanej wówczas kwoty. Tak skalkulowana cena nie pozwala zdaniem Odwołującego na realizację zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku.

Odwołujący podnosił, iż Zamawiający odmówił Odwołującemu zapoznania się z wyjaśnieniami w zakresie uzasadnienia ceny oferty stwierdzając, iż PKS w Białymstoku zastrzegł, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zdaniem Odwołującego takie działanie należy uznać za nieuprawnione bowiem zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca może zastrzec, iż określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zastrzeżenie poczynione przez PKS w Białymstoku należy zatem uznać za spóźnione, a działanie Zamawiającego za sprzeczne z ustawą Pzp. Ponadto uniemożliwienie przez Zamawiającego Odwołującemu zapoznania się z przedmiotowymi wyjaśnieniami PKS w Białymstoku stanowi znaczącą przeszkodę, jeśli chodzi o możliwość skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie do KIO.

Odwołujący podkreślił jednak, że PKS w Białymstoku w toku postępowania odwoławczego przed KIO (sygn. akt KIO/2648/10) przedstawił kalkulację mającą wykazać, iż zaferowana przezeń cena nie jest rażąco niska. Wyliczenie to, zdaniem PKS w Białymstoku, wskazuje, iż zaproponowana cena 2,20 zł za wozokilometr przy uwzględnieniu wszelkich kosztów pozwoli wykonać przedmiotowe zamówienie przy założeniu osiągnięcia zysku. Umożliwiło to Odwołującemu odniesienie się do skalkulowanej przez PKS ceny.

Odwołujący wskazywał, iż przedstawiona przez PKS w Białymstoku kalkulacja kosztów zawiera jedynie niespełna 20 pozycji i nie uwzględnia tak istotnych wydatków jak: wynagrodzenie kierowców, mechaników i pracowników administracji, kosztów utrzymania warsztatu, podatku od nieruchomości, kosztów ogólnozakładowych itd. Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący podnosił, iż wyjaśnienia złożone przez PKS w Białymstoku w przedmiocie wysokości zaoferowanej ceny nie mogły odnosić się do wszystkich składników cenotwórczych mających wpływ na koszt wykonania przedmiotowego zamówienia, ponieważ PKS w Białymstoku w swojej kalkulacji (przedłożonej na rozprawie 20 grudnia 2010 r.) nie uwzględnił w/w składników cenotwórczych, co potwierdził na rozprawie w dniu 20 grudnia 2010 r. pełnomocnik Zamawiającego.

Skoro zdaniem PKS przedłożona na rozprawie w dniu 20 grudnia 2010 r. w sprawie KIO 2648/10 kalkulacja uzasadniała stawkę 2,20 zł za wozokilometr, to fakt nieuwzględnienia wyżej wymienionych kosztów, uzasadnia twierdzenie Odwołującego, że stawka w wysokości 2,20 zł jest rażąco niska - cena ta przy zachowaniu reguł rynkowych wykonania umowy za zaoferowaną cenę jest nieopłacalna - zamówienie będzie realizowane za cenę poniżej kosztów.

Stanowisko Odwołującego potwierdziła KIO we wspomnianym wyżej wyroku z dnia 27 grudnia 2010 r. stwierdzając: „w szczególności przedłożone na rozprawie przez Przystępującego kalkulacje szczegółowe nie zawierały wszystkich kompletnych elementów cenotwórczych takich jak wynagrodzenie kierowców, koszty administracyjne, wszelkie pochodne kosztów związanych z pracą mechaników, koszty utrzymania warsztatu, biura, zarządu w rozbiciu na 1 wozokilometr, koszty energii, podatek od nieruchomości itp., pozwalających na ocenę występowania obiektywnych czynników rzutujących na wysokość ceny.

Odwołujący podnosił również, że skoro Wykonawca PKS w Białymstoku w postępowaniu przed KIO (sygn. akt KIO 2648/10) przedstawił kalkulację -zawierającą wszelkie, zdaniem wykonawcy, istotne składniki cenotwórcze uzasadniające wysokość zaproponowanej ceny za wozokilometr mającą jego zdaniem wykazać, iż złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, złożone przezeń wyjaśnienia w trybie art. 90 ustawy Pzp na wezwanie Zamawiającego nie mogą się różnić treściowo od tych wskazanych w postępowaniu przed KIO. Jakakolwiek inna sytuacja świadczyłaby o nierzetelnych działaniach PKS w Białymstoku. Uwzględnienie w przedmiotowych wyjaśnieniach jakichkolwiek innych składników cenotwórczych niż przedstawione uprzednio w postępowaniu przed KIO skutkować będzie powiększeniem kosztów PKS w Białymstoku, co nieuchronnie musi prowadzić do stwierdzenia, iż możliwość wykonania przedmiotowego



zamówienia po cenie 2,20 zł netto za wozokilometr nie jest możliwe przy założeniu osiągnięcia przez Wykonawcę zysku.

Odwołujący w celu wykazania, że oferta wykonawcy konkurencyjnego zawiera rażąco niską ceną, w oparciu o kalkulację przedłożoną przez PKS na rozprawie w dniu 22.12.2010 r. w sprawie KIO/2648/10, sporządził kosztorys jednego wozokilometra (w rozbiciu na kilkadziesiąt pozycji) z uwzględnieniem warunków technicznych, ekonomicznych, organizacyjnych PKS w Białymstoku. Kalkulacja ta stanowi załącznik jako integralna część odwołania. Z przedmiotowej kalkulacji wynika, iż przy założeniu minimum zysku (5% - czyli niewiele ponad poziom inflacji), za próg opłacalności należałoby przyjąć stawkę 3,05 zł netto za wozokilometr. Nawet gdyby przyjąć niedokładność wskazanego kosztorysu, wyliczona stawka jest w znaczącym i nie nadającym się uzasadnić stopniu wyższa niż wynikająca z oferty PKS w Białymstoku.

Biorąc pod uwagę powyższe, oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalnym, tym samym Zamawiający nie ma gwarancji wykonania umowy przez wykonawcę według ceny przedstawionej przez niego w ofercie. Co prawda Zamawiający w Rozdziale 22 pkt. 2 lit. c) SIWZ przewidział możliwość zmiany ceny w przypadku powstania nadzwyczajnej zmiany warunków rynkowych, których nie można było przewidzieć przy zawieraniu umowy, co w ocenie Odwołującego nie usprawiedliwia przyjęcia przez Zamawiającego oferty z rażąco niską ceną na datę złożenia oferty i przy tak sformułowanych warunkach nie daje dowolności w jej podwyższeniu w późniejszym okresie, co przy zasadzie jawności umów zamówień publicznych jest możliwe do zweryfikowania.

Cena oferty złożona przez wykonawcę jest również nierealna w stosunku do cen rynkowych podobnych zamówień - co stanowi kolejną przesłankę uznania przedmiotowej oferty za zawierającą rażąco niską cenę. W gminach o podobnej wielkości znajdujących się na terenie województwa podlaskiego, usługi komunikacji miejskiej świadczone są po stawkach zdecydowanie wyższych niż zaproponowane przez PKS Białystok. Przykładowo na terenie gminy Siemiatycze najniższa oferta na wykonywanie tego typu usług w 2008 r. wyniosła 3,21 zł brutto za wozokilometr, natomiast na terenie miasta Hajnówka usługi komunikacji miejskiej świadczonej były w latach 2006-2007 po kwotach: 2,79 zł brutto za wozokilometr, 4,89 zł brutto za wozokilometr, 2,90 zł brutto za wozokilometr oraz 3,18 zł brutto za wozokilometr.

Niezależnie od faktu, czy oferta złożona przez PKS w Białymstoku zawiera rażąco niską cenę, powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, jako że wezwany do złożenia wyjaśnień Wykonawca zrobił to w sposób

niewystarczający do oceny, czy zaoferowana cena jest rażąco niska. Należy zauważyć, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO, wystąpienie do Wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustanawia domniemanie prawne zaproponowania w ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, a na Wykonawcy ciąży obowiązek udzielenia wyjaśnień mających na celu obalenie tego domniemania. Oferta Wykonawcy, który złożył niewystarczające wyjaśnienia powinna podlegać odrzuceniu w związku z nieobaleniem wskazanego wyżej domniemania prawnego.

Ponadto nie jest wystarczające złożenie przez Wykonawcę jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia te powinny zawierać podanie obiektywnych, weryfikowalnych oraz konkretnych powodów, uzasadniających zastosowanie niskiej ceny. Wyjaśnienia mają zatem mieć charakter materialny, a nie formalny w postaci złożenia jakichkolwiek wyjaśnień. Co więcej Wykonawca powinien wskazać co spowodowało obniżenie ceny, jak również w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. Przedstawione wyjaśnienia powinny być również poparte stosownymi dowodami. Same wyjaśnienia mają bowiem - jako oświadczenia pochodzące od podmiotu zainteresowanego rozstrzygnięciem postępowania - zawsze charakter subiektywny.

PKS w Białymstoku, jak wynika z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia z dnia 24 stycznia 2011 r. (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia) oświadczył również, że poczynił w ostatnich latach działania organizacyjne i strukturalne mające na celu obniżenie kosztów, w tym kosztów pracowniczych. Wykonawca nie przedstawił jednak dokumentów potwierdzających, iż takie działania zostały faktycznie podjęte, na czym konkretnie polegały oraz jaki był wpływ podjętych działań na poszczególne składniki cenotwórcze oferty. W szczególności PKS w Białymstoku nie wykazał jakie działania umożliwiły mu złożenie w przedmiotowym postępowaniu oferty w wysokości 2,20 zł netto za wozokilometr, podczas gdy w analogicznym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na lata 2008-2010 wyniosła ona 2,89 zł netto. Wskazane oświadczenie ma jedynie charakter ogólny, nie zostało w żaden sposób udowodnione, a uwzględniając powyższą analizę orzeczeń KIO, nie może zostać uznane wystarczające w świetle art. 90 ustawy Pzp.

PKS w Białymstoku powołuje się również na zamiar wprowadzenia w trakcie wykonywania zamówienia nowocześniejszych, bardziej ekonomicznych autobusów, generujących niższe koszty eksploatacji. Abstrahując od faktu, iż zamiary i deklaracje wykonawcy nie poparte dokumentami nie mogą być brane pod uwagę przez Zamawiającego w trakcie postępowania, zdaniem Odwołującego zakup nowych pojazdów nie wpłynie na

spadek, ale na wzrost kosztów wykonawcy. Wskazana przez PKS w Białymstoku kalkulacja oferowanej ceny na poziomie 2,20 zł netto nie uwzględnia kosztów zakupu nowych autobusów, ich amortyzacji, ubezpieczenia, kosztów uzyskania kredytu oraz odsetek. Niższe koszty eksploatacji nie będą w stanie zrekompensować wskazanych wyżej kosztów zakupu autobusów - biorąc pod uwagę, relatywnie krótki okres na jaki udzielane jest zamówienie oraz fakt, iż zamawiający nie dokonał jeszcze wskazanego zakupu.

Należy podkreślić, że Zamawiający oceniając złożone wyjaśnienia bierze pod uwagę obiektywne czynniki wymienione w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, takie jak oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej na podstawie odrębnych przepisów. Skoro zatem - jak zostało wykazane powyżej - wykonawca nie przedstawił obiektywnych dowodów bądź zindywidualizowanych i zobiektywizowanych przyczyn wysokości zaoferowanej ceny - biorąc pod uwagę wskazane w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp kryteria - opierając się jedynie na subiektywnych informacjach o ogólnym charakterze - jego wyjaśnienia nie mogą zatem stanowić uzasadnienia wysokości całości oferty wykonawcy, a jego oferta powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego.

Reasumując zatem zarzuty odwołania i ich uzasadnienie należy uznać, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W dniu 11 lutego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca – Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Białymstoku S.A.

**Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych przez strony na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Po drugie ustalono, iż Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w złożeniu odwołania, gdyż złożył nie podlegającą odrzuceniu ofertę w postępowaniu, a zatem potwierdzenie się zarzutów w stosunku do czynności i zaniechań Zamawiającego, w tym wykluczenie Przystępującego i odrzucenie jego oferty oznaczałoby dla Odwołującego możliwość uzyskania zamówienia i podpisania niepodlegającej unieważnieniu umowy, na

warunkach, które umożliwią jej wykonanie. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego.

W rozdziale 7 ust. 4 lit. a) SIWZ Zamawiający żądał, aby w celu potwierdzenia, że wykonawca dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, udokumentowano, iż wykonawca dysponuje minimum sześcioma autobusami komunikacji publicznej posiadającymi aktualne badania techniczne oraz aktualne ubezpieczenie, wyposażonymi w czasie kursów w urządzenia fiskalne umożliwiające drukowanie i sprzedaż biletów, w tym minimum 3 autobusy musiały spełniać normę emisji spalin co najmniej EURO 3 lub wyższą oraz 3 autobusy musiały spełniać normę emisji spalin co najmniej EURO 2 lub wyższą.

W wyniku uwzględnienia odwołania wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej jeden z wykonawców (Przystępujący) wezwany został przez Zamawiającego do uzupełnienia powyższych dokumentów oraz złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W wykonaniu tego wezwania wykonawca złożył świadectwa homologacji dla pojazdów, które wskazał w wykazie autobusów oraz decyzje zwalniające z obowiązku uzyskania świadectw homologacji.

Odwołujący kwestionuje prawidłowość uzupełnionych dokumentów w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Twierdzi także, iż złożone wyjaśnienia nie udowodniły prawidłowości zaproponowanej ceny oraz że nieuprawnione było działanie Przystępującego polegające na utajnieniu części wyjaśnień dotyczących elementów kalkulacyjnych.

**Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje:**

**Odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.**

**Zarzut naruszenia przepisów art. 8 ust. 2 i 3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp**

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, iż w niniejszym postępowaniu uprawniona była czynność w zakresie utajnienia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji złożonych w toku wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Tym samym skład orzekający podzielił stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku sygn. akt. KIO 2721/10, 2728/10.

Przekazane przez wykonawcę Przystępującego informacje, co do których zastrzegł, iż są one tajemnicą przedsiębiorstwa, stanowiły rozwinięcie elementów kosztowych, wskazujących na sposób kalkulacji ceny złożonej oferty. Zawierały także informacje, których wykonawca nie udostępnił na zewnątrz, np. wysokość naliczanej marży. Nie były to zatem, zgodnie z oświadczeniem Przystępującego, informacje powszechnie dostępne. Wypełniona w ocenie składu orzekającego została definicja pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. z 2003 r., Dz. U. Nr 153, poz. 1503 ze zmianami). Zgodnie z art. 11 ust. 4 wskazanej 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.

Nie ulega wątpliwości, iż informacje zawarte w wyjaśnieniach mają wartość gospodarczą. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe jej strategii spełniają przesłanki uznania informacji tych za tajemnicę przedsiębiorstwa jako posiadających wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na uzyskanie wyniku zaprezentowanego w złożonej ofercie. Działanie takie doprowadzić miało wykonawcę do uzyskania zamówienia publicznego i skutecznego konkutowania na danym rynku.

Zamawiający badając wyjaśnienia złożone na jego wezwanie przez Przystępującego zachował zasady określone w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 roku (sygn. akt III CZP 74/05) w zakresie badania skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W przypadku stwierdzenia bezskuteczności dokonanego zastrzeżenia, Zamawiający zobowiązany jest do odtajnienia tej części. Izba pragnie jednocześnie zauważyć, iż nieuprawnione ujawnienie cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jest czynem nieuczciwej konkurencji i naraziłoby Zamawiającego na odpowiedzialność z tego tytułu. Ponadto Odwołujący poza gołosłownymi twierdzeniami nie przedstawił żadnych dowodów, które potwierdziły jego wywody na temat uczynionego zastrzeżenia.

Co do twierdzeń Odwołującego, iż Przystępujący nie mógł zastrzec w terminie złożenia wyjaśnień informacji tam zawartych z uwagi na brzmienie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ zastrzeżenie jest możliwe nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, Izba wskazuje, iż dokument, w którym zastrzeżono informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa złożony został dopiero po wezwaniu przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień. Dokument ten nie stanowi więc

części oferty. Zatem jeżeli dokument ten został złożony w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego po złożeniu oferty przez wykonawcę, niemożliwe było zastrzeżenie jego treści w chwili złożenia oferty choćby dlatego, że w momencie składania oferty dokument taki po prostu nie istniał. Za prawidłowe uznano więc zastrzeżenie wyjaśnień jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jednocześnie ze złożeniem tych wyjaśnień.

### **Zarzut naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp**

#### Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Faktem bezspornym między stronami jest to, iż Zamawiający w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu odnośnie potencjału technicznego i osobowego nie wymagał konkretnych dokumentów. Strony zgadzają się również co do tego, że nawet jeżeli Zamawiający nie skonkretyzował dokumentów, nie oznacza to, iż wykonawca nie był zobowiązany do przedłożenia dokumentów, z których wynikać będzie spełnianie powyższych warunków.

Przystępujący złożył świadectwa homologacji oraz decyzje zwalniające z obowiązku uzyskania świadectwa homologacji pojazdów wystawione przez producenta autobusów wymienionych w wykazie sprzętu (Autosan S.A.). Świadectwa oraz decyzje, wbrew twierdzeniom Odwołującego, dotyczą kompletnego pojazdu, nie zaś tylko jego silnika. Wynika to z treści samego dokumentu, gdzie szczegółowo określono markę, model, numer identyfikacyjny pojazdu, dane odnoszące się do silnika i innych części składowych pojazdu. Wszystkie wymienione w wykazie autobusy wyprodukowano po roku 2000, zatem nieuprawnione są również twierdzenia Odwołującego, że tylko silniki spełniają wymogi normy EURO 2 i 3 w zakresie emisji spalin, natomiast całe pojazdy już nie. Ponadto Odwołujący nie przedstawił na poparcie swojej tezy żadnych dowodów, które pozwoliłyby uznać zarzut za zasadny.

Skoro zatem Zamawiający nie skonkretyzował wymagań w zakresie dokumentów potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, to w ocenie składu orzekającego Izby, za wystarczające i wykazujące spełnianie warunków udziału należało uznać świadectwa homologacji i decyzje zwalniające złożone przez Przystępującego na wezwanie do uzupełnienia dokumentów.

### **Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.**

#### Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Na początku rozważań zauważyć należy, iż ani polskie ustawodawstwo ani też dyrektywny unijny nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny. Słownik Języka Polskiego PWN opisuje przymiotnik „rażący” jako dający się łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy, bezsporny. Zgodnie z dotychczas przyjętą linią orzecznictwa należy przyjąć, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną, w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Ceną rażąco niską będzie zatem cena znacząco odbiegająca od cen rynkowych przyjętych dla danego przedmiotu zamówienia, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy (wyrok ZA z 23 marca 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-297/07).

Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W celu upewnienia się, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie przepisu dotyczącego rażąco niskiej ceny, Zamawiający powinien pozyskać jednoznaczne wyjaśnienia od Wykonawcy i dopiero w wyniku oceny tych wyjaśnień podjąć dalsze decyzje, w tym o wyborze oferty (sygn. akt UZP/ZO/0-564/06 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8.04.2009 r., sygn. Akt XII Ca 59/09). Niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie (np. wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium) i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu, bez podania wykonawcom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna (orzeczenie ETS z 22 czerwca 1989 r., C-103/88, Fratelli Constanzo SpA przeciwko Comune di Milano, ECR 1989, str. 01839). Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, 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. Zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jeśli zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 KC, zgodnie z którym ciężar

udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne (za wyrokiem SO w Katowicach z 30.01.2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07). Dopiero wyjaśnienia mogą stanowić podstawę decyzji Zamawiającego o uznaniu lub nie złożenia oferty z rażąco niską ceną. Sama znacząca różnica ceny oferty w odniesieniu do wartości szacunkowej zamówienia oraz średniej ceny pozostałych ofert może jedynie uzasadniać wszczęcie procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie może zaś przesądzać wyników tej oceny. Należy zauważyć, że w sytuacji wszczęcia procedury wyjaśniającej elementy ceny, to na wykonawcy, którego cena oferty podlega wyjaśnieniu, spoczywa ciężar wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Natomiast w przypadku złożenia wyjaśnień poddanych następnie ocenie przez Zamawiającego ciężar dowodu co do niewystarczalności złożonych wyjaśnień dla uznania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na odwołującym. W przedmiotowej sprawie Zamawiający pismem z dnia 10 stycznia 2011 r. wezwał wykonawcę PKS w Białymstoku w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień. Wyjaśnienia takie zostały przez wezwanego wykonawcę przedstawione.

W zaistniałej sytuacji faktyczno-prawnej, Izba za prawidłowe i wystarczające uznała wyjaśnienia złożone przez Przystępującego w zakresie zaoferowanej ceny w ofercie i podejrzenia wystąpienia ceny rażąco niskiej.

Nie są uprawnione twierdzenia Odwołującego, że Przystępujący nie przedstawił obiektywnych czynników uzasadniających wysokość zaoferowanej w ofercie ceny. W dokumencie zawierającym wyjaśnienia wykonawca szeroko i szczegółowo przedstawił dojście do zaproponowanej w ofercie stawki za 1 wozokilometr i jakie czynniki miały wpływ na wysokość tej stawki. Kalkulacja wykonana przez Odwołującego i złożona wraz z odwołaniem, z której wynikało, iż cena jednego wozokilometra powinna kształtować się na poziomie 3,05 zł, niewątpliwie była kalkulacją szczegółową, niewątpliwie zawierała również elementy, którymi to właśnie Odwołujący kierował się składając ofertę. Niekoniecznie jednak Przystępujący musiał kierować się tymi samymi czynnikami, a z pewnością czynniki te nie musiały kształtować się w tych samych wysokościach, które do analizy przyjął Odwołujący. Potwierdziły to choćby faktury za zakup paliwa złożone z pismem procesowym Przystępującego, które wskazywały na znaczną różnicę między kosztem przyjętym przez Odwołującego i Przystępującego. Warto również zauważyć, iż sam Odwołujący złożył ofertę, w której koszt 1 wozokilometra wyceniono na poziomie poniżej 3,05 zł.

Nieuprawnionym, w ocenie składu orzekającego, jest również wniosek, że skoro wykonawca Przystępujący na poprzedniej rozprawie złożył pewne wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, to w wyjaśnieniach uczynionych na wezwanie Zamawiającego nie mógł



przedstawić innych czynników, które miały wpływ na wysokość oferowanej ceny. Twierdzenia Odwołującego nie znajdują odzwierciedlenia w protokole z rozprawy w sprawie o sygn. akt KIO2648/10 ponieważ protokół ten nie zawiera stwierdzenia, że przedłożone

w toku prowadzonej rozprawy informacje zawierają wszelkie istotne składniki cenotwórcze uzasadniające wysokość zaproponowanej ceny. Z uzasadnienia wyroku KIO 2648/10 wysnuć można wniosek wręcz odwrotny, skoro jest tam mowa o tym, iż „*przedłożone na rozprawie przez Przystępującego kalkulacje szczegółowe nie zawierały wszystkich kompletnych elementów cenotwórczych takich jak...*”. Jak słusznie zauważył Przystępujący, dowody te składane były aby wykazać, że cenę skalkulowano z należytą starannością oraz na podstawie rzeczywistych wskaźników kalkulacyjnych. Za znamienne należy ponadto uznać fakt, że poprzedni skład orzekający uznał złożone wyjaśnienia za niewystarczające i nakazał Zamawiającemu przeprowadzenie procedury wyjaśniającej na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Jeżeli złożone wyjaśnienia nie mogłyby różnić się treściowo od tych złożonych na rozprawie, niecelowym byłoby przeprowadzanie dalszego postępowania wyjaśniającego.

Właśnie te wyjaśnienia wskazały na różnice pomiędzy kosztami ponoszonymi przez poszczególnych wykonawców. Ustawa Prawo zamówień publicznych stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień (okoliczność ta nie miała miejsca w przedmiotowym postępowaniu) lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W niniejszym postępowaniu wykonawca Przystępujący przedstawił (na wezwanie w trybie art. 90 ustawy Pzp) informację, które wyjaśniają różnice pomiędzy cenami zawartymi w ofertach Odwołującego i Przystępującego. Wyjaśnienia dotyczą elementów, które odnoszą się do elementów kalkulacyjnych (w tym marży) oraz innych czynników (np. organizacyjnych), a zatem mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia w świetle poczynionych ustaleń i przedstawionych faktów nie potwierdziły, że wykonanie zamówienia za wskazaną stawkę za 1 wozokilometr było niemożliwe do zrealizowania.

Zamawiający dokonał analizy tych wyjaśnień oraz złożonych dowodów i uznał, że dokonana ocena nie potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę, co warunkuje jej odrzucenie na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby należy uznać, iż wykonawca PKS w Białymstoku S.A. zastosował się do wezwania Zamawiającego i złożył wyjaśnienia zgodnie z jego wymaganiami, wyjaśnienia te zaś odnoszą się do elementów cenotwórczych.

Nie można zatem uznać, jak chce tego Odwołujący, że wyjaśnień tych nie było. Skoro zatem nie można uznać, iż wyjaśnienia nie zostały złożone i odrzucić na tej podstawie oferty, Odwołujący winien wykazać, dlaczego Zamawiający dokonał błędnej oceny wyjaśnień, w tym przedstawić dowody uzasadniające twierdzenie, że nie jest możliwym wykonanie przedmiotowego zamówienia za cenę wskazaną w ofercie wykonawcy Przystępującego. Izba zwraca uwagę na okoliczność, że postępowanie odwoławcze ma charakter kontradiktoryjny i zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, to strony postępowania są zobowiązane w pierwszej kolejności wykazywać dowody na potwierdzenie stawianych zarzutów (wyrok KIO z dnia 12 lutego 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 37/10, KIO/UZP 38/10). Odwołujący co prawda załączył do odwołania sporządzoną przez siebie kalkulację ceny, jednakże z powodów wskazanych powyżej w niniejszym uzasadnieniu, nie mogła ona zostać uznana za dowód wystarczający do udowodnienia tezy wystąpienia rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego. Za dowód taki nie uznano również korespondencji złożonej na rozprawie przez Odwołującego pomiędzy jego przedsiębiorstwem a Zamawiającym, z której wynikało, iż w związku ze świadczeniem w miesiącu styczniu i lutym 2011 roku usług wykonywania komunikacji miejskiej za stawkę wynikającą z oferty Przystępującego, tj. 2,20 zł netto za 1 wozokilometr, Odwołujący ponosi stratę. Korespondencja ta może jedynie wskazywać, iż wykonywanie powyższego zadania za taką stawkę jest nieopłacalne dla strony Odwołującej się, nie może natomiast, nawet w sposób pośredni, świadczyć o wystąpieniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego rażąco niskiej ceny, choćby ze względu na różnice w wielkości i sposobie prowadzenia przedsiębiorstwa, które podkreślali Odwołujący i Przystępujący.

Izba nie dopatrzyła się więc naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, mających wpływ na wynik postępowania w zakresie wskazanym w odwołaniu, które pozwoliłoby na uwzględnienie odwołania. Nie można zarzucić Zamawiającemu, że prowadził postępowanie bez poszanowania zasad uczciwej konkurencji, czy też równego traktowania wykonawców i z powyższych względów, na podstawie art. 192 ust. 1 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 nie mogła jednocześnie uwzględnić wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa prawnego ponieważ

zgodnie z § 3 pkt 2) przywołanego rozporządzenia o kosztach zwrot uzasadnionych kosztów strony dokonany być może jedynie na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

**Przewodniczący:**

.....