

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 12 września 2014r. Krajowa Izba Odwoławcza (dalej jako (...)), po rozpoznaniu odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez (...) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Zakład Usług (...) w T., przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (...) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w J. oraz (...) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ś. :

1. uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu - Zakładowi Usług (...) w T. unieważnienie czynności oceny ofert z dnia 20.08.2014 r., w tym wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum (...) Sp. z o.o. z siedzibą w J. oraz (...)Sp. z o.o. z siedzibą w Ś., oraz odrzucenia oferty (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. i nakazała powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.,
2. kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego, przy czym zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł uiszczona przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 15.000,00 zł stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

W uzasadnieniu wyroku (...) wskazała, że w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego - Zakład Usług (...) w T. na świadczenie usług przewozowych transportu zbiorowego dla potrzeb komunikacji miejskiej w T. w latach 2015-2019, wobec czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę (...) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., wykonawca ten (dalej jako (...) Sp. z o.o. z/s w W.) wniósł w dniu 29 sierpnia 2014 r. odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej (...).

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z 11 czerwca 2014 r., (...) 110- (...). Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia przekracza kwotę określoną w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. poz. 1735) dla dostaw i usług, stanowiącej o obowiązku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w pełnej procedurze „unijnej”.

Zamawiający w dniu 26 sierpnia 2014 r. przekazał (...) Sp. z o.o. z/s w W. za pośrednictwem poczty listem poleconym informację o odrzuceniu jego oferty, jako rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych, tekst jednolity Dz.U.2013.907; dalej : ustawa Prawo zamówień publicznych) oraz niezgodnej z treścią siwz (art. 89 ust. 1 pkt 2w/wym ustawy).

(...) Sp. z o.o. z/s w W. (dalej jako Odwołujący) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając z Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3, art. 90 ust. 2, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 26 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych. Odwołujący wniósł o stwierdzenie, iż oferta Odwołującego nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie nie podlega odrzuceniu, stwierdzenie, że oferta odpowiada treści siwz i nie podlega odrzuceniu, o unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podnoszonych zarzutów, Odwołujący wskazywał na czynność Zamawiającego z dnia 25 lipca 2014 r. tj. wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz złożone w dniu 4 sierpnia 2014 r. wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny wraz ze szczegółowymi kalkulacjami i dowodami (stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa). Odwołujący w dniu 26 sierpnia 2014 r. odebrał przesłane listem poleconym za potwierdzeniem odbioru „Ogłoszenie o wyniku postępowania”, w którym Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo

zamówień publicznych z przywołaniem brzmienia przepisów wskazanych w podstawie prawnej. Zamawiający wskazał, iż z wyjaśnień dostarczonych przez Wykonawcę jednoznacznie wynika, iż do oszacowania ceny ofertowej przyjęto 3 autobusy rezerwowe. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wskazał natomiast, iż Wykonawca winien posiadać 5 autobusów rezerwowych.

Odwołujący w oparciu o treść informacji nie mógł ustalić przyczyny, dla której Zamawiający zakwestionował złożone przez niego wyjaśnienia. Przyjął przypuszczalnie, iż o decyzji Zamawiającego zdecydował fakt, iż w kalkulacji przyjęty został koszt zakupu 28 autobusów zamiast 30. Wyjaśnił, iż zamówienie zamierza zrealizować z wykorzystaniem także dwóch autobusów już całkowicie amortyzowanych i spalonych, a co za tym idzie nie było potrzeby uwzględnienia kosztów ich zakupu w kalkulacji. W załączniku do oferty Odwołujący zadeklarował, iż będzie używać 30 sztuk autobusów do wykonania przedmiotowego zamówienia i w żadnym dokumencie załączonym do oferty nie deklarował, iż będzie je wykonywać przy pomocy 28 autobusów. Wskazał na potrzebę rozróżnienia założeń kalkulacji od oferty, która to kalkulacja może zakładać szczególne uwarunkowania właściwe Odwołującemu.

Z informacji o „odrzućeniu oferty” nie wynika, aby Zamawiający zakwestionował wartości podstawowych składników kosztowych popartych dowodami załączonymi do wyjaśnień (faktury za paliwo, listy płac, oferty zakupu taboru używanego), zakwestionował jedynie ilość autobusów rezerwowych wykazanych w kalkulacji ceny. Do kalkulacji Odwołujący przyjął planowany zakup tylko trzech autobusów rezerwowych, co stanowi aż 12% całości taboru wykonującego przewozy. Nie oznacza to, iż nie będzie dysponował 5 autobusami rezerwowymi, w tym dwoma, które z dniem 31 grudnia 2014 r. zostaną całkowicie amortyzowane, a więc ich wartość księgową będzie wynosiła „0”. Z tego powodu wartość amortyzacji tych dwóch dodatkowych autobusów rezerwowych przy kalkulacji stawki została pominięta o czym pisał w wyjaśnieniach (cyt. ponieważ część autobusów mamy całkowicie amortyzowanych). Okoliczność ta stanowi obiektywny czynnik wpływający na obniżenie kosztów realizacji zamówienia. Odwołujący będzie dysponował 5 autobusami zapasowymi, jednak planowanie amortyzacji aż 5-ciu byłoby bezzasadnym zawyżeniem kosztów. Odwołujący z ostrożności wskazał na fakt przyjęcia rezerwy w wysokości 0,21zł/km co stanowi kwotę 1.372.455 złotych w skali całego zamówienia na ewentualne nieprzewidziane koszty (w tym na ewentualne błędy w kalkulacji stawki), która to kwota pozwala na zakup 25 sztuk używanych autobusów rezerwowych spełniających wymogi siwz. Przyjmując, iż zakup dwóch sztuk rezerwowych autobusów mieściłby się w rezerwie, wynosząc 0,02 zł/km, tj. kwocie 130.710 złotych, nie można mówić, iż zaoferowana cena nie pokrywa wydatków Odwołującego związanych z realizacją zamówienia skoro w rezerwie nie uwzględniającej zysku, nadal pozostaje kwota 1.241.745 złotych.

Obecna stawka, za jaką świadczona jest usługa wynosi 4,51 zł/km, a Odwołujący zaoferował stawkę 5,02 zł/km (przy uwzględnieniu dochodów ze sprzedaży biletów), która mieści się w realiach rynkowych.

Przy realizacji zamówienia wykonawca otrzyma dotację od Zamawiającego stanowiącą ok. 20% wpływów uzyskiwanych przez wykonawcę, a około 80% wpływów, stanowi dodatkowe wynagrodzenie wykonawcy uzyskane ze sprzedaży biletów. Oznacza to, że wykonawcy, którzy ewentualnie będą wykonywać niniejsze zamówienie, uzyskają wpływ z biletów w podobnej wysokości. Zatem różnica w wysokości ofert pomiędzy Odwołującym, a drugim wykonawcą, uwzględniając wpływ z biletów stanowi tylko około 12 %. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że ten pomimo powzięcia wątpliwości po analizie wyjaśnień co do zgodności oferty z siwz, nie zwrócił się do niego o dalsze wyjaśnienie, czy też o uzupełnienie dokumentów trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w dniu 01 września 2014 r. przekazał pisemnie wykonawcom informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią oraz wezwaniem do zgłoszenia udziału. W dniu 05 września 2014 r. wpłynęło do I. przystąpienie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: (...) Sp. z o.o. z siedzibą w J., (...)Sp. z o.o. z siedzibą w Ś. po stronie Zamawiającego (informacja doręczona w dniu 02 września 2014 r.).

(...) stwierdziła, że w odniesieniu do przedmiotowego odwołania nie zachodziła którakolwiek z przesłanek do jego odrzucenia wskazana w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Na podstawie zebranego materiału, stanowiącego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treści oferty Odwołującego, wyjaśnień Odwołującego z dnia 01.08.2014 r. oraz dokumentów przedłożonych na rozprawie oraz stanowisk stron i uczestnika postępowania (...) uznała, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

(...) w pierwszej kolejności rozważyła, czy wnosząc odwołanie Odwołujący ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia, a także czy poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, stanowiących materialno prawną przesłankę do wniesienia odwołania (art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych). Uwzględniając zakres zarzutów, w których Odwołujący zmierza do wzruszenia decyzji o odrzuceniu jego oferty i wyborze oferty najkorzystniejszej, (...) stwierdziła, że czynność nieprawidłowej oceny oferty Odwołującego, mogła naruszać interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz prowadzić do powstania szkody, przez pozbawienie wykonawcy możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, przy braku podstaw do odrzucenia odwołania, izba rozpoznała zarzuty na posiedzeniu jawnym z uwzględnieniem poczynionych, na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ustaleń faktycznych.

(...) wskazała, że zarzuty Odwołującego dotyczyły czynności oceny jego oferty, której wynikiem było uznanie przez Zamawiającego, iż podlega ona odrzuceniu jako niezgodna z siwz (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych) oraz jako rażąco niska (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych). Obie podstawy prawne zostały przez Zamawiającego wskazane w decyzji z dnia 20 sierpnia 2014 r. bez szerszej argumentacji faktycznej, co Zamawiający tłumaczył potrzebą ochrony tajemnicy przedsiębiorcy - Odwołującego. Okoliczności faktyczne stanowiące podstawę do odrzucenia oferty wynikały z treści wyjaśnień Odwołującego z dnia 01 sierpnia 2014 r. złożonych w trybie art. 90 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający ustalił na ich podstawie, iż Odwołujący nie uwzględnił w swojej ofercie dwóch z pięciu wymaganych autobusów rezerwowych, z czego wywodził, iż Odwołujący nie będzie dysponował wymaganymi trzydziestoma autobusami na etapie realizacji zamówienia, co wskazywać miało na niezgodność z siwz oraz rażąco niską cenę (przez zaniżenie kosztów).

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający szerzej uzasadnił swoją decyzję wskazując, iż uznał wyjaśnienia wraz z dowodami za niewystarczające, zbyt ogólnikowe, nie przedstawiające obiektywnych czynników uzasadniających prawidłowe wyliczenie ceny, a Odwołujący nie udowodnił, że za cenę podaną w ofercie jest w stanie należycie wykonać zamówienie przez cały okres jego realizacji. Za punkt odniesienia Zamawiający przyjął ustaloną przez niego cenę brutto za wykonanie zamówienia, tj. 18.720.000,00 zł. W formularzu ofertowym Odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia za cenę brutto 8.822.925,00 zł, a pozostałe oferty opiewały na kwoty: 13.201.710,00 zł, oraz 22.612.830,00 zł. Cena oferty łącznie z podatkiem VAT w przeliczeniu za jeden wozokilometr wyniosła 1,35 zł/brutto, a w kolejnych ofertach odpowiednio: 2,02 zł/brutto i 3,46 zł/brutto, co stanowiło o wysokości dopłaty jaką Zamawiający będzie zobowiązany uiszczać w trakcie realizacji zamówienia w okresie 4,5 roku. Kalkulując cenę oferty wykonawcy uwzględniali wysokość dopłaty jaką zobowiązany będzie uiszczać Zamawiający oraz zakładany przychód ze sprzedaży biletów w trakcie świadczenia usługi. W przypadku Odwołującego przychód na jeden wozokilometr płatny wyniósł 5,02 zł/km, a w kolejnej ofercie 5,57 zł/km. W kalkulacji kosztów Odwołujący wykazał łączny koszt na 1 km płatny po uwzględnieniu zaokrągleń - 4,62 zł, co po uwzględnieniu rezerwy (0,21 zł/km) i zysku (0,19 zł/km) odpowiada wysokości przychodu na 1 km płatny. Zamawiający szacował wysokość przychodu na jeden wozokilometr 6,29 zł/km.

Zamawiający nie przyjął wyjaśnień uznając, iż złożone zostało w nich oświadczenie woli o zamiarze użycia 28 autobusów, i taką ilość wykonawca zakładał kalkulując swoją ofertę. Wątpliwości Zamawiającego powodowała treść wyjaśnień zamieszczona przy kalkulacji wysokości kosztów amortyzacji autobusów używanych: Do wykonania przewozów użyjemy autobusów używanych w ilości 21 sztuk oraz 7 nowych, co daje 28 autobusów (25 w ruchu + 3 rezerwa) Ś. wartość (do amortyzacji) autobusu używanego w wieku do 12 lat i długości od 9m do 12m dla tego zamówienia kształtuje się na poziomie 60 000 zł/sztukę netto, ponieważ część autobusów mamy całkowicie

zamortyzowanych. Taką samą ilość autobusów Odwołujący przyjął przy kalkulacji kosztów ubezpieczenia autobusów OC - 28 sztuk.

Uwzględniając powyższe, a także fakt wskazania we wstępie wyjaśnień na uzyskanie przez Odwołującego do końca 2014 roku 10 autobusów własnych 12 metrowych, z których 8 sztuk będzie miało amortyzację „0” (...) Ze względu na część autobusów własnych całkowicie spłaconych możemy resztę zakupić drożej niż załączone ogłoszenie i tak średnia wartość autobusów do amortyzacji nie przekroczy 60 000 zł., Zamawiający uznał za sprzeczne stanowisko Odwołującego, w którym uzasadniał brak uwzględnienia w kalkulacji dwóch autobusów rezerwowych tym, że mają one amortyzację „0” - skoro w kalkulacji uwzględnione zostało 8 autobusów z amortyzacją „0”.

Zamawiający uznał, iż zaniżona ilość autobusów miała wpływ na wysokość wynagrodzenia (nieoszacowany koszt zakupu taboru, bądź leasingu, jego utrzymania, zużycia paliwa, ilości zatrudnionych pracowników, kosztów wynagrodzeń).

Zamawiający uznał wystąpienie do Odwołującego o dalsze wyjaśnienia za zbędne, ponieważ włączenie do kalkulacji dodatkowych 2 autobusów zmieniłoby cenę ofertową i stanowiłoby zmianę treści oferty. Kolejne wyjaśnienia do złożonych już wyjaśnień mogłyby doprowadzić do negocjowania oferty, a co za tym idzie naruszenia przepisów ustawy. Kwestionując załączone do wyjaśnień dowody w postaci wydruków ofert sprzedaży samochodów, umów leasingu operacyjnego autobusów, list płac pracowników zatrudnionych, faktur zakupu paliwa, wykaz własnego transportu, kopii ofert do warunków ubezpieczenia na potwierdzenie stawek, Zamawiający uznał, iż nie dotyczą one tego konkretnego kontraktu, stąd są niewiarygodne.

(...) wskazała, że w świetle poczynionych ustaleń faktycznych nie budziło wątpliwości, iż na cenę usługi wyrażoną kwotą brutto: 8.822.925,00 zł, składały się koszty kalkulowane przez wykonawcę oraz kwota dopłaty do wozokilometra, jaką Zamawiający miałby zapłacić (w przypadku oferty Odwołującego dopłata wynosić miałaby brutto 1,35 zł/km). Różnica w cenie pomiędzy ofertą Odwołującego, a drugą w kolejności ofertą konsorcjum wyniosła po przeliczeniu na wozokilometr - 0,67 zł/km (przy wysokości dopłaty przyjętej w ofercie konsorcjum - 2,02 zł/km). Wysokość przychodu na jeden wozokilometr w ofercie Odwołującego wynosi 5,02 zł/km, a w kolejnej 5,57 zł/km. W przedmiotowym postępowaniu wykonawcy konkurowali określoną ceną oferty stanowiącą o wysokości dopłaty do wozokilometra. Wyjaśnienia dotyczące kalkulacji ceny odnosiły się natomiast do elementów kosztowych oraz zysku, których wysokość miała rekompensować zakładana wartość sprzedaży biletów.

Dalej (...) wskazała, że z uwagi na podstawę faktyczną decyzji o odrzuceniu oferty, okolicznością istotną z punktu widzenia rozstrzygnięcia o zarzutach było ustalenie, iż Zamawiający w siwz nie wymagał podania w ofercie informacji odnoszących się do szczegółów świadczenia usługi, w tym dokumentów mających potwierdzać deklarację świadczenia usługi 30 autobusami. Formularz oferty poza ceną obejmował zobowiązanie do wykonania usługi w terminie od 01.01.2015 r. do 30.06.2019 r. oraz oświadczenia o akceptacji treści siwz. i okresie związania ofertą. Wykonawca nie był zobowiązany do składania wykazu pojazdów, czy też odrębnej deklaracji dysponowania 30 pojazdami przy realizacji zamówienia. Zamawiający z treści wyjaśnień składanych w celu wykazania realności zaoferowanej ceny wywiódł, iż Odwołujący złożył oświadczenie woli wykonania zamówienia przy użyciu 28 autobusów, co byłoby niezgodne z wymaganiami ujętymi w siwz. Powyższe prowadziło zarówno do zakwestionowania wysokości ceny jako rażąco niskiej, jaki i uznania oferty za niezgodną z treścią siwz.

(...) uwzględniając odwołanie uznała, iż nie było możliwe stwierdzenie niezgodności oferty Odwołującego z siwz, w zakresie dotyczącym ilości autobusów wymaganych do realizacji zamówienia, co natomiast stanowiło trzon argumentacji Zamawiającego. W ocenie I., wyjaśnienia wykonawcy dotyczące założeń przyjętych do kalkulacji ceny, odnieść można było wyłącznie do treści oferty odnoszącej się do ceny, a nie sposobu świadczenia usługi. Brak jednoznacznego oświadczenia Odwołującego co do zamiaru odstąpienia od wymagania dysponowania 30 samochodami, nie dawał podstawy do odrzucenia oferty. Wnioski Zamawiającego wywodzone z braku możliwości jednoznacznego ustalenia ilości pojazdów, jakimi Odwołujący będzie dysponował, oparte zostały na niezrozumieniu oświadczenia Odwołującego i przypisaniu mu odmiennego znaczenia. Zamawiający uznał bowiem, iż wyjaśnienia

zawierają w sobie oświadczenie woli co do sposobu realizacji zamówienia, tj. dysponowania 28 pojazdami w miejsce wymaganych 30. Wykonawca natomiast konsekwentnie utrzymywał, iż dysponować będzie wymaganą ilością autobusów. Izba odmiennie niż Zamawiający oceniała treść wyjaśnień przyjmując kontekst wynikający z ich złożenia wyłącznie w celu wyjaśnienia założeń przyjętych do kalkulacji ceny, a także okoliczność, iż Zamawiający nie wymagał na etapie złożenia oferty potwierdzenia w formie oświadczenia sposobu realizacji zamówienia. Zamawiający nie żądał szczególnego oświadczenia dotyczącego pojazdów, przy użyciu których miałyby być świadczona usługa, a tym samym nie stanowiło to koniecznej treści oferty ocenianej pod kątem jej zgodności z siwz, a ewentualne wątpliwości wynikłe z informacji wskazanych w wyjaśnieniach dotyczących wysokości kosztów mogły być wyjaśnione bez obawy zarzutu prowadzenia negocjacji z wykonawcą. Wyjaśnienia wykonawcy służyć miały wyłącznie ocenie, czy cena nie jest rażąco niska i w takim celu zostały złożone. Izba zaznaczyła, że w orzecznictwie wielokrotnie zwracano uwagę na brak możliwości oceny oferty w oparciu o oświadczenia/dokumenty, których złożenia Zamawiający nie żądał, co w przedmiotowym postępowaniu oznaczało brak możliwości wywodzenia negatywnych skutków dla wykonawcy z oświadczeń składanych w innym celu niż ustalenie sposobu świadczenia usługi.

W ocenie (...) powyższe nie dawało podstaw do stwierdzenia, iż oferta jest niezgodna z treścią siwz. Wskazanie zatem w założeniach kalkulacji kosztów, iż wykonawca przyjął 28 pojazdów nie mogły automatycznie uzasadniać stwierdzenia, iż cena nie umożliwia wykonania przedmiotowego zamówienia i jest nierynkowa. Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty nie kwestionował co do zasady przyjętej wysokości przychodu ze sprzedaży biletów, wartość zakupu/leasingu pojazdów, skupiając się przede wszystkim na ustaleniu ilości pojazdów. (...) podkreśliła, że wynagrodzenie w tym postępowaniu ma charakter ryczałtowy, a więc drobne nieścisłości nie miały wpływu na ustalenie realności ceny, tym bardziej, iż wykonawca wskazał na rezerwę pozwalającą na pokrycie dodatkowych kosztów. Wartość księgową dodatkowych dwóch pojazdów, zgodnie z oświadczeniem Odwołującego wyniosłaby „0”, a zatem nie wpływałyby na zmianę kosztów. Natomiast różnica w kwocie ubezpieczenia dodatkowych dwóch pojazdów, również nie dowodziłaby nierealności kalkulacji w tym elemencie (oferta wybrana w tym elemencie była o 0,02 zł tańsza). O realności przyjętych kosztów dodatkowo mogły świadczyć przedłożone na rozprawie ogłoszenia z drugiego i trzeciego kwartału 2014 r. o najkorzystniejszych ofertach złożonych w postępowaniach, obrazujące wysokości cen kształtujących się na rynku usług transportu autobusowego, odpowiednio: 4,73 netto (ZP/PO/28/PZ/35/14 - (...)), 5,01 netto (ZP/PO/5/PZ/7/14 - (...)) i 4,77 netto (ZP/PO/25/PZ/30/14 - (...)). Cena oferty Odwołującego uwzględniająca przychód ze sprzedaży biletów oraz dopłatę wyniosła netto w przeliczeniu na jeden kilometr - 5,02 zł, nie to miało jednak – zdaniem (...) decydujące znaczenie, lecz treść wyjaśnień, odnosząca się do elementów kosztowych wraz z dowodami (łącznie na 52 stronach). Uznając wyjaśnienia za ogólnikowe Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do informacji zawartych w wyjaśnieniach, co czyniło to stanowisko gołosłownym. Odmowa przyjęcia dowodów załączonych do wyjaśnień opierała się w zasadzie na tym, iż nie potwierdzały one wysokości kosztów dla tego konkretnego zamówienia, gdyż w oparciu o oferty sprzedaży pojazdów nie było możliwym ustalenie, że spełniają one oczekiwania Zamawiającego. Argumentacja ta z uwagi na poczynione powyżej rozważania została uznana przez (...) za niezasadną. W ocenie I., bez merytorycznego podważenia kwot, czy to zakupu pojazdów, paliwa, czy też kosztów pracowniczych, stanowisko Zamawiającego w tym zakresie należało uznać za gołosłowne. Zamawiający nie zaprzeczył twierdzeniu Odwołującego, iż dokonane przez Zamawiającego na potrzeby rozprawy wyliczenie mogło być obarczone błędem wynikającym z uwzględniania przy wyliczeniu czasu pracy kierowców okresu przestoju na pętli, co dodatkowo podważało zasadność stanowiska Zamawiającego, część twierdzeń Zamawiającego podnoszonych dopiero na rozprawie, a dotyczących błędnego założenia co do wzrostu w kolejnych latach przychodu ze sprzedaży biletów (...) oceniała jako hipotetyczne i niewystarczające dla podważenia dopuszczalności takiego założenia.

W związku z powyższym, (...) uwzględniała zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3, art. 90 ust. 2, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 w/wym ustawy (...) oddaliła, uznając że wskazana regulacja dotyczy oceny oferty pod kątem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a nie jej treści.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych w oparciu o przepisy § 3, § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15

marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41. poz. 238). (...) zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu wniesioną przez Odwołującego w wysokości 15.000,00 zł i obciążyła nimi Zamawiającego.

Wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w J. oraz (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ś. wnieśli skargę od wyżej przedstawionego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, zaskarżając go w całości oraz zarzucając mu naruszenie następujących przepisów prawa:

1/ art. 191 ust. 1 w zw. z art. 190 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie ustaleń faktycznych, na poparcie których nie zostały przeprowadzone żadne dowody, zaniechanie dostatecznego wyjaśnienia sprawy oraz poprzez sprzeczność istotnych ustaleń z treścią materiału dowodowego, przy czym, w ocenie Skarżącego, naruszenie wskazanych przepisów skutkowało całkowicie dowolnymi, niepopartymi dowodami, a przy tym sprzecznymi ze wskazaniami wiedzy, logiki i doświadczenia życiowego nieprawidłowymi ustaleniami faktycznymi poczynionymi przez (...) oraz wywiedzionymi ocenami prawnymi,

2/ art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne uznanie, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy (...) Sp. z o.o. w W.,

3/ art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne uznanie, iż nie zachodzą podstawy do odrzucenia oferty (...) Sp. z o.o. w W. z powodu rażąco niskiej ceny pomimo tego, iż wyjaśnienia tego wykonawcy jednoznacznie wskazują na błędy w kalkulacji, nie objęcie zakresem kalkulacji wszystkich elementów zamówienia oraz niedoszacowanie poszczególnych elementów zamówienia,

4/ art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieprawidłowe uznanie, że Zamawiający równo potraktował spółkę (...) dokonując jednakowej oceny ich ofert oraz naruszenie art. 91 ust. 1 pzp poprzez błędne uznanie, iż ofertą najkorzystniejszą jest inna oferta niż oferta Skarżącego,

5/ naruszenie art. 196 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 328 Kodeksu postępowania cywilnego poprzez zaniechanie wskazania w zaskarżonym wyroku podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym ustalenia faktów, które Izba uznała za udowodnione, dowodów, na których się oparła i przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej, oraz zaniechanie wskazania podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

Wskazując na powyższe zarzuty Skarżący wnieśli o uwzględnienie skargi w całości, zmianę zaskarżonego wyroku i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez oddalenie odwołania wniesionego przez (...) Sp. z o.o. w W. w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, oraz obciążenie spółki (...) Sp. z o.o. w W. kosztami postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą i Sądem Okręgowym oraz zasądzenie na rzecz Skarżącego od tej spółki kosztów postępowania przed Sądem Okręgowym, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Skarżące Spółki w obszernym uzasadnieniu szeroko argumentowały wyżej wymienione zarzuty wskazując, iż wyrok narusza prawo materialne.

W piśmie procesowym z dnia 08 grudnia 2014r. Skarżący w pełni podtrzymali swe stanowisko wyrażone w skardze. W podsumowaniu, Skarżący stwierdzili, iż sztucznie poczynione przez (...) Sp. z o.o. w W. oszczędności są pochodną założeń niezgodnych z opisem przedmiotu zamówienia, co powoduje, że zaproponowana cena jest rażąco niska i jednocześnie oferta tego wykonawcy jest niezgodna z SIWZ. Rzekoma amortyzacja, na którą powoływała się spółka (...) w toku postępowania przed (...) jest jedynie kosztem podatkowym, a nie realnym kosztem ponoszonym przez przedsiębiorcę przy prowadzeniu działalności gospodarczej. Autobusy mimo tego, że podatkowo zostały zamortyzowane, nadal będą traciły na wartości rynkowej, zatem wykonawca również z tego tytułu będzie ponosił koszty, które nie zostały skompensowane założeniami przychodowymi. Zdaniem Skarżących, twierdzenia (...) Sp. z o.o. są wewnętrznie sprzeczne jeśli przyrówna się je z kalkulacją innych ośmiu autobusów posiadających współczynnik amortyzacji zero, gdzie już wyraźnie przypisano im koszty eksploatacji.

Ponadto podnieśli, że akceptacja (...) dla argumentacji, że rezerwa na nieprzewidziane zmiany kosztów i ewentualne koszty dodatkowe, obejmuje wszystkie braki i niedoszacowania jakie wytknął mu Zamawiający oraz dodatkowo Skarżący w toku rozprawy, wypacza instytucję wyjaśnienia dotyczącą elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, o której mowa w art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Taka metodyka obliczania ceny mija się w sposób oczywisty z profesjonalizmem jaki jest wymagany od każdego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na gruncie art. 355 § 2 k.c.

Zdaniem Skarżących, ryczałtowy charakter wynagrodzenia nie konsumuje błędów w obliczeniu ceny i błędnych założeń przyjętych dla jej wyliczenia. (...) Sp. z o.o. w W. nie uwzględnił kosztów wymienionych w pkt 17 skargi (wskazane za treścią pkt 10.2 SIWZ) oraz co wyraźnie widać w wyjaśnieniach przyjął dwa autobusy mniej niż wymagał tego Zamawiający.

Natomiast (...) nie podjęła nawet próby wyliczenia, czy założona rezerwa pokrywa braki oraz niedoszacowanie jakie wskazał skarżący w toku rozprawy, a powtórzył w pkt 18 skargi.

Skarżący podnieśli, że spółka (...) w żadnym miejscu nie kwestionowała wyliczeń Skarżącego, jak też nie twierdziła że wskazane koszty są sztuczne i niepotrzebne. W ten sposób pośrednio potwierdziła, że kalkulacja Skarżącego tak w obszarze koniecznego zakresu świadczenia, jak i przypisanych poszczególnych kosztów, jest prawidłowa, choć jednocześnie przecież sporządzona na poziomie zupełnie odmiennym co do wiarygodności.

Przeciwnik skargi (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. wniósł o oddalenie skargi jako bezzasadnej oraz zasądzenie na jego rzecz kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu wywołanym wniesieniem skargi.

#### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje :**

Skarga nie jest uzasadniona i podlega oddaleniu.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego - Zakład Usług (...) w T. na świadczenie usług przewozowych transportu zbiorowego dla potrzeb komunikacji miejskiej w T. w latach 2015-2019, wszczęte zostało przed dniem 19 października 2014r. , a zatem w rozpoznawanej sprawie zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2013.907; dalej : ustawa Prawo zamówień publicznych) w brzmieniu obowiązującym przed dniem 19 października 2014r.

Z dniem 19 października 2014r. weszła w życie ustawa z dnia 29 sierpnia 2014r., Dz.U.2014.1232, o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, przy czym stosownie do art. 3 w/wym ustawy z dnia 29 sierpnia 2014r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych, 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.

Zgodnie z treścią art. 198 a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej (w dalszym toku wywodów określanej skrótem (...)) stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu. Celem skargi jest ponowne merytoryczne rozpoznanie sprawy w zakresie żądań zgłoszonych w odwołaniu.

Zgodnie zaś z treścią art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych środki ochrony prawnej określone w dziale VI ustawy przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów w/wym ustawy.

W art. 179 ust. 1 w/wym ustawy jest mowa o interesie, a nie interesie prawnym. Interes prawny musi wynikać z obowiązujących przepisów prawa materialnego. Interes może mieć charakter faktyczny. Interes faktyczny zachodzi

wtedy, gdy wykonawca jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia, lecz nie może tego poprzeć przepisami prawa. Artykuł 179 wiąże możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej z ochroną interesu wykonawcy, który to interes realizuje się przez możliwość uzyskania zamówienia wskutek wniesienia odwołania. Interes w uzyskaniu zamówienia badany jest w momencie wniesienia odwołania. Biorąc pod uwagę brzmienie art. 179, należy zauważyć, że chodzi tu o posiadanie jakiegokolwiek interesu, w tym istnienie uzasadnienia prowadzenia postępowania odwoławczego wynikającego z dążenia do uzyskania korzystniejszych warunków zawarcia umowy, ale interesu nakierowanego na uzyskanie zamówienia, którego wykonawca nie uzyskałby, gdyby zaniechał wniesienia środka ochrony prawnej (zob. wyrok (...) z dnia 26 stycznia 2011 r., (...), [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)).

Interes w uzyskaniu zamówienia musi dotyczyć prowadzonego (jeszcze trwającego) postępowania, a nie hipotetycznej możliwości uzyskania zamówienia w innym, jeszcze niewszczętym postępowaniu (zob. wyroki (...): z dnia 14 stycznia 2013 r., KIO 2887/12; z dnia 18 października 2012 r., (...), [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)).

Posiadanie interesu, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, musi zostać ocenione pod kątem osiągnięcia zamierzonego celu - uzyskania zamówienia, w kontekście zasadności i możliwości podnoszenia zarzutów względem czynności czy zaniechań zamawiającego. Taki kontekst sytuacyjno-prawny, czyli zespół okoliczności, który faktycznie umożliwi odwołującemu uzyskanie zamówienia, pozwala na uznanie posiadania interesu. Posiadanie przez odwołującego interesu podlega ustaleniu w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą, a w przypadku skargi - przed sądem. W wyroku z dnia 2 kwietnia 2013 r., (...), [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl), wskazano, że: „Dopóki Odwołujący jest uczestnikiem postępowania i nie został skutecznie wykluczony z postępowania a jego oferta odrzucona, a dodatkowo złożył ofertę sklasyfikowaną w rankingu ofert na 2. pozycji i kwestionuje ofertę najkorzystniejszą, dopóty zachowuje interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę wskutek wadliwych czynności, podjętych przez Zamawiającego”.

(por. Józef Edmund Nowicki [w:] Komentarz do art. 179 ustawy – Prawo zamówień publicznych, komentarz LEX 2014)

Odnosząc powyższe uwagi do niniejszej sprawy stwierdzić należy, że wnoszący skargę do Sądu, tj. (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w J. oraz (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ś., posiadają interes we wniesieniu skargi do Sądu ponieważ posiadają status wykonawcy (wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia) i złożyli ofertę sklasyfikowaną w rankingu ofert na 2. pozycji i kwestionują ofertę najkorzystniejszą. W przypadku uwzględnienia skargi oferta tych firm musiałaby zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą. Na chwilę wniesienia skargi do Sądu, a jak wyżej wskazano - interes w uzyskaniu zamówienia badany jest na dzień wnoszenia odwołania/ skargi, Zamawiający nie dokonał jeszcze powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, a zatem w/wym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia posiadają interes we wniesieniu skargi do Sądu.

Zważywszy na powyższe – w ocenie Sądu Okręgowego - podnoszona przez przeciwnika skargi - odwołującego tj. (...) Sp. z o.o. w W. w piśmie procesowym z dnia 22 grudnia 2014r. (vide: załącznik do protokołu rozprawy z dnia 12 grudnia 2014r., k. 77- 82 akt) okoliczność, iż zgodnie z ogłoszeniem o wyniku postępowania, (...) Sp. z o.o. w W. został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 184 ustawy Prawo zamówień publicznych i wobec odrzucenia jego oferty, wybrana została - jako kolejna najkorzystniejsza cenowo - oferta strony skarżących, tj. konsorcjum spółek (...) Sp. z o.o. w J. oraz (...) Sp. z o.o. w Ś. (vide: ogłoszenie o wyniku postępowania z dn. 15.XII.2014r., k. 83 – 84 akt), nie ma znaczenia dla oceny posiadania przez Skarżących interesu w niniejszej sprawie.

Dodać należy, że wniesienie skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej nie stoi na przeszkodzie zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zakaz zawarcia umowy w sprawie zamówienia w związku z wniesieniem odwołania trwa bowiem tylko do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze (art. 183 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych). Uregulowania powyższe oznaczają, iż zamawiającego w terminie przewidzianym na zaskarżenie orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej nie obowiązuje już zakaz zawarcia umowy. W związku z powyższym może dojść do sytuacji, w której Sąd Okręgowy będzie



orzekać w przedmiocie skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w momencie, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego będzie już zawarta i wykonywana, a może nawet już wykonana. Zagadnienie powyższe stało się przedmiotem analizy Sądu Najwyższego, który w uchwale z dnia 14 października 2005 r., III CZP 73/05, OSNC 2006, nr 7-8, poz. 121, stwierdził, że zawarcie przez zamawiającego z wykonawcą umowy na wykonanie prac stanowiących przedmiot zamówienia publicznego nie stanowi przeszkody w rozpoznaniu przez sąd skargi na orzeczenie zespołu arbitrów, wydane po rozpoznaniu odwołania innego uczestnika przetargu, chyba że umowa została wykonana. Sąd Najwyższy uznał w tym orzeczeniu, że zawarcie przez zamawiającego umowy na wykonanie prac stanowiących przedmiot zamówienia publicznego w trakcie postępowania ze skargi na wyrok zespołu arbitrów nie mieści się w żadnej z ustawowych kategorii przyczyn umorzenia postępowania. W doktrynie proponuje się zastosowanie rozszerzającej wykładni pojęcia "zbędności" wydania wyroku przez rozciągnięcie tego określenia także na przypadek zawarcia umowy przez zamawiającego. Takiemu rozwiązaniu sprzeciwiają się jednak ważne argumenty natury systemowej i celowościowej. Trzeba podkreślić, że wprowadzenie do systemu prawnego środka odwoławczego w postaci skargi na wyrok arbitrów do sądu powszechnego spowodowane było koniecznością dostosowania prawa polskiego do prawa unijnego. W dyrektywie 89/665/EWG zaleca się wprowadzenie kontroli sądu lub innego organu będącego sądem w rozumieniu (...), niezależnego zarówno od zamawiającego, jak i od organu odwoławczego. Stanowisko, że zawarcie w trakcie postępowania sądowego umowy na realizację zamówienia publicznego oznacza zbędność tego postępowania i umorzenie, czyniłoby tę kontrolę w dużym stopniu iluzoryczną. Jednocześnie pozbawiałoby uczestnika przetargu prawa do sądu zagwarantowanego w art. 45 Konstytucji RP, ograniczając je tylko do spraw o zamówienia przekraczające wartości wskazane w art. 182 ust. 2 pkt 2 lit. b.

Przed przystąpieniem do oceny zasadności podniesionych w skardze zarzutów dotyczących naruszenie prawa materialnego wskazać również należy, iż nie znajduje usprawiedliwionych podstaw zarzut naruszenia art. 196 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 328 § 2 k.p.c.

Podnieść trzeba, że zgodnie z poglądem utrwalonym w orzecznictwie zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. może znaleźć uzasadnienie w tych wyjątkowych sytuacjach, w których treść uzasadnienia orzeczenia sądu pierwszej instancji uniemożliwia całkowicie dokonanie oceny toku wyводу, który doprowadził do wydania orzeczenia. Taka sytuacja nie występuje w rozpoznawanej sprawie, w której Krajowa Izba Odwoławcza przedstawiła przyczyny uzasadniające wydanie orzeczenia z dnia 12 września 2014r., syg. akt KIO 1787/14 (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 marca 2003 r. w sprawie IV CKN 1862/00, LEX nr 109420). Uzasadnienie (...) wskazuje podstawę faktyczną rozstrzygnięcia, zawiera także wskazanie dowodów, na których Izba się oparła, i w tym zakresie odpowiada wymogom art. 328 § 2 k.p.c. Rację należy przyznać skarżącej, że uzasadnienie zaskarżonego orzeczenia nie przytacza wprost przepisu art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1/ ustawy Prawo zamówień publicznych, które to przepisy stanowią o uwzględnieniu odwołania przez Izbę w wyroku, jeżeli Izba stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, jak również stanowią podstawę - w sytuacji uwzględnienia odwołania przez Izbę, jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta – do nakazania wykonania lub powtórzenia czynności zamawiającego lub nakazania unieważnienia czynności zamawiającego. Jednakże brak przytoczenia wprost przepisu art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1/ ustawy Prawo zamówień publicznych, przy jednoczesnym wskazaniu przez (...), że uwzględniała zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3, art. 90 ust. 2, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (vide: strona 10 uzasadnienia wyroku (...) z dn. 12.IX.2014r., syg. akt KIO 1787/14) nie uniemożliwia kontroli orzeczenia (...) przed sądem. W każdym razie, stanowisko (...) zostało wyrażone dostatecznie wyraźnie, aby Skarżący mieli możliwość zakwestionowania tej oceny i poddania jej kontroli przed sądem. Motywy rozstrzygnięcia (...) są wyłożone w sposób na tyle czytelny, że nie pozostawiają żadnych wątpliwości co do przesłanek, jakimi kierowała się Izba przy ferowaniu wyroku. Brak jest więc podstaw do twierdzenia, że uzasadnienie wyroku nie odpowiada wymogom ustawowym i nie poddaje się kontroli instancyjnej. Dodać trzeba, że (...) wymieniła wszystkie dowody, jakie wzięła pod rozwagę (vide : strona 5 uzasadnienia wyroku (...) z dn. 12.IX.2014r., syg. akt (...)) i wskazała, które z nich przyjęła za podstawę ustaleń faktycznych, Co prawda, (...) nie posługuje się wprost wyrażeniem ustawowym „odmowy wiarygodności i mocy dowodowej” w odniesieniu do konkretnych dowodów, to jednak nie jest to tego rodzaju brak, który uniemożliwiałby przeprowadzenie kontroli rozstrzygnięcia przez sąd. Waler tych dowodów w kontekście ich wiarygodności wynika z kontekstu uzasadnienia.

Z przyczyn wyżej wskazanych zarzut naruszenia przepisu art. 196 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 328 § 2 k.p.c. nie może być uznany za skuteczny.

Przystępując do oceny zasadności podniesionych w skardze zarzutów w pierwszej kolejności wskazać należy, iż stosownie do art. 198f ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych Sąd nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem odwołania. Przytoczona regulacja wskazuje na to, że postępowanie ze skargi na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej ma ograniczony przedmiotowo zakres wyznaczony podniesionymi przez odwołującego w odwołaniu zarzutami. Z tego względu przywołany w skardze, a nie powołany uprzednio w odwołaniu przez przeciwnika skargi – odwołującego, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieprawidłowe uznanie, że Zamawiający równo potraktował spółkę (...) dokonując jednakowej oceny ich ofert oraz naruszenie art. 91 ust. 1 pzp poprzez błędne uznanie, iż ofertą najkorzystniejszą jest inna oferta niż oferta Skarżącego, nie podlega kontroli Sądu Okręgowego, gdyż w świetle w/cyt przepisy Sąd Okręgowy nie był władny do jego rozpoznania.

Przystępując do oceny zasadności pozostałych podniesionych w skardze zarzutów wskazać należy, iż Sąd Okręgowy – po zapoznaniu się z dokumentami znajdującymi się w aktach postępowania odwoławczego oraz dokumentacją postępowania o zamówienie publiczne prowadzonego przez Zamawiającego - podziela poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą ustalenia i przyjmuje je za własne bez potrzeby ich powielania. W ocenie Sądu Okręgowego, (...) dokonała prawidłowych ustaleń faktycznych w oparciu o przedstawione przez strony – zgodnie z treścią art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - dowody, jak również dokonała w sposób rzetelny oceny ustalonego w sprawie stanu faktycznego uznając zasadnie, że nie ma podstaw do stwierdzenia, że oferta przeciwnika skargi – odwołującego tj. (...) Sp. z o.o. w W. powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z treścią siwz oraz jako rażąco niska (art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Zdaniem Sądu Okręgowego, zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne uznanie, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy (...) Sp. z o.o. w W. z powodu niezgodności oferty tego wykonawcy ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej : siwz) w zakresie dotyczącym ilości autobusów zadeklarowanych do wykonania przedmiotowego zamówienia , nie jest zasadny.

Sąd Okręgowy podziela stanowisko (...), z którego wynika, że z uwagi na podstawę faktyczną decyzji o odrzuceniu oferty, okolicznością istotną z punktu widzenia rozstrzygnięcia o zarzutach było ustalenie, iż w żadnym miejscu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie zostało zawarte przez Zamawiającego wymaganie podania w ofercie informacji odnoszących się do szczegółów świadczenia usługi, w tym dokumentów mających potwierdzać deklarację świadczenia usługi 30 autobusami. Formularz oferty poza ceną obejmował zobowiązanie do wykonania usługi w terminie od 01.01.2015 r. do 30.06.2019 r. oraz oświadczenia o akceptacji treści siwz i okresie związania ofertą. Wykonawca nie był zobowiązany do składania wykazu pojazdów, czy też odrębnej deklaracji dysponowania 30 autobusami przy realizacji zamówienia. Tym samym, skoro przeciwnik skargi – odwołujący (...) Sp. z o.o. w W. w załączniku do oferty zadeklarował, że dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia, zaś w żadnym dokumencie załączonym do oferty nie deklarował, że będzie je wykonywać przy użyciu 28 autobusów, to nie było podstaw do negatywnej weryfikacji oferty tego wykonawcy. Argumentacja Skarżących oparta na tym, że na podstawie oświadczeń złożonych w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny można było stwierdzić niezgodność treści oferty przeciwnika skargi – odwołującego (...) Sp. z o.o. w W. z siwz w zakresie dotyczącym autobusów rezerwowych, nie znajduje oparcia w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Podkreślić należy, że tylko wymagania określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia mogą być podstawą oceny zgodności treści oferty z tą specyfikacją (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 kwietnia 2010 r. sygn. akt: KIO 399/10). Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Odzwierciedleniem znajomości wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówieni, a tym samym wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji jest złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta. Zamawiający dokonuje oceny ofert złożonych w postępowaniu całościowo, nie jest istotne w którym miejscu oferty wykonawca zawiera stosowne informacje, natomiast ważne jest, aby Zamawiający mógł z treści oferty powziąć

informacje niezbędne dla Zamawiającego i konieczne do oceny zgodności treści oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 kwietnia 2011 r. sygn. akt: KIO 636/11).

W rozpoznawanym stanie faktycznym Zamawiający z treści wyjaśnień składanych w celu wykazania realności zaoferowanej ceny wywiódł, że przeciwnik skargi – odwołujący (...) Sp. z o.o. w W. złożył oświadczenie woli wykonania zamówienia przy użyciu 28 autobusów, co byłoby niezgodne z wymaganiami ujętymi w siwz. Powyższe prowadziło zarówno do zakwestionowania wysokości ceny jako rażąco niskiej, jak i uznania oferty za niezgodną z siwz.

W ocenie Sądu Okręgowego, zważywszy na fakt, iż brak było w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wymagań podania w ofercie informacji odnoszących się do szczegółów świadczenia usługi, w tym dokumentów mających potwierdzać deklarację świadczenia usługi 30 autobusami, słusznie (...) uznała działanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty (...) Sp. z o.o. w W. za nieprawidłowe, ponieważ brak było podstaw do odrzucenia oferty tej firmy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Sąd Okręgowy zaaprobował i uznał za własne stanowisko (...), że wyjaśnienia wykonawcy dotyczące założeń przyjętych do kalkulacji ceny, odnieść można było wyłącznie do treści oferty odnoszącej się do ceny, a nie sposobu świadczenia usługi. Brak jednoznacznego oświadczenia Odwołującego co do zamiaru odstąpienia od wymagania dysponowania 30 samochodami, nie dawał podstawy do odrzucenia oferty. Zamawiający uznał, iż wyjaśnienia Odwołującego zawierają w sobie oświadczenie woli co do sposobu realizacji zamówienia, tj. dysponowania 28 autobusami w miejsce wymaganych 30 autobusów. Wykonawca natomiast konsekwentnie utrzymywał, iż dysponować będzie wymaganą ilością autobusów. Zdaniem Sądu Okręgowego, Izba kontrolując dokonaną przez Zamawiającego wykładnię pisemnych wyjaśnień (...) Sp. z o.o. w W. i uznając ją za przeprowadzoną w sposób wskazujący na niezrozumienie przez Zamawiającego oświadczenia Odwołującego i przypisania mu odmiennego znaczenia, nie uchybiła dyspozycji art. 65 § 2 k.c. Wyjaśnienia wykonawcy służyć miały wyłącznie ocenie, czy cena nie jest rażąco niska i w takim celu zostały złożone. W orzecznictwie wielokrotnie zwracano uwagę na brak możliwości oceny oferty w oparciu o oświadczenia/dokumenty, których złożenia Zamawiający nie żądał, co w przedmiotowym postępowaniu oznaczało brak możliwości wywodzenia negatywnych skutków dla wykonawcy z oświadczeń składanych w innym celu niż ustalenie sposobu świadczenia usługi.

Chybiony jest również zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne uznanie, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy (...) Sp. z o.o. w W. z powodu rażąco niskiej ceny pomimo tego, że – jak wskazali Skarżący - wyjaśnienia tego wykonawcy jednoznacznie wskazują na błędy w kalkulacji, nie objęcie zakresem kalkulacji wszystkich elementów zamówienia oraz niedoszacowanie poszczególnych elementów zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (w brzmieniu sprzed nowelizacji wprowadzonej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014r., Dz.U.2014.1232, o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych) cena rażąco niska określana jest w stosunku do przedmiotu zamówienia – czyli konkretnego dobra jakie chce pozyskać Zamawiający. Odnosząc się do problemu rażąco niskiej ceny należy odnieść się do ceny jaką zaoferował wykonawca za konkretny przedmiot wymagany przez Zamawiającego. Należy badać czy za zaoferowaną przez wykonawcę w ofercie cenę możliwa będzie realizacja określonego przedmiotu zamówienia – badamy „rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego”. Pomocną w zakresie badania czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską będzie ukształtowana przez doktrynę wykładnia sformułowana w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych, gdzie czytamy, iż „za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi”. Próba dookreślenia tegoż pojęcia znalazła również odzwierciedlenie w orzecznictwie zarówno Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów powszechnych. „O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę” (por. Sąd Okręgowy w Katowicach w

wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07; oraz por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 stycznia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1441/07, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lutego 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 73/08, sygn. akt: KIO/UZP 74/08, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 kwietnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 258/08” czy wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19 czerwca 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/o-696/07). „Za rażąco niską cenę należy uznać cenę nierealistyczną, za którą wykonanie zamówienia nie jest możliwe” (por. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 września 2007 r., UZP/ZO/o-1082/07). „Rażąco niska cena grozi niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości” (por. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19 czerwca 2007 r. UZP/ZO/o-696/07).

Z dotychczasowego orzecznictwa zarówno Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów powszechnych wynikało kilka spójnych zasad wyznaczających dość konsekwentną linię orzeczniczą.

Po pierwsze - nie ma jednej wielkości (stosunku procentowego pomiędzy wartościami), która uzasadniałby podejrzenie, że dana cena jest rażąco niska. Powinno to być zawsze oceniane indywidualnie, odrębnie dla każdego postępowania.

Po drugie - należy ustalić, jaką wartość wziąć za punkt odniesienia, czyli wobec jakiej ceny cena badana mogłaby być rażąco niska. Większość orzeczeń jednoznacznie wskazuje, że punktem wyjścia do badań takiej ceny powinny być obliczenia zamawiającego (ustalona wartość zamówienia), a nie ceny ofert konkurencyjnych (por. wyrok ZA z dnia 22 lipca 2005r., UZP/ZO/o-1821/05; wyrok ZA z dnia 25 stycznia 2005r., UZP/ZO/o-69/05). Gospodarka rynkowa sprawia, że ceny podobnych towarów i usług mogą różnić się od siebie znacznie, ponieważ skierowane są do różnych grup odbiorców. Zamówienia publiczne nie stanowią wyjątku, szczególnie tryby otwarte, których zamawiający nie ma wpływu na dobór wykonawców. Jednocześnie jeżeli cena zaproponowana przez wykonawcę za wykonanie całego przedmiotu zamówienia przewyższa ustaloną przez zamawiającego wartość szacunkową, to w żadnym razie nie może być ceną rażąco niską” (byłoby to nielogiczne) – por. wyrok ZA z dnia 07 lipca 2004r., UZP/ZO/o-1015/04.

Po trzecie - badając ceny, zamawiający nie może porównywać cen jednostkowych proponowanych w ofercie, ponieważ nie oddają właściwie kalkulacji cenowej, lecz wyłącznie ceny łączne, obejmujące wszystkie elementy cenotwórcze (por. wyrok ZA z dnia 05 sierpnia 2004r., UZP/ZO/o-12/04; wyrok ZA z dnia 16 stycznia 2006r., UZP/ZO/o-34/06).

Przed odrzuceniem oferty zawierającej rażąco niską cenę zamawiający ma obowiązek zapytać wykonawcę o sposób kalkulacji tej ceny przez pisemne zażądanie od wykonawcy wyjaśnienia treści oferty lub tych części oferty, które mają wpływ na niską cenę oferty. Cena oferty mogła zostać obliczona zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, a wykonawca mógł skorzystać z dozwolonych prawem: metod obniżenia ceny np. pomocy publicznej. Ewentualne odrzucenie oferty powinno nastąpić dopiero po szczegółowej analizie wszystkich ofert z uwzględnieniem wszelkich zgodnych z prawem czynników mających wpływ na cenę oferty.

Dla uznania, że cena jest rażąco niska konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 1492/08 z 13 stycznia 2009 roku). Pamiętać przy tym należy i w szczególności mieć na uwadze, iż zamawiający ogłaszając postępowanie chce osiągnąć cel tzn. realizację danego przedmiotu zamówienia za możliwie niskie wynagrodzenie, natomiast granica pomiędzy najniższą ceną zaoferowaną w postępowaniu, będącą efektem konkurencji pomiędzy podmiotami, a rażąco niską ceną jest nieostra dlatego zamawiający rozstrzygając czy ma do czynienia z rażąco niską ceną powinien mieć na uwadze w szczególności możliwość realizacji zamówienia w stosunku do zaoferowanej ceny. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy cena rażąco niska określana jest w stosunku do przedmiotu zamówienia – czyli konkretnego dobra jakie chce pozyskać zamawiający. Inny sposób dokonania badania zaoferowanej w danym postępowaniu w przez wykonawcę ceny może prowadzić do krzywdzącego i nieuzasadnionego odrzucenia oferty z postępowania. Samo stwierdzenie przez zamawiającego różnic pomiędzy składanymi ofertami jest naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla wykazania rażąco niskiej ceny którejś z ofert.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający, w dniu 25 lipca 2014r. przesłał przeciwnikowi skargi – odwołującemu (...) Sp. z o. w W. wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W dniu 04 sierpnia 2014r. (...) Sp. z o. w W., na wniosek Zamawiającego, udzielił wyjaśnień uzasadniając zaoferowaną przez siebie cenę w ofercie i wskazał, że zaoferowana cena uwzględnia wszystkie elementy związane z należywym wykonaniem zamówienia.

Ustawodawca w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych umocował zamawiającego do wezwania wykonawcy w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę – tak więc, wezwanie ma służyć ustaleniu czy oferowana przez wykonawcę cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Określona w art. 90 w/wym ustawy procedura ma charakter wyjaśniający a nie dowodowy, na co wskazał w wyroku z dnia 12 czerwca 2008 roku Sąd Okręgowy w Poznaniu, syg. akt X Ga 140/08.

Zamawiający po dokonaniu czynności oceny oferty (...) Sp. z o. w W. uznał, że podlega ona odrzuceniu jako niezgodna z siwz (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych) oraz jako rażąco niska (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych). W ogłoszeniu o wyniku postępowania Zamawiający poinformował, iż: (...) Sp. z o.o., Al. (...) – 424 W. została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych o brzmieniu: <Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia> w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych o brzmieniu: <Zamawiający odrzuca 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>. W przedłożonych wyjaśnieniach wraz z dowodami Wykonawca nie udowodnił, iż cena zaproponowana w ofercie nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto, oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych o brzmieniu: <Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2pkt 3>. Z w/w wyjaśnień dostarczonych przez Wykonawcę jednoznacznie wynika, iż do oszacowania ceny ofertowej przyjęto 3 autobusy rezerwowe. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia SIWZ wskazał, iż Wykonawca winien posiadać 5 autobusów rezerwowych."

Sąd Okręgowy zaaprobował i uznał również jako własne stanowisko (...), że wskazanie w założeniach kalkulacji kosztów, iż wykonawca przyjął 28 pojazdów nie mogły automatycznie uzasadniać stwierdzenia, iż cena nie umożliwia wykonania przedmiotowego zamówienia i jest nierynkowa. Zwrócić należy uwagę, że Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty nie kwestionował co do zasady przyjętej wysokości przychodu ze sprzedaży biletów, wartości zakupu/leasingu pojazdów, skupiając się przede wszystkim na ustaleniu ilości pojazdów. Słusznie Izba zwróciła uwagę, że uznając wyjaśnienia za ogólnikowe Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do informacji zawartych w wyjaśnieniach spółki (...) Sp. z o.o. w W., co czyniło to stanowisko gołosłownym. Odmowa przyjęcia dowodów załączonych do wyjaśnień opierała się w zasadzie na tym, iż nie potwierdzały one wysokości kosztów dla tego konkretnego zamówienia, gdyż w oparciu o oferty sprzedaży pojazdów nie było możliwym ustalenie, że spełniają one oczekiwania Zamawiającego. Podzielić należy stanowisko (...), że Zamawiający nie podważył w sposób merytoryczny kwot, czy to zakupu pojazdów, paliwa, czy też kosztów pracowniczych, co czyniło stanowisko Zamawiającego w tym zakresie gołosłownym. Zamawiający nie zaprzeczył twierdzeniu Odwołującego, iż dokonane przez Zamawiającego na potrzeby rozprawy wyliczenie mogło być obarczone błędem wynikającym z uwzględniania przy wyliczeniu czasu pracy kierowców okresu przestoju na pętli, co dodatkowo podważało zasadność stanowiska Zamawiającego, część twierdzeń Zamawiającego podnoszonych dopiero na rozprawie, a dotyczących błędnego założenia co do wzrostu w kolejnych latach przychodu ze sprzedaży biletów należało ocenić jako hipotetyczne i niewystarczające dla podważenia dopuszczalności takiego założenia.

Zasadnym jest wskazanie w tym miejscu, że nietrafnie zarzucają Skarżący, że wydając orzeczenie Krajowa Izba Odwoławcza pominęła dowody, które Skarżący wskazywali w toku rozprawy, a nadto że protokół nie odzwierciedla tego, że (cyt.) „W. nie potrafił odpowiedzieć na zarzuty Zamawiającego i Przystępującego, wsparte wyliczeniami jakie koszty autobusy zamortyzowane i tak faktycznie muszą i będą generować”, zaś uzasadnienie wyroku ( (...))(cyt.)

„...całkowicie pomija przebieg rozprawy, podczas której spółka (...) nie potrafiła odpowiedzieć na wytknięte braki w kalkulacji w zakresie obligatoryjnych kosztów wskazanych w pkt 10.2 SIWZ, a była to sprawa pierwszorzędna podnoszona przez zamawiającego” (vide: strona 13 – 15 uzasadnienia skargi).

Po pierwsze – protokół rozprawy przed (...) jest dokumentem urzędowym w rozumieniu art. 244 § 1 k.p.c., i ma moc dowodową takiego dokumentu, a więc stanowi dowód tego, co zostało w nim urzędowo zaświadczone (art. 244 k.p.c.). Należy zatem przyjmować, że przebieg rozprawy oraz treść oświadczeń stron, zeznań osób przesłuchanych i orzeczeń sądowych była taka, jak wynika z protokołu. Bez sprostowania lub uzupełnienia protokołu nie można przyjąć, że na posiedzeniu doszło do innych jeszcze czynności czy oświadczeń stron, poza zaprotokołowanymi.

W ocenie Sądu Okręgowego, Skarżący w żaden sposób nie wykazali, by protokół rozprawy przed (...) nie stanowi wiernego odtworzenia przebiegu posiedzenia i przeprowadzonych na nim czynności. Nietrafnie też zarzucają Skarżący, że uzasadnienie I. nie zawiera oceny dowodów ani wskazania, na jakich dowodach oparto orzeczenie, a jakie pominięto. Jak już wyżej wskazano, (...) dokonała stosownej do okoliczności sprawy analizy zebranego materiału dowodowego, opierając się również na zasadach doświadczenia życiowego i regułach logicznego rozumowania, które nie zostały naruszone, przy czym walor przedstawionych dowodów w kontekście ich wiarygodności wynika z kontekstu uzasadnienia. (...) w sposób jednoznaczny i czytelny wskazała, dlaczego zarzuty wykonawcy (...) Sp. z o.o. w W. odnoszące się do odrzucenia oferty były zasadne, i Sąd Okręgowy – jak już wyżej wskazano – do ustaleń tych się odwołuje bez potrzeby ponownego przytaczania przywołanej w motywach rozstrzygnięcia (...) argumentacji. Nieuprawnionym zatem jest zarzut naruszenia art. 191 ust. 1 w zw. z art. 190 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie ustaleń faktycznych, na poparcie których nie zostały przeprowadzone żadne dowody, zaniechanie dostatecznego wyjaśnienia sprawy oraz poprzez sprzeczność istotnych ustaleń z treścią materiału dowodowego, przy czym, w ocenie Skarżącego, naruszenie wskazanych przepisów skutkowało całkowicie dowolnymi, niepopartymi dowodami, a przy tym sprzecznymi ze wskazaniami wiedzy, logiki i doświadczenia życiowego nieprawidłowymi ustaleniami faktycznymi poczynionymi przez (...) oraz wywiedzionymi ocenami prawnymi.

W ocenie Sądu Okręgowego, argumentacja przedstawiona przez Skarżących nie potwierdziła, że niemożliwa jest realizacja zamówienia za zaoferowaną przez przeciwnika skargi – odwołującego (...) Sp. z o.o. w W. cenę. Przedstawiona przez Skarżących analiza porównawcza ofert uczestników postępowania na okoliczność wykazania ponoszenia tego samego rodzaju kosztów przez obu wykonawców (tj. (...) Sp. z o.o. w W. oraz Konsorcjum firm (...) Sp. z o.o. w J. oraz (...) Sp. z o.o. w Ś.), wskazuje jedynie na fakt, że wykonawcy w różny sposób wycenili te same elementy oferty, nie dając jednakże podstawy do wywiedzenia z tego faktu, że cena zaoferowana przez (...) Sp. z o.o. w W. jest ceną rażąco niską.

Cena usługi proponowana przez (...) Sp. z o.o. w W. wyrażona brutto kwotą 8.822.925 zł obejmowała koszty kalkulowane przez wykonawcę oraz kwotę dopłaty do wozokilometra, jaką Zamawiający miałby zapłacić (w przypadku oferty przeciwnika skargi - odwołującego dopłata wynosić miałaby brutto 1,35 zł/km). Różnica w cenie pomiędzy ofertą Odwołującego, a drugą w kolejności ofertą Konsorcjum firm (...) Sp. z o.o. w J. oraz (...) Sp. z o.o. w Ś., wyniosła po przeliczeniu na wozokilometr - 0,67 zł/km (przy wysokości dopłaty przyjętej w ofercie konsorcjum - 2,02 zł/km). Wysokość przychodu na jeden wozokilometr w ofercie Odwołującego wynosi 5,02 zł/km, a w kolejnej 5,57 zł/km. Słusznie podkreśliła (...), że w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy konkurowali określoną ceną oferty stanowiącą o wysokości dopłaty do wozokilometra. Wyjaśnienia dotyczące kalkulacji ceny odnosiły się natomiast do elementów kosztowych oraz zysku, których wysokość miała rekompensować zakładana wartość sprzedaży biletów. Należy również zauważyć, że wartość księgowa dodatkowych dwóch pojazdów, zgodnie z oświadczeniem przeciwnika skargi – odwołującego, wynosiłaby „0”, a zatem nie wpływałaby na zmianę kosztów. Natomiast różnica w kwocie ubezpieczenia dodatkowych dwóch pojazdów, również nie dowodziłaby nierealności kalkulacji w tym elemencie (oferta wybrana w tym elemencie była o 0,02 zł tańsza). Poza tym (...) Sp. z o.o. w W. wskazała na fakt przyjęcia rezerwy w wysokości 0,21 zł /km co stanowi kwotę 1.372.455 zł w skali całego zamówienia na ewentualne nieprzewidziane koszty (w tym na ewentualne błędy w kalkulacji stawki), która to kwota – jak wskazała spółka (...) – pozwala na zakup 25 sztuk używanych autobusów rezerwowych spełniających wymogi siwz.

Z przedstawionych wyżej względów Sąd Okręgowy uznał, że zaskarżone orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej odpowiada przepisom prawa i brak jest podstaw do jego zmiany. Dlatego też Sąd Okręgowy na podstawie art. 198f ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oddalił skargę jako bezzasadną.

O kosztach postępowania wywołanego wniesieniem skargi Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 198f ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z treścią drugiego z wymienionych przepisów koszty postępowania skargowego ponoszą strony tego postępowania, stosownie do jego wyniku, przy czym określając wysokość kosztów w treści orzeczenia sąd uwzględnia także koszty poniesione przez strony w związku z rozpoznaniem odwołania. Biorąc pod uwagę, że skarga okazała się bezzasadna i podlegała oddaleniu kosztami postępowania wywołanego wniesieniem skargi należało obciążyć Skarżących. Na koszty te składało się wyłącznie wynagrodzenie pełnomocnika przeciwnika skargi tj. (...) Spółki z o.o. w W.. W związku z brakiem regulacji dotyczącej stawek wynagrodzenia z tytułu zastępstwa procesowego w postępowaniu wywołanym wniesieniem skargi Sąd Okręgowy ustalił tę wartość kierując się treścią przepisu § 11 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu z dnia 28 września 2002r. (Dz.U. Nr 163, poz. 1348 z późn. zm.), o czym Sąd orzekł w punkcie II (drugim) wyroku.