

Sygn. akt: KIO 2937/13

**WYROK**  
**z dnia 10 stycznia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Cyprian Świś**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2013 r. przez wykonawcę **A 21 Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku, ul. Podmiejska, 47-204 Rybnik** w postępowaniu prowadzonym przez **Międzygminny Związek Komunikacyjny w Jastrzębiu Zdroju, ul. Przemysłowa 1, 44-335 Jastrzębie Zdrój**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwa Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju, ul. Przemysłowa 1, 44-335 Jastrzębie Zdrój** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2937/13 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę A 21 Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku, ul. Podmiejska, 47-204 Rybnik i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **A 21 Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku, ul. Podmiejska, 47-204 Rybnik** tytułem wpisu od odwołania

- 2.2. zasądza od wykonawcy **A 21 Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku, ul. Podmiejska, 47-204 Rybnik** na rzecz **Międzygminnego Związku Komunikacyjnego w Jastrzębiu Zdroju, ul. Przemysłowa 1, 44-335 Jastrzębie Zdrój** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gliwicach**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Międzygminny Związek Komunikacyjny z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Świadczenie autobusowych usług przewozowych w systemie komunikacji miejskiej na liniach wchodzących w skład sieci komunikacyjnej obejmującej obszar Czerwonki – Leszczyn; Żor oraz gmin ościennych”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25 października 2013 r., nr 2013/S 208-360490.

W dniu 13 grudnia 2013 r. r. (pismem z dnia 10 grudnia 2013 r.) zamawiający poinformował wykonawcę A 21 Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze oferty wykonawcy PKM Sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju, zwanego dalej „wykonawcą PKM”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 20 grudnia 2013 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 20 grudnia 2013 r.) wobec:

1. czynności zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty pomimo istnienia przesłanek odrzucenia oferty, czym naruszono art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PKM, pomimo istnienia przesłanek odrzucenia tej oferty, czym naruszone zostały przepisy art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwaną dalej „ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”, względnie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
2. czynności zamawiającego polegającej na:
  - a) wyborze najkorzystniejszej oferty pomimo istnienia przesłanek odrzucenia oferty, czym naruszono art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PKM, pomimo istnienia przesłanek odrzucenia tej oferty (wybranej jako najkorzystniejsza), czym naruszone zostały przepisy art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, względnie
  - b) wyborze najkorzystniejszej oferty oraz zaniechania zamawiającego wypełnienia procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, czym naruszono przepis art. 91 ust. 1 i art. 90 ust. 1 ustawy Pzp

zarzucając czynnościom i zaniechaniom zamawiającego naruszenie wymienionych wyżej przepisów ustawy a także przepisów wymienionych w uzasadnieniu odwołania.

Jednocześnie odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenia czynności oceny ofert
2. odrzucenia oferty wykonawcy PKM i nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert złożonych w toku postępowania, względnie
3. nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy PKM o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość cen
4. przyznanie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż zamawiający w cz. III SIWZ ust. 2 oraz w załączniku nr 7 (pkt 1.6.2. i 1.6.3) wymagał aby przedstawione do realizacji zamówienia autobusy, jeśli chodzi o tabor A, były nie starsze niż 1997 r., natomiast jeśli chodzi o tabor B i C aby autobusy te były nie starsze niż 10 lat od daty produkcji. Wymaganie to zostało powtórzone w §3 projektu umowy załączonego do SIWZ. Zamawiający od powyższych zasad dopuścił jeden wyjątek ograniczony czasowo tj. zezwolił aby do 1 stycznia 2015 r. 50% taboru B i C, którym wykonywane będzie zamówienie było wyprodukowane w 2002 r., pozostałe 50% musi być nie starsze niż 10 lat od daty produkcji. Tak ukształtowane wymaganie, aby tabor w czasie realizacji umowy był nie starszy niż 10 lat od daty produkcji, przy uwzględnieniu 10 letniego okresu realizacji zamówienia, wymagał od wykonawcy zaoferowania bądź taboru całkowicie nowego, wyprodukowanego w 2014 r., który to tabor nawet w ostatnim roku realizacji zamówienia tj. w 2024 roku, będzie spełniał wymaganie 10 letniego wieku autobusów; bądź też zaoferowania autobusów już używanych, który to tabor będzie sukcesywnie odnawiany tak aby w każdym roku realizacji zamówienia spełnione było wymaganie 10 letniego wieku pojazdów.

Wykonawca PKM zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę łączną ustaloną przy zastosowaniu stawek netto wynoszących 4,99 zł za wozokilometr co do taboru B i C, oraz 6 zł netto za wozokilometr odnośnie taboru A. Co dało łączną cenę oferty wynoszącą 48.498.372 zł brutto.

Łączna cena brutto oferty tego wykonawcy była niższa od łącznych cen pozostałych ofert odpowiednio o 12,1% i 12,86%. Cena jednostkowa netto za tabor B i C była niższa od ceny jednostkowej pozostałych ofert o 13,07% i 13,82%. Cena jednostkowa za tabor A była o 4,53% wyższa od cen pozostałych oferentów. Natomiast cena jednostkowa oferty netto uśredniona (wartość oferty netto podzielona przez łączną liczbę wozokilometrów) wyniosła 5,04 zł netto.

Wykonawca PKM przedstawił do wykonania przedmiotowego zamówienia, tabor opisany w załączniku do oferty, z którego wynika, iż wykonawca ten zdecydował się na wariant odnawiania swojego taboru w okresie realizacji zamówienia, a to celem spełnienia wymagania 10 letniego wieku pojazdów w czasie wykonywania usług przewozowych.

Dla celów skalkulowania oferty złożonej w niniejszym przetargu, należało uwzględnić co najmniej następujące wydatki: koszt inwestycji w tabor typu B i C, koszt paliwa, koszt wynagrodzeń kierowców, koszt dojazdów (tylko z Jastrzębia - Zdroju do Żor), koszt ubezpieczenia autobusów, koszt podatku od środków transportowych oraz koszt części zamiennych i eksploatacyjnych

Reasumując wskazał, iż wykonawca PKM zdecydował się na złożenie oferty wskazując cenę ofertową jednostkową (średnia cena 5,04 zł /1 wzkm), która nie pozwala na pokrycie kosztów niezbędnych do poniesienia w celu realizacji usługi. Oznacza to, że złożenie przez tego wykonawcę oferty w toku niniejszego postępowania oznacza zaoferowanie sprzedaży usług poniżej kosztów ich wytworzenia, o czym stanowi art. 15 ust. 1 pkt 1 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wypełniając tym samym przesłankę uznania takiego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący dodał, iż nawet gdyby uznać, że zachowanie wykonawcy PKM nie wypełnia znamion czynu nieuczciwej konkurencji stypizowanego w art. 15 ust. 1 pkt 1 cytowanej ustawy, to złożenie przez tego wykonawcę oferty z pewnością pozostają nadal czynem nieuczciwej konkurencji w oparciu o ogólne przesłanki z art. 3 ust. 1 tej ustawy. Zgodnie z jego treścią czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Wykonawca ten cenę na poziomie rynkowym (6,00 zł netto /1 wzmk) wskazał wyłącznie za ten zakres usług, który stanowi tylko 10% przedmiotu zamówienia, natomiast za usługi stanowiące około 90% całego zakresu rzeczowego, PKM Spółka z o.o. wskazała cenę zaniżoną poniżej kosztów wytworzenia usługi, co pozwoliło jej w ostatecznym rachunku uzyskać najkorzystniejszą wartość ofertową. Tym samym zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji opisany w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Nadto podniósł, że spełniona została również przesłanka odrzucenia oferty wykonawcy PKM, wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na zaoferowanie przez ten podmiot ceny rażąco niskiej. Potwierdza to stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 18 lutego 2013 r. KIO 240/13: „Rażąco niska cena to cena nierealistyczna, zaoferowana poniżej kosztów świadczenia usługi, uniemożliwiająca wykonanie przedmiotu zamówienia.” Dokładnie takie cechy można przypisać zarówno cenie jednostkowej zaoferowanej przez wykonawcę PKM, jak również cenie łącznej, a to z uwagi

na powtarzalność realizacji usług, powtarzalność ponoszonych kosztów w każdym kolejnym miesiącu oraz sposób obliczenia ceny końcowej łącznej, która jest w zasadzie iloczynem ceny jednostkowej i ilości wozokilometrów. Zamawiający dopuścił się więc naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie odrzucając oferty wykonawcy PKM pomimo tego, że cena oferty jest ceną rażąco niską.

Z ostrożności procesowej odwołujący podniósł także, iż zamawiający dopuścił się co najmniej naruszenia przepisu art. 90 ustawy Pzp. Przepis ten przewiduje bowiem obligatoryjną dla zamawiającego czynność polegającą na wezwaniu wykonawcy do udzielenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w sytuacji można nabrać wątpliwości czy zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Zamawiający jako podmiot, który wielokrotnie organizował przetargi na usługi komunikacyjne, w których udział brał wykonawca PKM, a także, a może przede wszystkim, jako podmiot kapitałowo powiązany z PKM Spółką z o.o., dysponujący całością udziałów tej spółki - powinien dysponować wiedzą co do rzeczywistych kosztów ponoszonych przez PKM Spółkę z o.o. i tym samym powinien był od razu po otwarciu ofert nabrać wymienionych wyżej wątpliwości co do zaoferowanej ceny.

Pismem z dnia 20 grudnia 2013 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe pismo wykonawca PKM otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 23 grudnia 2013 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca PKM przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Zamawiający w dniu 7 stycznia 2014 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający wymagał aby wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie w treści złożonej oferty (formularzu oferty) podali następujące dane: cenę jednostkową wozokilometra netto i brutto dla typu taboru: A, B i C oraz cenę oferty netto i brutto.

Szacunkową wartość zamówienia zamawiający ustalił na kwotę 51.620.000,00 zł netto i 55.749.600,00 zł brutto. Natomiast szacowaną wartość za usługi świadczone taborem typu A, B i C oszacował na kwotę 5,80 zł/wzkm.

Wykonawca PKM za realizację przedmiotu zamówienia zaoferował następujące ceny: łączną cenę oferty netto 44.905.900,00 zł; łączną cenę oferty brutto 48.498.372,00 zł. Nadto za usługi świadczone taborem typu A – 6,00 zł/wzkm netto i 6,48 zł/wzkm brutto oraz taborem typu B i C – 4,99 zł/wzkm netto i 5,39 zł/wzkm brutto.

W postępowaniu złożono trzy oferty.

Wykonawca V-BUS Sp z o.o. z siedzibą w Żorach (oferta nr 1) zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za łączną cenę netto 51.531.000,00 zł i 55.653.480,00 zł brutto. Natomiast za usługi świadczone taborem typu A, B i C zaoferował cenę netto 5,79 zł/wzkm i brutto 6,25 zł/wzkm.

Odwołujący (oferta nr 2) zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za łączną cenę netto 51.086.000,00 zł i 55.172.880,00 zł brutto. Natomiast za usługi świadczone taborem typu A, B i C zaoferował cenę netto 5,74 zł/wzkm i brutto 6,20 zł/wzkm.

W oparciu o powyższe Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. A ponieważ ustawa nie definiuje pojęcia rażąco niskiej ceny przyjmuje się, że ceną rażąco niską jest cena niewiarygodnie niska i znacząco odbiegająca od cen rynkowych, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi. Odrzucenie oferty z tego powodu (rażąco niskiej ceny) musi być jednak poprzedzone wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp, przy czym ustawa nie określa przesłanek jakie mają wskazywać na konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego w ofercie ceny. „Każdorazowo to zamawiający rozważa czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie zamawiającego dopiero wówczas, gdy zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska” (Wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07).

W niniejszym stanie faktycznym zamawiający, co konsekwentnie podnosił zarówno w złożonych pismach procesowych, jak i na rozprawie, nie powziął żadnych wątpliwości co do

ceny zaoferowanej przez wykonawcę PKM jako ceny, za którą nie jest możliwa realizacja przedmiotu zamówienia. Zamawiający uznał bowiem, porównując ceny zaoferowane przez wykonawcę PKM z ustaloną wartością szacunkową zamówienia oraz cenami ofert złożonych przez innych wykonawców w tym postępowaniu, iż cena wskazana przez wykonawcę PKM jest ceną realną i brak jest podstaw do wzywania tego wykonawcy w celu złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp.

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona przez zamawiającego na kwotę 51.620.000,00 zł netto i 55.749.600,00 zł brutto. Wykonawca PKM zaoferował realizację zamówienia za cenę netto 44.905.900,00 zł i cenę brutto 48.498.372,00 zł. Z zestawienia tych kwot (netto) wynika, że cena ofertowa wykonawcy PKM stanowi 86% szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia. Różnica ta (13,2% od wartości szacunkowej zamówienia) nie oznacza jednak, że cena oferty wykonawcy PKM jest rażąco niska. Cena wykonawcy PKM mieści się w granicach cen rynkowych. Jest bowiem zbliżona do cen ofert zaoferowanych, w tym konkretnym postępowaniu, przez innych wykonawców. Powyższe wskazuje więc na to, że zaistniała różnica, zresztą niewielka, pomiędzy cenami ofert poszczególnych wykonawców jest co najwyżej wynikiem gry rynkowej i nie jest ceną rażąco niską oraz, że nie ma podstaw, aby wzywać wykonawcę PKM do składania wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Taka rozpiętość cen jest bowiem naturalna w postępowaniu o zamówienie publiczne, a udzielenie zamówienia spełniającego oczekiwania zamawiającego z jak najniższą ceną jest celem udzielania zamówień w trybach konkurencyjnych. Nie można więc z faktu zaoferowania ceny niższej niż inni wykonawcy wywodzić tezy o rażąco niskiej cenie w sytuacji, gdy cena ta nie odbiega w sposób istotny od realiów rynkowych.

Wykonawcy PKM, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie można także przypisać czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na sprzedaży usługi poniżej kosztów własnych (art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Okoliczności tej odwołujący nie wykazał. Dokonał jedynie – jak słusznie podniósł zamawiający – teoretycznej kalkulacji kosztów realizacji usługi, opierając ją na pewnych ogólnie dostępnych danych dotyczących wykonawcy PKM, np. sprawozdań finansowych wykonawcy PKM z 2011 r., cen oferowanych przez tego wykonawcę w innych postępowaniach. Podnieść przy tym należy, iż zamawiający w treści SIWZ nie wymagał złożenia takiej kalkulacji. Wymagał jedynie podania cen łącznych całej usługi i cen jednostkowych dla poszczególnych typów taboru. Przystępujący, odnosząc się do stanowiska odwołującego, z ostrożności procesowej taką kalkulację złożył na rozprawie. Tymczasem odwołujący przyznał na rozprawie, że pomijając kwestię inwestycji w tabor i koszt paliwa kalkulacje odwołującego i przystępującego tylko nieznacznie się różnią (o około 37 groszy). Dlatego też istotnymi elementami kalkulacji, których wysokość przede wszystkim kwestionuje są koszty paliwa i taboru.



Odnosząc się do kwestii dotyczącej kosztów paliwa stwierdzić należy, iż przedstawione przez odwołującego zestawienia cen hurtowych pochodzące z „Archiwum cen -PKN ORLEN S.A.” nie mogą stanowić dowodu w sprawie, gdyż stanowią jedynie wydruki ze stron internetowych.

Ceny, za które paliwo nabywa wykonawca PKM są rzeczywiście znacznie korzystniejsze niż ceny hurtowe PKN ORLEN S.A. Są to ceny uzyskane w drodze przetargu, zawierające upust w stosunku do cen hurtowych i detalicznych. Cena jaką wykonawca PKM zobowiązany jest zapłacić za zakup paliwa wynosi obecnie 4,209 zł. Dowodem na powyższe są złożone przez wykonawcę PKM przykładowo kserokopie faktur, z treści których jednoznacznie wynika, że ceny te kształtowały się na poziomie 4,137 zł (19.11.2013 r.), 4,208 zł (28.11.2013 r.) i 4,209 zł (09.12.2013 r.), a więc były niższe niż przyjęte w kalkulacji przez odwołującego.

Inny jest również przewidywany poziom zużycia paliwa. Wykonawca PKM do kalkulacji paliwa przyjął zużycie paliwa na poziomie 32 l/100 km, podczas gdy dla warunków miejskich – jak wynika z przedłożonego przez tego wykonawcę świadectwa homologacji autobusu – przewidziano zużycie paliwa na poziomie 22,8 l/100 km. Tak więc dla potrzeb kalkulacji przyjął on wyższe zużycie paliwa niż wynikające z tego dokumentu. Mimo to uzyskał niższy koszt paliwa na jeden wozokilometr, który wynosi 1,35 zł, a nie jak obliczył to odwołujący 1,49 zł na jeden wozokilometr.

Nadto należy zauważyć, co zresztą podniósł zamawiający, iż w treści projektu umowy (§ 9 ust. 9) zamieszczona została klauzula waloryzacyjna dotycząca ceny jednego wozokilometra za świadczone usługi przewozu pasażerów uwzględniająca wskaźnik cen oleju napędowego. Wysokość waloryzacji ustalana będzie w miesiącu październiku każdego roku. Tym samym koszt ten (koszta paliwa) w ściśle określonych sytuacjach ulegnie zmianie.

Odnosząc się do kwestii dotyczącej kosztów zakupu taboru podnieść należy, że odnośnie i tego elementu kalkulacji ceny odwołujący nie wykazał okoliczności postawiony zarzut uzasadniających. Są to jedynie jego przypuszczenia nie znajdujące oparcia w przedstawionym w sprawie materiale dowodowym. Jak bowiem wynika z treści stanowiska przystępującego PKM wykonawca ten na zakup taboru przeznaczy środki pochodzące ze sprzedaży zbędnych nieruchomości. Uchwałą zgromadzenia wspólników spółki, których kserokopie złożył do akt sprawy, został bowiem zobowiązany do przeprowadzenia restrukturyzacji firmy i sprzedaży majątku zbędnego, jak również do przeznaczenia środków pochodzących z tej sprzedaży na zakup nowego taboru. Nie może więc tych środków przeznaczyć na inny cel. Do realizacji zadań przewozowych planuje kupić bądź wdzierżawić 60 fabrycznie nowych autobusów, co pozwoli mu także z uwagi na konieczność zastosowania procedur przetargowych, na uzyskanie niższych cen ich zakupu i uzyskanie ceny nie większej niż 690 000,00 zł netto. Dlatego też dla tego konkretnego

postępowania cena zakupu taboru wynosi 1,12 zł/km, natomiast w skali całej firmy jest to 0,89 zł/km. Jednoznacznie więc wykazał, iż koszt zakupu taboru skalkulował w sposób prawidłowy.

Odnosząc się do argumentów dotyczących cen zaoferowanych przez wykonawców w innych postępowaniach jako uzasadniających zarzut czynu nieuczciwej konkurencji stwierdzić należy, iż ceny zaoferowane przez wykonawcę PKM należy odnieść przede wszystkim do wartości szacunkowej zamówienia i cen zaoferowanych przez innych wykonawców w tym konkretnym postępowaniu. Ceny te są zbliżone i tylko nieznacznie odbiegają zarówno od wartości szacunkowej zamówienia, jak i cen poszczególnych wykonawców. Okoliczność, iż ceny w innym postępowaniu były wyższe nie może stanowić podstawy do uznania, że w tym postępowaniu są one nieprawidłowo skalkulowane, zwłaszcza że w innych postępowaniach były oferowane (w tym także przez odwołującego) i niższe ceny niż w tym postępowaniu. Ceny kalkulowane są bowiem dla danego postępowania. Przystępujący PKM w sposób jednoznaczny i nie budzący żadnych wątpliwości wykazał, iż dokonana przez niego kalkulacja jest prawidłowa i uwzględnia wszelkie koszty związane z realizacją tego konkretnego zamówienia. Fakt, iż jego oferta zawiera niższe ceny w określonym zakresie w stosunku do cen zaoferowanych przez innych wykonawców lub szacunku zamawiającego nie jest dowodem na to, że oferta ta jest ofertą z rażąco niską ceną bądź też jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. A ponieważ zamawiający nie uznał ceny oferowanej przez wykonawcę PKM za rażąco niską cenę to „w tej sytuacji to odwołujący – zgodnie z regułą z art. 6 k.c. - winien był udowodnić, że cena podana przez wygrywającego przetarg wykonawcę jest rażąco niska. W szczególności winien był wykazać, że wykonawca ten ustalił cenę poniżej własnych kosztów, że będzie ponosił z tego tytułu straty i że w przyszłości zagrozi to bezpiecznemu wykonaniu umowy zawartej z zamawiającym.” (wyrok SO w Bielsku Białej z 10 marca 2009 r., sygn. akt II Ca 88/09). Jednak okoliczności tej odwołujący nie wykazał. To przystępujący PKM, przedstawiając szczegółową kalkulację ceny wykazał, iż cena jest realna i nie ustalił jej poniżej własnych kosztów. Tym samym Izba uznała, iż zamawiający prawidłowo uczynił, uznając iż w niniejszym stanie faktycznym nie może być mowy o rażąco niskiej cenie ani też o czynie nieuczciwej konkurencji, jak również nie znalazł podstaw do zastosowania trybu z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone przez strony i przystępującego na rozprawie, uznając je za stanowiska je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 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 (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania., uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury złożonej do akt sprawy.

Izba nie zasądziła kosztów wynagrodzenia pełnomocnika przystępującego, gdyż – zgodnie z § 3 pkt 2) ww. rozporządzenia – do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się jedynie uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:** .....

