Sygn. akt: KIO 2389/20

WYROK
z dnia 16 października 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Prowadzisz
Protokolant:Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 13 października 2020 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2020 roku przez wykonawcę M. R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą MARKPOL Transport Krajowy i Zagraniczny M. R. z siedzibą w Mielcu
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Miasto Nowy Dwór Mazowiecki
przy udziale wykonawcy STALKO P. i Wspólnicy spółka jawna z siedzibą w Zielonce zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2389/20
po stronie Zamawiającego

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie.
Nakazuje Zamawiającemu, w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego pn.: *Komunikacja autobusowa na terenie miasta Nowy Dwór Mazowiecki w latach 2020-2022,* w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych odrzucenie oferty wykonawcy STALKO P. i Wspólnicy spółka jawna z siedzibą w Zielonce.

2.Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Miasto Nowy Dwór Mazowiecki i:
2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Marka Rzeźnika prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MARKPOL Transport Krajowy i Zagraniczny M. R. z siedzibą w Mielcu tytułem wpisu od odwołania,
2.2zasądza od Zamawiającego Miasto Nowy Dwór Mazowiecki na rzecz wykonawcy Marka Rzeźnika prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MARKPOL Transport Krajowy i Zagraniczny M. R. z siedzibą w Mielcu kwotę
18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni
od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 2389/20

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający – Miasto Nowy Dwór Mazowiecki prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą.: *Komunikacja autobusowa na terenie miasta Nowy Dwór Mazowiecki w latach 2020-2022*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 074-176697.

W dniu 21 września 2020 roku Odwołujący wniósł odwołanie od czynności
i zaniechań Zamawiającego polegających wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy STALKO P. i Wspólnicy Spółka Jawna z siedzibą w Zielonce (dalej: STALKO), zaniechaniu odrzucenia oferty STALKO na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy
i zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu
1)naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty STALKO, pomimo, że oferta złożona przez STALKO zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
2)naruszenie art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 15 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2018 poz. 419), przez zaniechanie odrzucenia oferty STALKO, pomimo że złożenie oferty przez wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na utrudnianie dostępu do rynku innym przedsiębiorcom przez zamiar świadczenia usług poniżej kosztów.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: (1) merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie; (2) dopuszczenie
i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania oraz z innych wskazywanych dowodów na okoliczności wskazane odwołaniem, z uwzględnieniem art. 190 ust. 1a ustawy; (3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty STALKO oraz nakazanie Zamawiającemu wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej; (4) zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika (o ile zostanie w sprawie ustanowiony) według faktury oraz kosztów dojazdu (wg potwierdzenia poniesionych kosztów, jakie zostaną złożone podczas rozprawy).

Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu odwołania uzasadniając, że jego oferta nie została odrzucona z przedmiotowego postępowania. Odwołujący ma interes
w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę na skutek naruszenia ustawy przez Zamawiającego. Oferta Odwołującego, wg kryteriów wyboru określonych przez Zamawiającego w SIWZ, otrzymała drugą w kolejności ilość punktów (była druga po ofercie Wykonawcy). Gdyby Zamawiający dokonał czynności w przedmiotowym postępowaniu zgodnie z ustawą i odrzucił ofertę spółki STALKO jako ofertę zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, to Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie. Szkodą, jaką Odwołujący może ponieść wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, są utracone korzyści z zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, mimo iż Odwołujący złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu.
Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług Komunikacji autobusowej na terenie miasta Nowy Dwór Mazowiecki w latach 2020-2022,
nr sprawy WPI.271.1.9.2020, Zamawiający w dniu 10 września 2020 r. jako najkorzystniejszą wybrał ofertę STALKO - Odwołujący został poinformowany o wyborze za pośrednictwem poczty elektronicznej w dniu 10 września 2020 r.

Ponowny wybór najkorzystniejszej oferty został poprzedzony wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17

sierpnia 2020 roku (sygn. akt KIO 1352/20), zgodnie z którym Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
Zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy, wezwał STALKO, z siedzibą w Zielonce do udzielenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny.
Wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, dokonał wyjaśnień dotyczących cenotwórczych elementów oferty oraz przedłożył dowody na poparcie tych wyjaśnień. Zamawiający powtórzył czynność oceny ofert pod kątem przesłanek ich odrzucenia (art. 89 ust. 1 ustawy) oraz kryteriów oceny ofert, określonych w rozdz. XIII ust. 9 SIWZ, tj. kryterium Cena- waga: 100%.
Na podstawie przeprowadzonej ponownej oceny ofert Zamawiający sierdził, że najwyższą liczbę punktów otrzymała oferta złożona przez STALKO.
Uzasadnienie zarzutu z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy zawierającej rażąco niska cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia
Cena oferowana przez wykonawcę STALKO, pomimo złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień, nadal budzi obiektywne wątpliwości co do tego, czy oferta jest zrównoważona pod względem gospodarczym i czy może zostać zrealizowana w należyty sposób.
Odnosząc się do argumentów wskazanych przez Wykonawcę w wyjaśnieniach z dnia
7 września 2020 r., Odwołujący wskazał wątpliwości odnosząc się do poszczególnych składników cenowych, przytoczonych przez STALKO, uwzględniając realne koszty realizacji zamówienia.
Pomimo twierdzeń spółki STALKO zawartych w wyjaśnieniach, cena zaoferowana przez jest niższa 0 28,26 % niż szacunkowa ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia powiększona o należny podatek Vat. Oferta ta jest jednocześnie o 28 % niższa od średniej arytmetycznej pozostałych złożonych ofert oraz prawie o 50% niższa od najdroższej oferty
w przedmiotowym postępowaniu.
Nie jest prawdą, jak twierdzi STALKO w swoich wyjaśnieniach, jakoby szacunkową wartością zamówienia była kwota 3 318 624,00 zł. W dniu 22 maja 2020 r., przed otwarciem ofert, zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy podana została kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a była to kwota 3 500 000,00 zł. Odwołujący wskazał wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2017 r., sygn. KIO 2678/17, w którym Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy, bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zadania i podana przez Zamawiającego kwota jest informacją dla wykonawców i jako taka nie podlega zmianie. Kwota ta ma stanowić zabezpieczenie wykonawców przed nieuprawnionym unieważnieniem postępowania przez Zamawiającego z powodu braku środków
na sfinansowanie zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę,
że zgodnie z obowiązującymi przepisami, dopuszczalne jest jedynie zwiększenie tej kwoty do kwoty oferty najkorzystniejszej, o czym stanowi art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „Obowiązujące przepisy prawa nie wskazują na możliwość dokonywania korekty (innej niż wskazana powyżej) tej kwoty, w szczególności, gdy Zamawiający zapoznał się z wysokością cen w złożonych ofertach. Tym samym kwota
w wysokości 2 500 000 zł jest kwotą wiążącą. Zamawiający jest bowiem związany kwotą, którą podał przed otwarciem ofert i nie może w celu uzasadnienia unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy wskazać innej, niższej kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.”
Kwota zaoferowana przez STALKO nie jest niższa o 24,34% od szacunkowej wartości zamówienia, lecz jak wskazano powyżej o 28,26%. W przedmiotowej sprawie nie ulega wątpliwości, iż oferta spółki STALKO jest ofertą z rażąco niską ceną, co powoduje zagrożenie dla realizacji świadczenia komunikacji autobusowej dla Zamawiającego i może skutkować jego nienależytym wykonaniem lub całkowitym niewykonaniem. Odwołujący wskazał, że podanie jak STALKO posiada wieloletnie doświadczenie w branży transportu osób, które pozwala mu skalkulować rzeczywiste koszty realizacji zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem, co pozwala na wyciągnięcie nw. wniosków co do rażącego zaniżenia ceny zaoferowanej przez STALKO. Odnosząc się do poszczególnych składników cenotwórczych przedstawionych w wyjaśnieniach Odwołujący wskazał następujące fakty:
a)Koszt zatrudnienia kierowców autobusów
Zamawiający w SIWZ wskazał, że wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności kierowców, chyba że Wykonawca lub jego podwykonawca wykonuje działalność osobiście.
Wykonawca w swojej ofercie oświadczył, że nie zamierza powierzyć wykonywania żadnej
z części przedmiotu zamówienia podwykonawcom. Osobiste wykonanie całości zamówienia przez Wykonawcę również nie jest możliwe z uwagi na przewidziany w Załączniku Nr 1
do SIWZ opis przedmiotu zamówienia, który wskazuje na świadczenie usług komunikacyjnych na 3 trasach, tj. linii NDM 1 o długości 29,4 km- 12 kursów dziennie, linii NDM 2 o długości 30,2 km- 12 kursów dziennie oraz linii NDM 3 o długości 38,6 km- 4 kursy dziennie.
W swoich waśnieniach Wykonawca wskazuje, że założył on, że część zadań przewidzianych do realizacji w ramach przedmiotowego zamówienia będzie powierzona do wykonania już zatrudnionym przez spółkę kierowcom. W wyjaśnieniach wskazano także, że spółka STALKO dysponuje mobilnymi kierowcami dedykowanymi do na czas urlopów i uzupełniania ewentualnych braków w obsadzie na poszczególnych liniach, a w obliczeniach ilości kierowców niezbędnych do realizacji zamówienia można założyć zastępstwa na czas urlopów lub zwolnień lekarskich lub doraźne uzupełnianie obsady przez kierowców dyżurnych, co pozwala obniżyć liczbę nowych, koniecznych do zatrudnienia kierowców o 1,5 (spółka wskazała, iż tych kierowców posiada, a ich częściowe zagospodarowanie do obsługi zamówienia nie będzie stanowić dodatkowego kosztu).
Wskazania Wykonawcy nie polegają na prawdzie, bowiem biorąc pod uwagę wskazany przez Zamawiającego rozkład jazdy oraz ilość tras, a także obowiązujące przepisy
w zakresie czasu pracy kierowców (ustawa z dnia 16 kwietnia 2004r. o czasie pracy kierowców) koniecznym jest zatrudnienie do realizacji przedmiotowego zamówienia 7 kierowców, a zatem bezprzedmiotową jest okoliczność firma posiada już zatrudnionych kierowców, czy też musi zatrudniać nowych. W tym zakresie należy zatem liczyć koszty wszystkich 7 kierowców, a nie tylko tych (5.5), których spółka ma zamiar zatrudnić dodatkowo.
Koszt zatrudnienia w okresie realizacji przedmiotu zamówienia (30 miesięcy) wyniesie zatem 1.050.000,00 zł. Wykonawca zobowiązany jest zatrudnić każdego z kierowców na podstawie umowy o pracę, przeciętne miesięczne wynagrodzenie kierowcy za pracę wynosi ok. 3.150 zł netto, co dla pracodawcy oznacza rzeczywisty koszt 5000,00 zł brutto miesięcznie, co stanowi w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia koszt na poziomie 1.050.000,00 zł. Wykonawca wskazując na 5,5 kierowców zaniżył ten najważniejszy wskaźnik cenotwórczy o 225.000,00 zł (1.5 x 5000 zł

x 30 miesięcy wykonywania zamówienia).
Wykonawca w kalkulacji oferty przyjął wyliczenie kosztów zatrudnienia kierowców na podstawie umowy z 2018 r. (załączonej do wyjaśnień), co może wskazywać na chęć ukrycia obecnie obowiązujących stawek.
b)Koszt bieżących napraw taboru i jego obsługi technicznej
W swoich wyjaśnieniach Wykonawca wskazał, iż dysponuje własnym warsztatem naprawczym jak również mobilnym serwisem. Ponadto wskazano, iż na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia nie ma potrzeby zatrudnienia dodatkowych pracowników warsztatu, dlatego spółka STALKO nie przewidziała w kalkulacji oferty dodatkowych kosztów z tytułu obsługi technicznej pojazdów przewidzianych do realizacji zamówienia, a realizacja przewozów w tym zakresie stanowi jedynie efektywne wykorzystanie zasobów spółki.
W tym miejscu STAKOL znowu próbuje ukryć koszty i niejako „przenieść" je na inne wykonywane obecnie zadania. Skoro Wykonawca twierdzi, że nie potrzebuje zatrudniać dodatkowych mechaników do obsługi technicznej autobusów przeznaczonych
do wykonywania przedmiotowego zadania, powinien koszty te rozłożyć proporcjonalnie
w następujący sposób:
- Wykonawca wskazuje, że zatrudnia 14 mechaników, którzy łącznie obsługują 83 autobusy; przyjmując średnie wynagrodzenie mechanika w woj. mazowieckim na kwotę 5.000,00 zł, należy wykonać następującego wyliczenia: 14 mechaników x 5.000,00 zł daje kwotę 70.000,00 zł, która podzielona na liczbę 83 autobusów daje kwotę 843,37 zł na obsługę jednego autobusu. Kwota 843,37 zł pomnożona przez liczbę 3 autobusów potrzebnych
do wykonania przedmiotowego zamówienia daje miesięcznie kwotę 2530,11 zł, co przez cały okres realizacji zadania stanowi sumę 75.903,30 zł.
Tym samym wyjaśnienia Wykonawcy także w tym zakresie nie zasługują na uwzględnienie.
c)Koszt obsługi biurowej i dyspozytorskiej
STALKO wskazała, iż posiada dyspozytornię funkcjonującą 24 h na dobę 7 dni w tygodniu, jak również składającą się z kilku pracowników komórkę odpowiedzialną za przewozy pasażerskie, a uruchomienie przewozów w ramach przedmiotowego zamówienia
nie generuje żadnych dodatkowych kosztów w tym względzie, stanowiąc efektywne wykorzystanie zasobów personalnych i organizacyjnych wykonawcy. Wykonawca wskazał, że wprowadzenie do zakresu obowiązków nadzoru nad 3 dodatkowymi autobusami, do 83 pojazdów jakimi zarządza obecnie dyspozytornia, nie stanowi znaczącego wzrostu realizowanych obowiązków.
Analogicznie do argumentacji wskazanej przy kosztach dotyczących bieżących napraw taboru i jego obsługi technicznej, także w tym miejscu Wykonawca nie może posługiwać się w swoich kalkulacjach kosztów wartościami zerowymi. Jak wskazał sam przedstawiciel spółki STALKO, komórka spółki odpowiedzialna za przewozy pasażerskie składa się
z minimum 4 dyspozytorów (skoro jest to dyspozytornia pracująca 24 h 7 dni w tygodniu), planisty, który opracowuje grafiki pracy dla wszystkich kierowców, osoby odpowiedzialnej
za nadzór nad pracą kierowców i organizacją, a także osoby odpowiedzialnej za rozliczanie umów przewozowych. Uśredniając wynagrodzenia ww. osób (tj. nie dzieląc ich nawet na stanowiska podległe i kierownicze) należy przyjąć wynagrodzenie w kwocie 5.000,00 zł. 7 etatów x 5.000,00 zł stanowi kwotę 35.000,00 zł miesięcznie. Kwota 35.000,00 zł podzielona na 83 autobusy, jakimi zarządzają pracownicy, daje kwotę 421,69 zł miesięcznie, która pomnożona przez 3 autobusy potrzebne do wykonania przedmiotowego zamówienia, daje miesięcznie kwotę 1.265,07 zł. Przez cały okres wykonywania zamówienia (30 miesięcy) daje to sumę 37.952,10 zł, której to kwoty Wykonawca nie uwzględnił w swojej ofercie.
W zakresie ww. wskaźnika cenotwórczego, Wykonawca wyraźnie wskazuje na zamiar finansowania poszczególnych elementów kosztowych przedmiotowego zadania środkami pochodzącymi z innych uzyskanych zamówień, co jest niedopuszczalnym czynem nieuczciwej konkurencji. Sama Izba w wyroku z dnia 9 grudnia 2015 r. (sygn. KIO 2565/15) stwierdziła, że okoliczność wykonywania innych zadań przez Wykonawcę nie daje mu prawa do posługiwania się kosztami zerowymi w danym zakresie.
d)Koszty paliwa oraz naprawy pojazdów
W swoich "waśnieniach STALKO wskazuje, że pojazdy przewidziane do realizacji zamówienia są wykorzystywane w spółce od kilku lat na liniach o podobnym charakterze (komunikacja lokalna w ramach sieci Zarządu Transportu Miejskiego w Warszawie),
a rzeczywiste normy spalania dla tych pojazdów zawierają się w przedziale od około 27
do 30 litrów/100 km. Ww. linie to trasy lokalne, tak zwane „elki" (linie z oznaczeniem L), które znacząco różnią się od wykonywania kursów komunikacji miejskiej. Trasy lokalne są bowiem dłuższymi trasami z mniejszą ilością przystanków, które są od siebie oddalone bardziej, aniżeli ma to miejsce w przypadku komunikacji miejskiej, kiedy odległości pomiędzy przystankami często nie przekraczają nawet 200 metrów. Autobus, który de facto nie zdąży się nawet rozpędzić, musi już hamować. Przy takiej specyfice jazdy spalanie znacząco wzrasta, dlatego wartości podane przez Wykonawcę nie odzwierciedlają w żadnej mierze rzeczywistego spalania autobusów jeżdżących w komunikacji miejskiej. Nie mogą być uznane za wiarygodne wydruki dołączone w tym zakresie przez spółkę STALKO, gdzie w jednej pozycji spalanie autobusu wynosi 40 l/100 km, w innej 25 l/100 km, a w jeszcze kolejnych 6 czy też 2 l/100 km. Dla przedstawienia realiów świadczenia komunikacji miejskiej, stricte przy świadczeniu usług komunikacji miejskiej dla UM Nowy Dwór Mazowiecki, Odwołujący poprosił dotychczasowego wykonawcę o przedstawienie faktycznego spalania autobusów, które wykonują przedmiotowe zamówienie. Z informacji przesłanych przez tego wykonawcę wynika, iż realne spalanie autobusów, które świadczą usługę wykonywania komunikacji miejskiej w Nowym Dworze Mazowieckim kształtuje się
na poziomie 34-37 litrów/100 km. Nie bez znaczenia jest fakt, iż komunikacja miejska
w Nowym Dworze Mazowieckim jest darmowa, co zachęca ludzi do intensywnego korzystania z komunikacji i podróżowania często od jednego przystanku do kolejnego,
w związku z czym autobusy jeżdżą praktycznie cały czas w niemal pełnej obsadzie pasażerów, co oczywiście także wpływa na zwiększanie średniego spalania.
Samo przyjęcie wartości 3,30 zł/l oleju napędowego jest dalece nieprofesjonalne, ponieważ w umowie z Zamawiającym nie przewidziano waloryzacji cen. Oczywistym jest że obecne ceny paliwa są jedynie stanem przejściowym, wynikłym z panującej pandemii. Na samym wykazie cen paliw wykonawcy widać jak drastycznie spadły ceny paliw po ogłoszeniu przez rząd stanu pandemii z prawie 4,00 zł do 3,00 zł za litr. Każdy racjonalny przedsiębiorca powinien jednak wiedzieć, iż swoich wyliczeń nie można opierać na cenach związanych
z „chwilowym załamaniem się rynku transportowego, co zmniejszyło popyt na paliwa,
a co za tym idzie zmalała cena". Przed okresem pandemii ostatnim czasem kiedy cena paliwa była tak niska, był

czerwiec 2017 r. (vide: dane ogólnie dostępne na stronie www.orlen.pl). Po kilkunastotygodniowym okresie ceny jednak wyrównały się
do funkcjonującej od wielu lat średniej ceny ON w granicach 4-4,30 zł netto/l. Wykonawca
na pewno zdaje sobie sprawę z ww. okoliczności, jednak korzystniej było mu przyjąć cenę z dnia składania ofert, aby zaniżyć i urealnić swoją ofertę. Przyjęcie jedynie paliwa na poziomie 4,00 zł/ l, przy przyjęciu realnego spalania na poziomie 35 l/100 km dałoby wartość 868.000,00 zł (zamiast wskazanej 618.300,00 zł), co dałoby świadectwo tego jak drastycznie całość kalkulacji ceny oferty została zaniżona (w tym zakresie aż o ok. 249.700,00 zł). Przyjęcie natomiast spalania na 35 l/100 km (zamiast 30 l/100 km), przy zakładanych 620.000 km do przejechania, daje sumę 217.000,00 litrów, zamiast 186.000,00, co przy nieracjonalnym pozostawieniu wartości ceny paliwa na kwocie 3,30 zł/l daje kwotę 716.000,00 zł (a nie jak wskazał Wykonawca 618.300,00 zł). Nawet w tym przypadku, jest to więc ok. 100.000,00 zł różnicy.
Jeśli chodzi o koszty olejów, opon oraz części zamiennych, wskazane przez Wykonawcę obliczenia powinny być wynikiem szczegółowej oraz wnikliwej analizy i indywidualnej kalkulacji tego wykonawcy, nie zaś powieleniem i skopiowaniem wyliczeń firmy Odwołującego. W tym zakresie STALKO, w przeciwieństwie do Odwołującego nie przedłożył żadnych faktur zakupowych, które odzwierciedlałyby wysokość kosztów wskazaną przez STALKO. Każdy przedsiębiorca, w zależności od czasu istnienia na rynku oraz ilości nabywanych towarów nawiązuje kontakty handlowe, wyrabia sobie u producentów
i sprzedawców swoją indywidualną historię, (Odwołujący działa w branży już niemal 30 lat), co pozwala na uzyskiwanie rabatów i korzystnych upustów na zakup części, olejów, smarów itp. Ciężko jest przyjąć, że STAKOL, która nie ma aż tak długiego branżowego doświadczenia i ma siedzibę w miejscu bardzo oddalonym od siedziby Odwołującego, zakupuje filtry, oleje, opony oraz inne części w identycznych cenach jak firma Markpol. Brak złożenia przez spółkę STAKOL dowodów w tym zakresie podważa autentyczność
i rzetelność wyliczenia.
e)Amortyzacja/leasing
Jeśli chodzi o koszt leasingu, Wykonawca próbuje przekonać Zamawiającego,
że przedstawiona przez niego kalkulacja obejmuje całość kosztów związanych
z autobusami. Do całodziennej obsługi wszystkich linii w Nowym Dworze Mazowieckim
są potrzebne 3 pojazdy i chociaż Zamawiający nie wymagał w SIWZ wykazania dodatkowego pojazdu do obsługi linii w przypadku kolizji czy awarii, to jednak w umowie znalazło się postanowienie, że w przypadku awarii czy kolizji Wykonawca ma jedynie pół godziny na podstawienie autobusu zastępczego o tożsamych parametrach co autobus podstawowy. Sankcją za niewykonanie ww. zapisu są kary umowne, a nawet prawo Zamawiającego do rozwiązania umowy. Z tego względu kalkulacja przedstawiona przez STAKOL nie jest całkowitym kosztem. Wykonawca, który pragnie wykonywać swoje zobowiązania umowne w sposób należyty, prawidłowy i profesjonalny oraz z należytą starannością, powinien w przedmiotowy koszt wkalkulować także koszt czwartego zastępczego pojazdu.
f)Koszt ubezpieczenia pojazdów
W tym zakresie, po raz kolejny, STAKOL przywołuje jako swoją kalkulację przedstawioną
i popartą dowodami przez firmę Markpol. Brak wskazania w tym zakresie swoich danych jest dowodem na to, iż sama spółka STAKOL nie posiada takich ofert od ubezpieczycieli (które to są ofertami wyjątkowo korzystnymi ze względu na pozytywną historię ubezpieczeniową, kody PKD, lokalizację siedziby Odwołującego oraz fakt posiadania ubezpieczenia flotowego) i dlatego celowo ukrywa ten koszt, bazując na kalkulacji Odwołującego, co także stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.
g)Koszt wynajmu/utrzymania bazy oraz inne koszty
W zakresie ww. kosztów, STAKOL powinien w sposób analogiczny jak w pozycji dotyczącej mechaników oraz kosztów serwisowych, podzielić całość kosztów wynajmu bazy
w miejscowości Nowy Dwór Mazowiecki przez ilość wszystkich pojazdów, które tam stacjonują, a następnie pomnożyć przez ilość autobusów (3 sztuki), które będą wykorzystywane do świadczenia usługi dla UM Nowy Dwór Mazowiecki. Tylko i wyłącznie taki sposób pozwoliłby na obiektywne i rzetelne wskazanie kosztu ponoszonego przy świadczeniu ww. zamówienia, bez przenoszenia go na inne realizowane przez Wykonawcę kontrakty.
Wykazane w wyjaśnieniach koszty nie zostały skalkulowane poprawnie z należytą stronnością i nie odzwierciedlają one w pełni całości nakładów, jakie poniesie Wykonawca
w związku z przedmiotowym zamówieniem. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach wskazuje, że suma kosztów netto w ofercie wynosi 2.103.300,00 zł netto (2.272.104.00 zł brutto).
Jak wykazał powyżej Odwołując. łączne koszty zostały zaniżone przez Wykonawcę co najmniej o kwotę 438.855,70 zł (225.000.00 zł jako koszt kierowców, 75.903,30 zł jako koszt napraw taboru, 37.952,10 zł stanowiący koszt obsługi dyspozytorskiej oraz co najmniej 100.000,00 zł jako koszt paliwa). Tym samym wskazanie przez Wykonawcę oferty realizacji zamówienia za kwotę 2.510.969.40 zł brutto, to jest kwotę znacznie poniżej poziomu samego kosztu jego wykonania, bez uwzględnienia zysku Wykonawcy, stanowi zaoferowanie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia co winno skutkować odrzuceniem oferty Wykonawcy. Cena zaoferowana przez STAKOL jest rażąco niska.
Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 15 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
Zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czyn nieuczciwej konkurencji stanowi utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku m.in. poprzez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia albo wytworzenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że „Złożenie oferty zawierającej cenę nie pokrywającą wszystkich kosztów realizacji zamówienia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji
w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, iż samo zaoferowanie rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji." (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 6 lutego 2017 r. KIO 102/17). Ocena działania Wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu pozwala uznać, że zaoferowanie przez niego ceny
za wykonanie usługi na poziomie 83.698,98 zł brutto za okres jednego miesiąca wykonywania usługi stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Wykonawca dążąc do uzyskania zamówienia, a także wyeliminowania z rynku konkurentów zaoferował wykonanie usługi poniżej kosztów niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia. Działanie te w opinii

Odwołującego ma charakter zamierzony, o czym świadczy fakt (opisany powyżej),
iż w bardzo zbliżonym postępowaniu o udzielenie zamówienia z końca 2018 roku STAKOL zaoferował dużo wyższe, (o ponad 1/3) ceny za wykonanie analogicznej usługi na rzecz tego samego Zamawiającego (Przedmiot zamówienia: Komunikacja autobusowa na terenie miasta Nowy Dwór Mazowiecki, nr referencyjny WPI.271.37.2018). Złożenie przez STKOL w przedmiotowym postępowaniu oferty zawierającej rażąco niską cenę skutkuje w opinii Odwołującego dopuszczeniem się czynu nieuczciwej konkurencji: „w konsekwencji przyjęcia, iż oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu u.z.n.k. Wobec przyjęcia, że oferta Wykonawcy zawiera cenę rażąco niską, nie budzi wątpliwości fakt, iż oferta stanowi sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia zatem wypełnia dyspozycję przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k." (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lipca 2013r., KIO 1515/13).
W orzecznictwie wskazuje się, że ustalenie cen na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to, aby uzyskać zamówienie, narusza dobre obyczaje kupieckie i może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. Takie zachowanie wykonawcy może być rozpatrywane także w kategorii utrudniania innym wykonawcom dostępu do rynku (vide: wyrok KIO z dnia 4 maja 2015, sygn. KIO 825/15).
STAKOL w swoich wyjaśnieniach wyraźnie wskazywał na zamiar finansowania poszczególnych elementów kosztowych przedmiotowego zadania środkami pochodzącymi
z innych uzyskanych zamówień, co jest niedopuszczalnym czynem nieuczciwej konkurencji, a także przyjmował jako swoje kalkulacje Odwołującego w zakresie niektórych czynników cenotwórczych, których nie poparł żadnymi dowodami (np. brak polis ubezpieczeniowych, brak faktur za oleje, filtry, opony). Z wyroku KIO z dnia 14 kwietnia 2015 r. (sygn. KIO 637/15) wynika, iż z samego brzmienia przepisów art. 90 ust. 1 i ust. 3 Pzp wynika,
iż wykonawca zobowiązany jest do złożenia wyjaśnień popartych dowodami. Nie będą zatem spełniać przesłanki „wykazania" gołosłowne, niczym nie poparte twierdzenia. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 20 stycznia 2015 r. (sygn. KIO 2814/14), wezwanie skierowane
do wykonawcy zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1 ustawy oznacza konieczność wyjaśnienia w jak najszerszy sposób podstaw wyceny i kalkulacji całej ceny ofertowej i wykazania,
że cena ta będzie pokrywała co najmniej wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. To na wykonawcy, do którego kierowane jest takie wezwanie, spoczywa ciężar wykazania powyższego zamawiającemu. W świetle przywołanej wyżej argumentacji, nie sposób uznać, że STAKOL sprostał wymogom nakładanym na niego przez ustawę.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałemstron i uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 21 września 2020 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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 niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać
aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów,
z których wywodzą określone skutki prawne.
Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).
Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców
w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe.
Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (…). Za wyrokiem z dnia 21 stycznia 2012 roku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 54/12: *Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z*

danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

Ponadto, co dla rozpoznania tej sprawy jest niewątpliwie istotne, zgodnie z przepisem art. 190 ust 1a ustawy dotyczącym postępowania odwoławczego, wprowadzającym szczególną regulację dotyczącą spraw o cenę rażąco niską - *ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.*

IV.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej,
w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wchodzą odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.
Izba uwzględniała stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w piśmie z dnia
13 października 2020 roku „Odpowiedź na odwołanie" – Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.
Izba uwzględniła stanowisko prezentowane w piśmie z dnia 12 września 2020 roku przez Odwołującego, Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego dowody zawnioskowane i załączone do ww. pisma.
Izba uwzględniła stanowisko procesowe zwarte w piśmie z dnia 12 października 2020 roku przez STALKO P. i Wspólnicy Spółka Jawna z siedzibą w Zielonce (dalej: STALKO
lub uczestnik postępowania odwoławczego).
Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.
Izba dopuściła zawnioskowany i złożony do akt sprawy dowód nr 1 - wydruk ze strony internetowej Miasta Stołecznego Warszawa.
Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone przez w trakcie rozprawy do akt sprawy przez STALKO:

- dowód nr 2 – umowy o pracę – kierowca autobusu,
- dowód nr 3 – umowy o pracę – dyspozytor,
- dowód nr 4 – umowy o pracę- mechanik,
- dowód nr 5 – rachunek zysków i strat spółki,
- dowód nr 6 – informacje z postępowań o udzielnie zamówienia publicznego.

V.

Izba ustaliła:

Wyrokiem z dnia 17 sierpnia 2020 roku Krajowe Izba Odwoławcza, sygn. akt KIO 1352/20 Izba uwzględniając odwołanie nakazała *Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności badania i oceny ofert a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwania wykonawcy Stalko P.*
i Wspólnicy Sp.J. z siedzibą w Zielonce do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.
Pismem z dnia 2 września 2020 roku Zamawiający wezwał STALKO, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty. Zamawiający wskazał w piśmie:
Art. 90 ust. 1 ustawy zawiera przykładowe czynniki, które mogą mieć wpływ na wysokość zaoferowanej przez Wykonawcę ceny, przy czym katalog tych czynników ma charakter otwarty. Tym samym Zamawiający, wnosi o przedłożenie w formie tabeli kosztów, które składają się na cenę oferty oraz przewidywanego zysku Spółki, a także odpowiedź
na przedstawione poniżej zagadnienia:
1.W zakresie zatrudnionych kierowców:
Jaki jest koszt zatrudnienia kierowców autobusu do przedmiotowego zamówienia? Ilu kierowców, w ocenie Wykonawcy, jest potrzebnych do prawidłowego zrealizowania zamówienia? Czy Wykonawca będzie zatrudniał nowych kierowców czy posiada zasoby kadrowe, które umożliwią jemu realizacje przedmiotowego zamówienia?
2.W zakresie kosztów bieżących napraw taboru i jego obsługi technicznej: Jaki będzie przewidywany koszt bieżących napraw i obsługi technicznej taboru, który zostanie wykorzystany do przedmiotowego zamówienia? Jakie czynnik cenotwórcze wpływają na przedmiotowy koszt?
3.W zakresie kosztów obsługi biurowej i dyspozytorskiej:
Prosimy o wskazanie ewentualnych kosztów obsługi biurowej oraz dyspozytorskiej. Jakie czynnik cenotwórcze wpływają na przedmiotowe koszty?
4.W zakresie kosztu paliwa oraz naprawy pojazdów:
Prosimy o przedstawienie szczegółowej kalkulacji kosztów paliwa, z uwzględnieniem stopnia jego użycia przez pojazdy, które zostaną wykorzystane do realizacji zamówienia.
Prosimy o przedłożenie szacunkowych kosztów, m. in. części zamiennych, opon, wymiany olejów, z uwzględnieniem normalnego zużycia pojazdów.
5.W zakresie kosztów amortyzacji/ leasingu:
Prosimy o wskazanie szczegółowej kalkulacji, w formie tabeli, kosztów amortyzacji/leasing oraz przedłożenie właściwej dokumentacji w tym zakresie.
6.Podatek od środków transportowych.
Prosimy o przedstawienie kosztów związanych z obciążeniami publicznoprawnymi, w szczególności koszt podatku od środków transportowych oraz kosztów ubezpieczenia, w tym od odpowiedzialności cywilnej, autocasco, a także od następstw nieszczęśliwych wypadków.
7.Przeglądy pojazdów.
Prosimy o wskazanie kosztów przeglądów pojazdów, przy uwzględnieniu częstotliwości koniecznych przeglądów, biorąc pod uwagę rok poszczególnych pojazdów.

8.Kwoty przeznaczone na kary umowne.
Prosimy o wskazanie kwoty przeznaczonej na ewentualne kary umowne związane z realizacją przedmiotu umowy.
9.Koszt wynajmu baz/pomieszczeń biurowych.
Prosimy o wskazanie kosztów potencjalnego wynajmu i utrzymania bazy, w tym biura, zaplecza socjalnego itp. oraz przedłożenia ewentualnych innych koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, które składają się na cenę zawartą w ofercie.
Udzielając odpowiedzi, prosimy o wskazanie szczegółowego uzasadnienia, w szczególności czynników cenotwórczych wpływających na cenę oferty oraz przedłożenie dowodów na poparcie przedmiotowych tez.
W trakcie oceny przedstawionych przez Państwa wyjaśnień dotyczących cenotwórczych elementów oferty Zamawiający, działając zgodnie z art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy, weźmie pod uwagę przedstawione przez Państwa dowody na poparcie wyjaśnień.
Cena zaoferowana przez Wykonawcę Stalko P. i Wspólnicy Spółka Jawna, ul. Poniatowskiego 65, 05 — 220 Zielonka jest o ok. 24% niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług i o ok. 28% niższa od średniej arytmetycznej pozostałych ofert.
Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, na podstawie art. 90 ust. 2 ustawy spoczywa na Wykonawcy.
STALKO za pismem z dnia 7 września 2020 roku złożyło wyjaśnienia, wraz z załączonymi dowodami, w tym z tabelą, o której pisał Zamawiający.
VI.
W zakresie zarzutów odwołania:

W zakresie zarzutu 1 naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty STALKO, pomimo, że oferta złożona przez STALKO zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia – Izba uznała zarzuty za zasadny.

Na wstępie Izba wskazuje, mając na uwadze treść odwołania, że szacunkowa wartość zamówienia oraz kwota jaką Zamawiający przeznacza na realizację zamówienia
to dwie, w różnym czasie podawane wartości. Mogą być one jednakowe, jednakże mogą się różnić. Szacunkowa wartość zamówienia wynosiła 3 072 800,00 zł netto, a wartość jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia to kwota 3 500 000,00 zł – dane
te wynikają jednoznacznie z Protokołu postępowania ZP-PN.

Izba wskazuje, że w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego, tj. dokonanej oceny złożonych w postępowaniu wyjaśnień elementów zaoferowanej ceny oferty. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień – temu służy procedura wyjaśnienia opisana w art. 90 ustawy. Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny taki jak korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacji warunki finansowego, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy – informacje jakie przedstawił wykonawca - powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem
na wykonawcy ciąży obowiązek (art. 90 ust. 2 ustawy) wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wymaga także podkreślenia, że wykonawca składający wyjaśnienia
w zakresie elementów zaoferowanej ceny oferty powinien, dla prawidłowości i skuteczności takich wyjaśnień odnieść się do wszystkich elementów składowych danego zamówienia oraz wyjaśnić sposób wyceny każdego z elementów jaki musi być uwzględniony w ramach danego przedmiotu zamówienia. Izba zaznacza, że sposób złożenia wyjaśnień zależy każdorazowo od wykonawcy, jednakże musi ujmować wszystkie wymagane elementy zamówienia. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający bardzo precyzyjnie określił zakres informacji jaki chce uzyskać w ramach złożonych wyjaśnień przez skonstruowanie konkretnych pytań na jakie wykonawca musiał odpowiedzieć.
Nadal aktualność swą zachowuje stanowisko wypracowane w dotychczasowym orzecznictwie Izby i sądów powszechnych wskazujące, że Izba może ocenić i stwierdzić jedynie czy wyjaśnienia w przedmiocie elementów zaoferowanej ceny były wystarczające,
a ich ocena dokonana przez Zamawiającego prawidłowa. Konsekwencją utrzymywanej wykładni przepisów jest słuszne stanowisko w sprawie odnoszące się do konieczności odrzucenia oferty, w przypadku gdy złożone wyjaśnienia cenowe były zbyt niekonkretne, lakoniczne i generalnie nie wykazywały możliwości zaoferowania przez danego wykonawcę ceny tak niskiej. Mając na uwadze obecne brzmienie art. 90 ust. 2 ustawy zachowuje swoją aktualność wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII
Ga 1293/14), w którym pokreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a także wskazano na konieczność uznania,
że cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przezeń cena rażąco niska
nie jest. Podane tezy odnoszące się do wymaganej zawartości i "jakości" wyjaśnień składanych Zamawiającemu zostały sformułowane przez orzecznictwo jeszcze na gruncie uprzednio obowiązujących przepisów. Natomiast w obecnie obowiązującym stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słuszność, wprost wskazując ww. przepisie ustawy, że to wykonawca powinien wykazać Zamawiającemu, że cena jego oferty lub cena istotnej części składowej oferty nie jest rażąco niska, i musi to wykazać to na etapie postępowania
o udzielenie zamówienia. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia, jest wyrażana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych teza
o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a tym samym ryzyku jakie ponosi wykonawca w przypadku uznania, że wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny. Izba wskazuje,
że nie istnieje jeden optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny

dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. Sposób wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku
z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób
i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Niewątpliwie można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc konkretne, tak aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.

Izba uznała, że Zamawiający nieprawidłowo ocenił wyjaśnienia z dnia 7 września 2020 roku, co potwierdziły w zasadzie odwołanie i argumentacja z rozprawy.

Izba wskazuje, że zaoferowana przez wykonawcę STALKO cena nie ujmuje wszystkich koniecznych elementów, co sam wykonawca STALKO wskazał w złożonych wyjaśnieniach odpowiadając na konkretne pytania Zamawiającego. Wymaga podkreślenia w tym miejscu, że przedstawiając wyjaśnienia odnośnie elementów ceny wykonawca musi ująć w cenie wszystkie wymagane elementy zamówienia, a nie może uzależniać tych wyjaśnień
od sposobu prowadzenia księgowości w spółce czy innych okoliczności. Niedopuszczalnym jest również finansowanie, choćby niewielkich kosztów, zamówienia z innych dochodów. Wykonawca dla prawidłowej wyceny przedmiotu zamówienia musi ująć w cenie ofertowej wszystkie koszty danego zamówienia. Irrelewantna natomiast jest dla kalkulacji kosztów danego zamówienia praktyka księgowania kosztów w spółce.
W odniesieniu do kosztów napraw taboru oraz obsługi biurowej i dyspozytorskiej STALKO
w wyjaśnieniach wskazał, że koszt pracowników opiewa na 0 zł (tabela), bowiem pracownicy zatrudnieni są już do obsługi innych kontraktów. Fakt, że na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia nie będzie potrzeby zatrudniania dodatkowych pracowników – mechaników, dyspozytorów, czy pracowników biura – nie powoduje, że nie istnieje realny koszt realizacji obowiązków wykonywanych przez te osoby na rzecz przedmiotowego zamówienia. Pokrywanie wynagrodzenia pracowników STALKO z zysku spółki, który
to argument pojawia się na etapie postępowania odwoławczego, stanowi realny koszt, którego określona część byłaby wynikiem realizacji przedmiotowego zamówienia. STALKO
w złożonych wyjaśnieniach jednoznacznie podała, że *nie przewidziała w kalkulacji oferty dodatkowych kosztów z tytułu obsługi technicznej pojazdów przewidzianych do realizacji zamówienia.* Oznacza to, że w ramach ceny ofertowej nie ujęto kosztów osobowych kosztów bieżących napraw taboru i jego obsługi technicznej. Podobnie w odniesieniu do pracowników biura i dyspozytorni STALKO wskazał, że posiada dyspozytornię funkcjonującą 24 godziny na dobę 7 dni w tygodniu składającą się z kilku pracowników komórkę odpowiedzialną
za przewozy pasażerskie, *zatem uruchamianie przewozów w ramach przedmiotowego zamówienia nie generuje żadnych dodatkowych kosztów w tym względzie, stanowi natomiast efektywne wykorzystanie zasobów personalnych i organizacyjnych wykonawcy. (…) Kwestia dyspozytorni leży w gestii wykonawcy, a w przypadku spółki STALKO dotychczasowa organizacja pracy tego typu komórki pozwala na objecie nadzorem dyspozytorskim również przewozów realizowanych w ramach przedmiotowego zamówienia bez ponoszenia dodatkowych kosztów.*
Takie wyjaśnienia STALKO potwierdzają w pierwszej kolejności, że w ramach przedmiotowego zamówienia będą wykonywane czynności przez mechaników czy dyspozytorów oraz komórki odpowiedzialnej za przewozy pasażerskie (planista, osoby odpowiedzialne za nadzór nad pracą kierowców oraz organizacją pracy wszystkich komórek terenowych, osoba odpowiedzialna za rozliczanie umów spółki). Argumentacja jaką zawarł
w złożonych wyjaśnieniach wykonawca potwierdza w sposób jednoznaczny, że koszt mechaników czy też dyspozytorów i pracowników biura nie został ujęty w cenie oferty. Wymaga podkreślenia, że jednoznacznie STALKO podało w złożonych wyjaśnieniach,
że realizacja przewozów w ramach przedmiotowego zamówienia mając na uwadze już realizowaną obsługę taboru *nie generuje dodatkowych kosztów.* Tym samym jednocześnie mając na uwadze, że realnie koszty te istnieją – co potwierdza sam STALKO -jak również mając na uwadze, że koszty te nie zostały ujęte w ofercie, nie można uznać aby oferta skalkulowana została na cenę, za którą realizacja zamówienia jest możliwa. STALKO sam potwierdził, że do realizacji zamówienia wykorzysta zatrudnionych pracowników na stanowiskach mechaników, dyspozytorów czy osób w biurze przy czym koszt w ramach przedmiotowego zamówienia będzie zerowy (potwierdza to również na stronie 10 złożonych wyjaśnień) bowiem posiada funkcjonujący własny warsztat oraz serwis mobilny a także dyspozytornię i komórkę organizacyjną. W ocenie Izby za niezasadne należy przyjąć wyjaśnienia STALKO z rozprawy, że koszty dotyczące tych pracowników będą ponoszone
z marży wskazanej w złożonych wyjaśnieniach. Na etapie składania wyjaśnień taka argumentacja nie została podniesiona, a wręcz przeciwnie w sposób jednoznaczny wykonawca STAKO podał, że koszt w tym zakresie wynosi 0 zł, co również uzasadniał. Dlatego Izba uznała argumentację odnoszącą się do marży jedynie za próbę znalezienia uzasadnienia przewidzenia kosztów wynagrodzenia osób niezbędnych do realizacji tego zamówienia w kosztach oferty na etapie rozprawy. Wymaga również podkreślenia,
że w piśmie procesowym również STALKO wskazał, że w ramach kosztów osobowych dyspozytorów i pracowników biura *nie potrzebuje ponosić dodatkowych kosztów, takich jak chociażby zatrudnienie dodatkowej osoby, dla obsługi przedmiotu umowy. Przedmiot ten będzie realizowany przez osoby już zatrudnione, w ramach ich dotychczasowych obowiązków. (…) naturalnym jest zatem, że część kosztów, w tym w szczególności właśnie kosztów pracowniczych, pokrywanych jest już przez inne realizowane projekty.* W sposób jednoznaczny potwierdza to, że koszty osobowe w odniesieniu do osób, które
dla prawidłowości zamówienia byłyby niezbędne przy jego realizacji, a których STALKO
nie zatrudnia, zostałyby przeniesione na inne projekty – w efekcie nie zostały ujęte w ramach przedmiotowej ceny oferty.
Za niewiarygodne Izba uznała również twierdzenia STAKOL
z rozprawy, że wynagrodzenie mechaników zostało ujęte w lit. d - części zamienne, opony, olej, bowiem jest to niezgodne z samymi wyjaśnieniami jakie zostały przedstawione Zamawiającemu, gdzie w wyjaśnieniach lit. b – uwzględniono koszty osobowe, natomiast
w wyjaśnieniach lit. d – koszty napraw pojazdów w zakresie części i materiałów eksploatacyjnych (treść złożonych wyjaśnień oraz tabela załączona do wyjaśnień). Również jedynie za próbę wykazywania po wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu Izba uznała argumentację z pisma procesowego o ujęciu kosztów osobowych mechaników w odniesieniu do przeglądów technicznych w wyjaśnieniach w lit. g. Stanowisko to jest niezgodne
z wcześniej podnoszoną argumentacją STALKO i w zasadzie sprzeczne z twierdzeniami dotyczącymi najpierw na

etapie składania wyjaśnień nieujmowania kosztów osobowych mechaników już zatrudnionych, a następnie w trakcie rozprawy i piśmie procesowym wskazywania pokrycia wynagrodzenia mechaników z marży jaką określił STALKO.
Istota wykazania kosztów realizacji danego zamówienia nie sprowadza się do konieczności zatrudniania kolejnych osób, czy to na stanowiskach mechanika czy dyspozytora czy biurowych, ale określenia jaka jest wartość wynagrodzenia tych osób niezbędna dla realizacji przedmiotowego zamówienia. Nie ma znaczenia, w przypadku realnego wykazywania kosztów ponoszonych na realizację przedmiotowego zamówienia, sposób księgowania kosztów w spółce, bowiem zakres wyjaśnień nie odnosił się do księgowania czy prowadzenia spółki ale faktycznych realnych kosztów jakie będą ponoszone przez STALKO przy realizacji zamówienia. Oczywistym jest, co wynika z wyjaśnień, że mechanicy i dyspozytorzy
i pracownicy biura musieliby wykonywać czynności w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia, co oznacza, że koszty w zakresie ich pracy zostały przeniesione na inne kontrakty, gdzie ich wynagrodzenie jest wypracowane.
Cena rażąco niska jest ceną nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się
na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w tym zakresie cena oferty STALKO nie obejmuje wszystkich kosztów jakie wykonawca będzie musiał ponieść w trakcie realizacji – kosztów wynagrodzenia mechaników, dyspozytorów i pracowników biura. Wymaga odnotowania
w tym miejscu, że przedstawiona w odwołaniu kalkulacja wynagrodzenia mechaników czy też dyspozytorów lub pracowników biura stanowi określone przez wykonawcę wynagrodzenie na podstawie jego sposobu kalkulacji. Mając na uwadze, że STALKO
nie uwzględnił w wyjaśnieniach jakichkolwiek kosztów wynagrodzenia w tym zakresie Izba uznała, że stanowisko Odwołującego uprawdopodobnia koszty w tym zakresie,
co nie oznacza, że są one właśnie na tym poziomie. Fakt, że koszty wynagrodzenia tych pracowników STALKO ponosi, potwierdzają również dowody przedstawione przez STALKO – dowód nr 3 i 4 (umowy).Izba wskazuje, że dla wyliczenia wartości zamówienia niezbędne jest uwzględnienie wszystkich okoliczności mających wpływ na wysokość ceny, nawet, jeżeli wartości te nie są znaczne, tak jak właśnie w tym przypadku.
Powyższą argumentację można również odnieść do nieuwzględnionego w cenie oferty wynagrodzenia kierowców. Należy bowiem dostrzec, że przyjęcie przez STALKO w tabeli załączonej do wyjaśnień 5,5 etatu przy wynagrodzeniu 5000 zł z jednoczesnym wyjaśnieniem, że posiadając bazę w Nowym Dworze Mazowieckim i prowadząc rozległą działalność w zakresie przewozu osób (obsługa linii regularnej Warszawa – Zakroczyn) *spółka założyła, iż część zadań przewidzianych do realizacji w ramach przedmiotowego zamówienia będzie powierzona do wykonania już zatrudnionym kierowcom w spółce.* STALKO jednoznacznie wskazał w wyjaśnieniach, że pozwoliło to spółce obniżyć liczbę koniecznych do obsługi kierowców o 1,5 etatu, a na potrzeby *sformułowania oferty przyjęto konieczność zatrudnienia nowych pracowników w ilości 5,5 kierowców niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia.* Wynika z powyższych wyjaśnień, że w cenie oferty STALKO ujął jedynie tych kierowców których będzie zatrudniał, natomiast pozostałe 1,5 etatu to kierowcy, których już zatrudnia i będzie kierował do realizacji przedmiotowego zamówienia. Oznacza to, że kolejny raz STALKO określa cenę oferty nie przez ujęcie faktycznych realnych jej kosztów, jak koszty wszystkich kierowców autobusów niezbędnych do realizacji zamówienia, lecz przez dokonanie uwzględnienia kosztów tych pracowników, których jedynie zamierza zatrudnić. Z wyjaśnień wynika również, że w cenie oferty nie ujął STALKO choćby kosztów ponoszonych z tytułu wynagrodzenia kierowcy autobusu w czasie, gdy inni kierowcy przebywają na urlopach wypoczynkowych czy też zwolnieniach lekarskich. Fakt, że są inni zatrudnieni u STALKO kierowcy tzw. mobilni, nie powoduje, że koszt zatrudnienia kierowcy mobilnego, choćby w ułamkowej wielkości, w ramach realizacji tego zamówienia nie będzie ponoszony. Co do kosztów zatrudnienia kierowców, ich wynagrodzenia i przyjęta wielkość 5000 zł wynagrodzenia z uwzględnieniem kosztów pracodawcy potwierdzona została w ocenie Izby dowodami (dowód nr 2) złożonymi przez STALKO, gdzie wskazuje on na realne i faktyczne koszty jakie ponosi. Niemniej brak uwzględnienia wszystkich kosztów w odniesieniu do wynagrodzeń kierowców autobusów niezbędnych do realizacji zamówienia w cenie oferty powoduje, że wartość jaka została przyjęta przez STALKO w wyjaśnieniach powinna być powiększona, aby w sposób realny oddawała faktyczne koszty ponoszone przez STALKO. Izba również dostrzegł, że w piśmie procesowym STALKO jednoznacznie potwierdził, że nie tylko kierowcy którzy zostaną zatrudnieni będą realizowali przewozy w ramach przedmiotu zamówienia – tak trasa III będzie obsługiwana, zgodnie z argumentacją STALKO, przez kierowców z istniejącej linii Warszawa – Zakroczym.
STAKOL kalkulując cenę oferty w przedmiotowym postępowaniu nie uwzględnia systemowo kosztów związanych z wynagrodzeniem pracowników, których już zatrudnia. Natomiast miernikiem kosztów ponoszonych na realizację danego zamówienia nie jest jedynie konieczność zatrudnienia pracownika, lecz koszt wynagrodzenia jaki będzie ponoszony
na realizację zamówienia czy to w wyniku powierzenia czynności zatrudnionemu
już pracownikowi – i tu może to być np. część wynagrodzenia jakie on dostaje –
lub zatrudnienia nowego pracownika. W odniesieniu do wynagrodzeń pracowników, kierowców autobusów czy też dyspozytorów oraz mechaników i pracowników biura Izba stwierdziła, że STALKO nie uwzględnił tych kosztów w ofercie, co w zasadzie w złożonych wyjaśnieniach sam potwierdził. W obliczu powyższego dowód (dowód nr 1) złożony przez Zamawiającego jest bezprzedmiotowy, bowiem fakt obniżenia cen przetargów nie ma
tu żadnego znaczenie, bowiem STALKO nie uwzględnił określonych kosztów osobowych
w cenie oferty. Dodać należy również, że obniżenie cen w prowadzonych postępowaniach
u danego Zamawiającego nie musi w żaden sposób przekładać się na ceny oferowane innemu Zamawiającemu.
W zakresie ceny paliwa i wskazanego w złożonych wyjaśnieniach zużycia paliwa Odwołujący nie wykazał, że pojazdy, które wskazał w swoich wyjaśnieniach STALKO charakteryzują się innym spalaniem niż podane przez Odwołującego. Odwołujący zarzucając nierealność spalania nie charakteryzuje podanych pojazdów, a swoje stanowisko opiera na zużyciu paliwa przez autobusy wykonawcy obecnie realizującego zamówienie – przy czym nie określa jakie to są pojazdy i jakie są różnice czy podobieństwa w odniesieniu do pojazdów wskazanych przez STALKO, chociażby takie jak np. waga pojazdów, rocznik itp. Izba uznała za nieprzydatne do rozpoznania sprawy dowody przedstawione przez Odwołującego
w odniesieniu do raportów spalania pojazdów nie będących własnością STALKO, mając
na uwadze, że nie jest znany stan techniczny pojazdów do których referuje Odwołujący jak również nie jest znany sposób ich użytkowania. W odniesieniu do ceny paliwa jaka została przyjęta przez STALKO Izba stwierdziła, co zostało również potwierdzone w trakcie rozprawy przez Odwołującego, że każdy z tych wykonawców przyjął 3,30 zł za litr paliwa. W ocenie Izby w zakresie tego elementu Odwołujący nie dowiódł swojego stanowiska, natomiast argumentacja STALKO potwierdza realność założonego kosztu zużycia paliwa.

W odniesieniu do argumentacji dotyczącej wyceny kosztów części oraz materiałów eksploatacyjnych Izba stwierdziła, że STALKO nie udźwignął ciężaru dowodu. Ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył. To po stronie tego podmiotu – STALKO – zgodnie z obowiązującą literą prawa pozostawała konieczność wykazania dowodów potwierdzającego słuszność jego wyliczeń. W tym zakresie Izba uznała za nie wykazane podane koszty w zakresie części oraz materiałów eksploatacyjnych.
W odniesieniu do kosztów amortyzacji i leasingu Izba uznała, mając na uwadze postanowienia umowne, które zakładają konieczność zagwarantowania przewozów pasażerskich nawet w okolicznościach awarii autobusu, że niezbędnym było założenie choćby procentowej wartości leasingu / amortyzacji pojazdu, który będzie wykorzystywany na potrzeby zabezpieczenia przewozów w trakcie awarii innego autobusu. Niemniej, Izba nie podziela argumentacji Odwołującego, że w kosztach powinien zostać uwzględniony koszt czwartego autobusu, nie wynika to z żadnych okoliczności. Tym samym, mając na uwadze faktyczną argumentację Odwołującego sprowadzającą się do konieczności wykazania kosztów leasingu /amortyzacji odnoszących się do czwartego autobusy Izba uznała stanowisko Odwołującego za niezasadne. Odwołujący nie wykazał konieczności dedykowania czwartego autobusu jedynie na potrzeby przedmiotowego zamówienia,
co w efekcie powoduje, że nie wykazał konieczności uwzględnienia pełnych kosztów
w zakresie jego leasingowania / amortyzacji w tym zamówieniu.
W zakresie kosztów ubezpieczenia pojazdów STALKO nie przedstawił żadnej argumentacji faktycznej uzasadniającej przyjętą w złożonych wyjaśnieniach wartość. Powołanie się
w złożonych wyjaśnieniach na poczynioną we wcześniej prowadzonej sprawie odwoławczej kalkulację kosztów poczynioną przez Odwołującego nie sposób uznać za uzasadnienie kosztów ubezpieczenia STALKO. Formalnie należy wskazać, że to po stronie STALKO leżała argumentacja i dowodzenie, zarówno na etapie składania wyjaśnień - co wynika
z art. 90 usta. 2 ustawy, jak również na etapie rozprawy - co wynika z art. 190 ust. 1 a ustawy. Jednakże mimo obowiązków ustawowych w tym zakresie brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego w zakresie podanych kosztów, co powoduje, że podane kwoty kosztu ubezpieczenia nie zostały w żaden sposób urealnione. Nadmienić należy,
że STALKO wskazywał w trakcie rozprawy na załączone polisy, jednakże żadnych polis urealniających koszty ubezpieczenia jakie przyjął w złożonych wyjaśnieniach nie ma załączonych w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach. W tym zakresie Izba uznała
za słuszne stanowisko Odwołującego.
Co do kosztów wynajmu oraz utrzymania bazy i innych kosztów, w ocenie Izby słusznie twierdzi Odwołujący, że nie wszystkie koszty zostały przez STALKO uwzględnione
w tej pozycji, a wynika to w szczególności z dokumentów załączonych do wyjaśnień przez STALKO. Z przedstawionej umowy najmu z dnia 5 października 2018 roku wynika w sposób jednoznaczny, że STALKO uwzględnił w kosztach oferty jedynie miejsca postojowe
dla autobusów (trzy miejsca) pominął jednocześnie pozostałe koszty takiej bazy. Wynika
to również w sposób jednoznaczny z samych wyjaśnień STALKO, gdzie podał on, że koszty bazy są niższe bowiem posiada już bazę, a dodatkowy koszty to zwiększenie ilości miejsc postojowych. Tym samym STALKO, podobnie jak w przypadku kosztów osobowych, pomija część kosztów jakie będzie ponosił przy wynajęciu bazy, a które poza miejscami postojowymi są generowane, bowiem jak stwierdził posiada już bazę. Jednocześnie nie wykazał, że nie ponosi w tym zakresie – poza opłatą za miejsca postojowe – jakichkolwiek innych kosztów związanych z funkcjonowaniem bazy.
Mając na uwadze całą powyższą argumentację Izba stwierdziła, że w ramach prowadzonego postępowania odwoławczego, w którym ciężar dowiedzenia realności ceny oferty spoczywał na STALKO, wykonawca ciężarowi temu nie sprostał. Tym samym
nie wykazał, że w ramach zaoferowanej ceny ofertowej skalkulował koszty realizacji przedmiotowego zamówienia. Podnoszenie w trakcie rozprawy, że koszty będzie pokrywał
z marży – co jest również niespójne z wyjaśnieniami, w których jednoznacznie podaje czego nie uwzględnił w cenie oferty i co będzie finansowane z innych źródeł – Izba uznała
za pewien sposób „ratowania sytuacji" nie mający żadnego umocowania w złożonych wyjaśnieniach. Przedstawiony Rachunek zysków i strat (dowód nr 5) na okoliczność wykazania, że spółka nie ma strat nie dowodzi tego, że cena oferty została prawidłowo skalkulowana z uwzględnieniem wszystkich kosztów. Dowodzi natomiast w ocenie Izby przeciwnie, tzn. że spółka jest w stanie pokryć wszystkie nieujęte w cenie oferty koszty jakie musiałaby ponieść w ramach realizacji zamówienia. Również fakt tego, że cena
w postępowaniu jest ceną ryczałtową nie zmienia faktu, że w określony sposób wykonawca ją skalkulował, a ta właśnie kalkulacja znajduje odzwierciedlenie w wyjaśnieniach ceny oferty. Prezentacja danych do jakich referował STALKO w trakcie rozprawy również
nie ma wpływu na konieczność wykazania kosztów realizacji zamówienia w odpowiedzi
na wezwanie do złożenia wyjaśnień elementów zaoferowanej ceny. Podkreślenia wymaga, że wykonawca STALKO winien w szczególności wykazać zasadność i rzetelność wyjaśnień złożonych w wyniku wezwania wystosowanego przez Zamawiającego na mocy art. 90 ust. 1 ustawy, a Izba w postępowaniu odwoławczym ocenia zgodność z prawem czynności Zamawiającego, czyli - w rozpoznawanym przypadku - trafność oceny przez Zamawiającego złożonych wyjaśnień. W ocenie Izby Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny złożonych wyjaśnień z dnia 7 września 2020 roku, a w efekcie zaniechał odrzucenia oferty STALKO – dlatego też Izba zarzut uznała za zasadny i nakazała w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy odrzucenie oferty wykonawcy STALKO.

W zakresie zarzutu 2 naruszenia art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 15 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2018 poz. 419), przez zaniechanie odrzucenia oferty STALKO, pomimo że złożenie oferty przez wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na utrudnianie dostępu do rynku innym przedsiębiorcom przez zamiar świadczenia usług poniżej kosztów – Izba uznała zarzut za zasadny.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 oferta podlega odrzuceniu jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym, powyżej wskazany przepis zawiera odesłanie do konstrukcji czynu nieuczciwej konkurencji określonego w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 roku poz. 1010 ze zm, dalej „ustawa z.n.k."), która
to ustawa zawiera definicję legalną czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 stanowiąc, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Zgodnie z art. art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku,
w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia
lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.
Izba mając na uwadze całą wyżej przedstawioną argumentację odnoszącą się
do rozpoznania zarzutu (1) naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy stwierdziła, że złożenie oferty przez STALKO w przedmiotowym postepowaniu o udzielnie zamówienia publicznego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wymaga podkreślenia, że STALKO wielokrotnie w złożonych wyjaśnieniach podnosił, że nie będzie ujmował określonych kosztów w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia, bowiem zadania będą realizowane np. przez osoby, które są już zatrudnione w STALKO i nie będzie to powodowało ponoszenia przez wykonawcę STALKO dodatkowych kosztów. Takie działanie STALKO wydaje się być działaniem zamierzonym, a co najważniejsze jest działaniem powtarzalnym w kilku obrębach zamówienia tj. zarówno kosztów osobowych kierowców jak i dyspozytorów i mechaników,
a także osób z biura. Dodatkowo wykonawca STALKO, jako profesjonalista i podmiot funkcjonujący w branży zapewne ma świadomość kosztów realizacji zamówienia w obrębie materiałów eksploatacyjnych, kosztów faktycznych bazy i innych niezbędnych do realizacji zamówienia. Tym samym koszty te winien był STALKO ująć w kalkulacji oferty. Nieuwzględnienie w cenie oferty wszystkich faktycznych kosztów, takich jak np. koszty osobowe czy też odwoływanie się do kalkulacji Odwołującego np. polisy powoduje,
że wykonawca zaniżył cenę oferty, a mając na uwadze profesjonalny charakter podmiotu, uprawdopodobnia w ocenie Izby, że działanie wykonawcy STALKO miało na celu uzyskanie zamówienia i w tym celu eliminację innych wykonawców z postępowania. STALKO jednoznacznie w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach odnoszących się do wyliczenia ceny oferty podał, że będzie finansował poszczególne faktyczne koszty tego zamówienia środkami pochodzącymi z innych kontraktów, dochodów jakie spółka posiada. Takie działanie wykonawcy można zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji polegający
na sprzedaży danego świadczenia poniżej kosztów jego świadczenia. W ocenie Izby zasadne w tym zakresie są dowody przedstawione przez Odwołującego przy piśmie procesowym odnoszące się do postępowań o udzielnie zamówienia publicznego, w których brał udział STALKO potwierdzają, a których zakres przedmiotowy był podobny a także
o znacząco mniejszych wymaganiach technicznych, że koszty jakie on szacował w cenie ofertowej przy realizacji podobnych zamówień były znacząco inne.
Izba podkreśla, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą
do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe
i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych.
Izba zaznacza, że choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstąpienie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie oraz w pismach procesowych stwierdziła, że odwołanie jest niezasadne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 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 (t.j. Dz. U poz. 972 ze zm.).

Przewodniczący: ……