Sygn. akt: KIO 2048/20

WYROK
z dnia 17 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 17 września 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 sierpnia 2020r. przez **wykonawcę Z. W., przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi transportowe W. Z. z siedzibą w Kienkówce, nr 66**w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Siennica w Siennicy, ul. Kołbielska 1**
przy udziale wykonawcy P. P. przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Przewozowe P. P. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, ul. Topolowa 37 m. 12 zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2048/20 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie części II zamówienia i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tej części zamówienia i odrzucenie oferty wykonawcy P. P. przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Przewozowe P. P. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, ul. Topolowa 37 m. 12 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy, gdyż złożone wyjaśnienia z dnia 18 sierpnia 2020r. nie wykazują, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską, a wykonawca nie udowodnił twierdzenia, że zaoferowana cena jest realna, w pozostałym zakresie odwołanie oddala.
2. Kosztami postępowania obciąża **Gmina Siennica w Siennicy, ul. Kołbielska 1** i:
2.1.zalicza na poczet postępowania odwoławczego kwotę 7 500zł. 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Z. W., przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi transportowe W. Z. z siedzibą w Kienkówce, nr 66** tytułem wpisu od odwołania,
2.2.zasądza od **Gminy Siennica w Siennicy, ul. Kołbielska 1**na rzecz **wykonawcy Z. W., przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi transportowe Wisińska Zofia z siedzibą w Kienkówce, nr 66** kwotę 3 750 zł. 00 gr. (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu i zastępstwa prawnego.
Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok -
w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Siedlcach.**

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt KIO 2048/20

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dowóz dzieci do szkół na terenie Gmina Siennica 2020/2021 zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 28 lipca 2020r. za numerem 566995-N-2020.
W dniu 18 sierpnia 2020r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania w częściach 1 i 2 zamówienia.
W dniu 24 sierpnia 2020r. wykonawca Z. W., przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi transportowe W. Z. z siedzibą w Kienkówce, nr 66 wniosła odwołanie na czynności i zaniechania zamawiającego polegające na:
odrzuceniu oferty odwołującego w Części 1 pn. „Dowóz dzieci do szkół na terenie Gmina Siennica na podstawie zakupionych biletów miesięcznych w ramach przewozów regulaminowych wraz ze sprawowaniem opieki w czasie przewozu w roku szkolnym 2020/2021" oraz
wyborze jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy: Usługi Przewozowe P. P. (dalej zwanego jako „UPPP") w Części 2 pn. „Dowóz uczniów pełnosprawnych i niepełnosprawnych do szkół w Siennicy, Starogrodzie i Ignacowie w roku szkolnym 2020/2027".
Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 23 sierpnia 2020r. udzielonego przez właściciela firmy. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 24 sierpnia 2020r.
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem 89 ust. 1 pkt 3 ustawy przez uznanie, że oferta odwołującego w Części 1 stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji mimo iż nie było do tego podstaw i naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy przez niewystosowanie wezwania do złożenia wyjaśnień do odwołującego w zakresie treści złożonej przez niego tj. czasu podstawienia pojazdu zastępczego;
2. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy przez bezpodstawną zmianę ceny ofertowej w Części 2 wykonawcy UPPP mimo, iż błąd ten nie miał charakteru omyłki, zamiast odrzucenia tej oferty jako rażąco niskiej lub jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny lub kosztu; ewentualnie:
3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem 89 ust. 1 pkt 4ustawy w zw. z art. 90 ust. 2 i ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy UPPP z postępowania pomimo tego, iż udzielone przez wykonawcę UPPP ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia dotyczące ceny ofertowej nie uzasadniły jej realności;

Wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu :
1. Unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w Części 1;
2. Unieważnienia wyboru wykonawcy UPPP w Części 2 postępowania
3. Dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem
a) odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy UPPP z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4, 6 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy ze względu na rażąco niską cenę i/lub błąd w obliczeniu ceny
b) wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w Części 1 i 2.
Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia i ma

interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. W tym celu odwołujący złożył ofertę i ubiega się o udzielenie mu zamówienia. Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy odwołujący może ponieść szkodę. Przez zaniechanie powyższych czynności zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której odwołujący może utracić szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (lucrum cessans). W przypadku gdy wykonawca UPPP zostanie wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona, odwołujący uzyska zamówienie w Części 1. Podobnie unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego w Części 2 pozwoli mu na uzyskanie zamówienia również w tym zakresie.
Odwołujący wskazał ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy niewątpliwie miało istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanego powyżej zaniechania zamawiającego może być bowiem uniemożliwienie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, co w istotny sposób wpłynie na wynik postępowania.
Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z postanowieniami SIWZ, kryteriami wyboru w Części 1 była: cena (60 %), czas podstawienia autobusu zastępczego (20%) oraz norma emisji spalin (20%).
Zamawiający nie określił żadnych dodatkowych wymagań dla kryterium podstawienia autobusu zastępczego, w szczególności nie określił, jaki punkt/miejsce należy przyjąć, jako początkowy, ani też nie postawił żadnych wymagań odnośnie minimalnego czasu podstawienia autobusu, ograniczając się do ogólnego stwierdzenia "czas podstawienia autobusu zastępczego" i pozostawiając swobodę wykonawcom w tym zakresie.
Odwołujący oświadczył, że posiada 14 autobusów z których obecnie jest wykorzystywanych jednie 6-7. Realizuje 4 linie regularne do obsługi których potrzeba 4 autobusów. Ma również zawartą umowę z Gminą Ożarów Mazowiecki. Do obsługi kontraktu potrzeba 4 autobusów (ale dwa pojazdy z obsługiwanych linii realizują w międzyczasie kontrakt z Gminą Ożarów). Odwołujący dysponuje następującymi pojazdami:
1. Renault nr rej. FR1 LLU18745
2. Renault nr rej. FR1 LLU27540
3. Renault nr rej. FR1 LLU37675
4. Renault Iliadę nr rej. LLU42451
5. Renault Iliadę nr rej. LLU46198
6. Mercedes Benz nr rej. LLU47287
7. Mercedes Benz nr rej. LLU47155
8. Irisbus Iliadę nr rej. LLU54767
9. Otokar Navigo T nr rej. WI931FU
10. IRISBUS Iliadę nr rej. LLU62953
11. Otokar Navigo T nr rej. WI050GS
12. IRISBUS nr rej. LLU 66264
13 Renault Iliadę nr rej. LLU 83002
14. Man Lion nr rej. LLU86614

Zatem zdaniem odwołującego dysponowanie w rezerwie na wypadek awarii pojazdem zastępczym dedykowanym jedynie do obsługi ww. zamówienia nie stanowi żadnego problemu. Odwołujący może sobie pozwolić, żeby co najmniej jeden pojazd zastępczy parkował przed placówką oświatową. Tym samym podstawienie pojazdu zastępczego w czasie 30 s. nie jest niemożliwe do realizacji dla odwołującego.
Odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający nie określił w SIWZ miejsca podstawienia autobusu zastępczego, a zatem wykonawca miał prawo określić to miejsce dowolnie. Warto dodać, że zgodnie z regulaminem obowiązującym u odwołującego przed odjazdem autobusu kierowca zawsze sprawdza jego stan techniczny na 15 minut przed odjazdem i w czasie 15 minut po odjeździe, co w praktyce umożliwia wcześniejsze terminowe podstawienie pojazdu.
Zdaniem odwołującego wszelkie niejednoznaczności i nieprecyzyjne zapisy SIWZ należy interpretować na korzyść wykonawców.
Zamawiający dokonał wykładni przepisów z ustawy o zwalczaniu uczciwej konkurencji, przez przyjęcie, że jego działanie, które z pewnością miało na celu wygranie przetargu, ale jako, że mieściło się w granicach prawa, nie stanowiło naruszenia dyspozycji tego przepisu.
Nadużyciem ze strony zamawiającego jest czynienie zarzutu odwołującemu naruszenia zasad uczciwej konkurencji odwołującemu. Odwołujący dokonał dopuszczalnej wykładni SIWZ i nie naruszył prawa i złożył ofertę w postępowaniu, która w ramach dokonanej przez siebie interpretacji SIWZ, w żadnym wypadku nie oferował "niemożliwego do spełnienia świadczenia".
Odwołujący wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza w podobnym stanie faktycznym w wyroku z dnia 17 sierpnia 2016 r., o sygn. akt KIO 1440/16 orzekła, że „Nie potwierdza się stanowisko zamawiającego złożenia oferty, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem wykonanie postanowień SIWZ w warunkach braku zastrzeżenia przez zamawiającego zakazu deklarowania czasu podstawienia autobusu wynoszącego 0 minut nie może być uznawane za powyższy czyn. ”
Naruszeniem, zamawiającego było również odrzucenie oferty odwołującego bez wezwania go do wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Zamawiający zdaniem odwołującego jest zobowiązany do przeprowadzenia postępowania w sposób staranny i należyty. Z tym obowiązkiem wiąże się również wystosowania do uczestników postępowania wezwania do wyjaśnień treści oferty w przypadku wątpliwości zamawiającego. Odwołujący wytłumaczył by zamawiającego, że ze względu na nadwyżkę pojazdów może bez przeszkód zapewnić podstawienie autobusu w czasie zadeklarowanym.
Powyższe jest zgodne z orzecznictwem KIO. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 listopada 2019 r., o sygn. akt KIO 2272/19
Zgodnie ze Specyfikacją, wykonawca w formularzu ofertowym miał podać cenę ryczałtową brutto za wykonanie usługi przewozu przez cały okres trwania umowy.
Wykonawca UPPP w złożonej ofercie podał cenę w wysokości 1242,00 zł brutto. Zatem oferta tego wykonawcy zawierała rażąco niska cenę i/lub błąd w obliczeniu ceny.
Następnego dnia po otwarciu ofert, tj. 12.08.2020 r. wykonawca UPPP złożył oświadczenie, że podana przez niego cena 1242,00 zł brutto to cena za 1 dzień wykonania usługi. Zgodnie ze złożonym oświadczeniem ww. wartość należy pomnożyć przez liczbę dni wykonywania usługi tj. 188. Zatem cena ofertowa to 233 496,00 złotych brutto. Zamawiający zgodnie z życzeniem UPPP zmienił cenę ofertową tego wykonawcy. Jest to działanie zdaniem odwołującego niezgodne z ustawą .
Inna omyłka to omyłka polegająca na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodująca istotnych zmian w treści tej oferty. Poprawienie tych omyłek następuje przez ingerencję w oświadczenie woli wykonawcy, jakim jest złożona przez niego

oferta. Odwołujący nadmienił, że celem wprowadzenia tej regulacji było zapobieganie odrzuceniu ofert z powodu błahych pomyłek. Powołał wyrok KIO z 12.08.2010 r., sygn. akt KIO 1610/10, wyrok Izby z 8.06.2019 r., o sygn.. akt KIO 1078/19.
W ocenie odwołującego nic w treści oferty nie wskazywało, że kwota 1242,00 zł brutto to kwota za dzień usługi. Dokonana przez zamawiającego zmiana miała charakter istotny.
W przedmiotowym przypadku występuje cena oczywiście rażąco niską i/lub błąd w obliczeniu ceny.
Błędem w obliczeniu ceny, w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy , jest bowiem błąd co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, nie zaś nieprawidłowe wykonanie czynności arytmetycznych składających się na obliczenie ceny. Błędy w obliczeniu ceny charakteryzują się tym, że nie można ich w żaden sposób poprawić.
W tym miejscu odwołujący wskazał, że na podstawie samego formularza (bez sięgania po wyjaśnienia złożone już po otwarciu ofert) nie da się ustalić jaką inną cenę niż tą wskazaną w formularzu 1242,00 zł chciał zaoferować wykonawca UPPP.
Omyłka może być uznana za oczywistą, gdyż jest bezsporna i niebudząca wątpliwości
Z niczego nie wynika że ww. wartość powinna być pomnożona przez 188 tj. liczbę dni wykonania usługi. Odwołujący stawia pytania: Może należałoby ją pomnożyć przez liczę tygodni wykonywania usługi ? A może liczbę miesięcy?
Nawet gdyby uznać, że wykonawca UPPP zaoferował wykonanie usług za cenę 233 496,00 złotych a nie 1242,00 zł to cena ta i tak jest rażąco niska a wyjaśnienia złożone w toku obligatoryjnej procedury wyjaśnienia ceny były ogólne, uniwersalne lakoniczne i gołosłowne.
Pismem z dnia 14.08.2020 r. zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, wezwał wykonawcę UPPP do udzielenia dokładnych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.
W szczególności zamawiający wezwał wykonawcę UPPP do wyjaśnień w zakresie:
1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177);
2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.
Pismem z dnia 18 sierpnia 2020 r., wykonawca UPPP udzielił wyjaśnień. W ocenie odwołującego nie można uznać przedłożonych wyjaśnień za wystarczające i uzasadniające rentowność złożonej oferty. Złożone pismo jest wyjątkowo lakoniczne i pozbawione jakichkolwiek dowodów czy choćby argumentów mających uprawdopodabniać prawidłową kalkulację ceny.
Wykonawca UPPP nawet nie podjął próby wykazania, że osiągnie jakikolwiek zysk z wykonania zamówienia.
W orzecznictwie i doktrynie ugruntowany jest pogląd, iż zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny tworzy domniemanie, że oferowana cena (lub koszt) jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oznacza to przerzucenie na wykonawcę ciężaru dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, co znajduje odzwierciedlenie wprost w treści art. 90 ust. 2 ustawy (tak min. wyrok KIO o sygn. akt 1272/19 z dnia 19 lipca 2019).
Już pobieżna analiza kilkuzdaniowych „wyjaśnień" wykonawcy UPPP dowodzi temu, że ww. wykonawca nie podołał ciążącemu na nim obowiązkowi.
Należy podkreślić, że wykonawca UPPP nawet nie ustosunkował się do wszystkich elementów wezwania.
Odwołujący podnosi, że art. 90 ust. 3 ustawy może stanowić samodzielną podstawę odrzucenia oferty wykonawcy, w sytuacji gdy w wyniku wezwania zostały co prawda złożone wyjaśnienia jak w przypadku UPPP, ale ich treść jest na tyle lakoniczna, że w zasadzie uniemożliwia zamawiającemu ich merytoryczną ocenę.
Sytuacja prawna wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólne, nieadekwatne do wezwania, nie poparte dowodami, nie pozwalające na ustalenie czy cena została skalkulowana prawidłowo, a wiec takiego jak UPPP, jest w zasadzie analogiczna do sytuacji wykonawcy, który zaniechał złożenia jakichkolwiek wyjaśnień.
Wykonawca wezwany do wyjaśnienia elementów składowych swojej oferty powinien przedstawić argumentacje popartą dowodami które powinny pozwolić, wręcz udowodnić zamawiającemu, ze podana przez wykonawcę cena jest ceną rynkową, a wykonawca przy realizacji zamówienia nie poniesie żadnej straty tylko osiągnie zysk.
Przedłożenie przez wykonawcę UPPP jedynie ogólnych, lakonicznych wyjaśnień i niewiarygodnych dowodów, brak jakichkolwiek dowodów, winno prowadzić do odrzucenia jego oferty bez prowadzenia dodatkowych wyjaśnień.
Pismo wykonawcy UPPP może być zakwalifikowane jako złożenie wyjaśnień, które jedynie pozornie stanowią jakiekolwiek wyjaśnienie oferowanych cen, czy też ceny oferty. Powyższe stanowisko potwierdza m.in. wyrok KIO z dnia 20 maja 2010 r. (KIO 730/10), wyrok z dnia 13 października 2014 r. (KIO 2031/14).
W ocenie odwołującego, złożone w toku postępowania wyjaśnienia UPPP dotyczące ceny ofertowej, nie uzasadniają realności ceny ofertowej.
Odwołujący podniósł, że to na wykonawcy, w odniesieniu do którego zaistniało podejrzenie rażąco niskiej ceny oferty, ciąży obowiązek wykazania, że cena ta nie jest rażąco niska, lecz jest realna, rynkowa oraz że zapewnia zarówno wykonanie zamówienia w sposób zgodny z wszystkimi wymaganiami zamawiającego, jak również osiągniecie zysku przez wykonawcę.
Wykonawca UPPP, nie odpowiedział na żadne postawione przez zamawiającego pytanie.
Warto podkreślić, że wykonawca UPPP nie podjął nawet próby wykazania, że realizując zamówienie osiągnie choćby minimalny zysk.
Stanowisko odwołującego opiera się o orzecznictwo Izby. Tytułem przykładu Odwołujący powołuje się na wyrok o sygn. akt KIO 23/18 z dnia 17 stycznia 2018 r. Wskazane wyżej braki w wyjaśnieniach, ich lakoniczność przesądzają o tym, że wykonawca UPPP nie podołał ciążącemu na nim obowiązku wykazania, udowodnienia, że zaoferowana przez niego cena ofertowa jest realna. Za wciąż aktualnym wyrokiem Sąd Okręgowy w Warszawie w z 8 czerwca 2006 r. sygn. akt V Ca 459/06. Z ostrożności, odwołujący podniósł, że za niedopuszczalną praktykę należy uznać samodzielne weryfikowanie przez zamawiającego zgodności danych wskazanych w ofercie czy wyjaśnieniach z realiami rynkowymi przy braku złożenia stosownych dowodów przez wykonawcę. Zamawiający ocenia wiarygodność zaoferowanej ceny i przedłożonych wyjaśnień wyłącznie w oparciu o argumentację i dowody jakie przedstawione zostały mu przez

wykonawcę w toku postępowania wyjaśniającego.
Powyższe, odwołujący oparł o orzecznictwo Izby, min. wyrok KIO o sygn. akt 1272/19 z dnia 19 lipca 2019. Dodatkowo, odwołujący podniósł, że w toku postępowania odwoławczego, wykonawca UPPP nie będzie mógł już uzupełnić uprzednio złożonych wyjaśnień, w tym zgłosić dowodów, gdyż kognicja Izby ogranicza się do zbadania w kontekście zarzutów odwołania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu zostały przez niego prawidłowo ocenione (vide: KIO 815/19 z 23 maja 2019 r.). Izba nie jest bowiem gospodarzem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba w toku postępowania odwoławczego weryfikuje prawidłowość podjętych przez zamawiającego decyzji.
Dalej, odwołujący uważa, że w przedmiotowym przypadku, nie można wystosować do wykonawcy UPPP ponownego wezwania.
Ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień jest niedopuszczalne gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami (vide: KIO 2025/14). Nie ulega dla odwołującego wątpliwości, że wyjaśnienia złożone przez UPPP w toku procedury z art. 90 ust. 1 ustawy spełniają zaprezentowany powyżej opis.
Odwołujący w pełni podziela pogląd wyrażony, w wyroku z 13 października 2014 r. sygn. akt KIO 2025/14 oraz w wyroku z 28 lipca 2017 r. sygn. akt 1431/17, w myśl których ponowienie wezwania nie może stanowić ratowania oferty, wówczas gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami, wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć.
Również w doktrynie ugruntował się pogląd, że „Powtórzenie wezwania do udzielenia wyjaśnień musi wynikać z obiektywnych okoliczności uzasadniających konieczność uszczegółowienia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie zamawiającego. Dla przykładu, uzasadnieniem do skierowania kolejnego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 lub 1a ustawy może być np. konieczność uszczegółowienia czy też rozwinięcia wyjaśnień już złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie, które zostało przez zamawiającego sformułowane w sposób ogólny, oparty na literalnym brzmieniu komentowanego przepisu. Mogą również zdarzyć się sytuacje, kiedy bardziej szczegółowe wyjaśnienia okażą się konieczne także w przypadku wezwania szczegółowego. Każdorazowo jednak potrzeba ponownego wezwania musi wynikać z okoliczności obiektywnych, przy czym istotne jest, aby wyjaśnienia wykonawcy były rzetelne w zakresie wymaganym w pierwszym wezwaniu. Ponowne wezwanie nie będzie zatem uprawnione, jeżeli wyjaśnienia będą niekompletne, lakoniczne, niezawierające odpowiedzi na wszystkie stawiane przez zamawiającego w wezwaniu pytania. W takiej sytuacji doszłoby bowiem do niedopuszczalnego i naruszającego zasadę równego traktowania wykonawców przywrócenia terminu do złożenia wyjaśnień, które powinny być złożyć już na pierwsze wezwanie zamawiającego.”(Komentarz do art. 90 red. Jaworska 2020, wyd. 11/A. Matusiak. Legali s).
W dniu 27 sierpnia 2020r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.
W dniu 31 sierpnia 2020r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Piotr Pieńkowski przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Przewozowe Piotr Pieńkowski z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, ul. Topolowa 37 m. 12 wnosząc o oddalenie lub odrzucenie odwołania. Wskazał, że jego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu w części 2. Zgłoszenie zostało podpisane przez właściciela firmy. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 28 sierpnia 2020r.
Izba ustaliła następujący stan faktyczny:
Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz według stanu na dzień 6 sierpnia 2020r. złożonych ofert przystępującego i odwołującego, informacji o otwarciu ofert, pisma przystępującego o omyłce, informacji o poprawie omyłek z dnia 14 sierpnia 2020r., wezwania do wyjaśnień ceny rażąco niskiej z dnia 14 sierpnia 2020r., wyrażeniu zgody na poprawę omyłki, wyjaśnień ceny rażąco niskiej, informacji o wyniku postępowania, oraz dowody złożone przez odwołującego i zamawiającego na rozprawie.
Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:
Zgodnie z pkt 2.1 siwz zamówienie zostało podzielone na dwie części:
Część 1: „Dowóz dzieci do szkół na terenie Gmina Siennica na podstawie zakupionych biletówmiesięcznych w ramach przewozów regulaminowych wraz ze sprawowaniem opieki w czasie przewozu w roku szkolnym 2020/2021 ",
Część 2: „Dowóz uczniów pełnosprawnych i niepełnosprawnych do szkół w Siennicy,
Starogrodzie i Ignacowie w roku szkolnym 2020/2021 ",
Każdy z wykonawców mógł składać ofertę na obie lub jedną część
Zgodnie z rozdziałem 3 wykonawca jest zobowiązany wykonać zamówienie w terminie od 1 września 2020r. do 25 czerwca 2021r. (max 188 dni nauki szkolnej).
Zamawiający wskazał opis sposobu obliczenia ceny w rozdziale 10 siwz:
10.1 Cena powinna być wyrażona do dwóch miejsc po przecinku i powinna zawierać wszelkie koszty niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia.
10.2 Rozliczenia między zamawiającym a wykonawcą prowadzone będą w PLN.
10.3 Każdy z wykonawców może zaproponować tylko jedną cenę i nie może jej zmienić.
10.4 Zaoferowana cena dotyczy całego przedmiotu zamówienia.
10.5 Wykonawca poda cenę oferty w Formularzu Ofertowym sporządzonym według wzoru stanowiącego Załącznik Nr 1 do SIWZ.
W myśl pkt. 12.1 siwz zamawiający miał dokonać oceny ofert, które nie zostały odrzucone, na podstawie następujących kryteriów oceny ofert:
Dla części 1:
Kc - Kryterium „cena brutto” — waga 60 %
Kt — Kryterium „czas podstawienia pojazdu zastępczego” — waga 20 %
Kne - Kryterium „norma emisji spalin” — waga 20%
12.3. Kryterium „Czas podstawienia pojazdu zastępczego” — waga wskaźnika 20 %
W powyższym kryterium oceniany będzie czas postawienia pojazdu zastępczego, Wykonawca w tym kryterium może otrzymać maksymalnie 20,00 punków. Czas ten nie może być dłuższy niż 60 minut. Kryterium rozpatrywane będzie na podstawie oświadczenia wykonawcy złożonego w formularzu ofertowym. Maksymalną ilość punktów otrzyma wykonawca, który zaproponuje najkrótszy czas podstawienia pojazdu zastępczego, pozostali będą oceniani wg następującego wzoru:
Najkrótszy czas podstawienia pojazdu zastępczego (min)

- x 20 pkt
Czas podstawienia pojazdu zastępczego w badanej ofercie (rnin)
W przypadku braku podania ceny lub czasu podstawienia pojazdu zastępczego w ofercie, zamawiający odrzuci ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Jeżeli wykonawca pod czas podstawienia pojazdu zastępczego dłuższy niż 60 min jego oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.
Do umowy zostanie wpisany czas podstawienia pojazdu zastępczego wskazany w ofercie Wykonawcy.
Z załącznika nr 1 do siwz - formularz ofertowy dla części 1 wynika, że zawierał wymóg wypełnienia oświadczenia "Czas podstawienia pojazdu zastępczego . . . . . minut"
W formularzu ofertowym dla części II zamawiający wymagał podania: ceny netto (zł), podatek VAT (zł) i ceny brutto (zł) dla każdej trasy.
W wymaganym terminie wpłynęły następujące oferty:
l. RAPIT ul. Siedlecka 24, 05-334 Latowicz. Oferta złożona na część I za cenę 202 510,80 zł brutto. Czas podstawienia pojazdu zastępczego 4 minuty. Wszystkie 3 autobusy spełniają normę EURO 5. Termin wykonania od 1 września 2020r. do 25 czerwca 202 lr.
2. Usługi Przewozowe P. P. ul. Topolowa 37 M. 12, 05-300 Mińsk Mazowiecki. Oferta złożona na część II za cenę 1242 złote brutto. Dwa pojazdy spełniają normę EURO 5 oraz jeden spełniają normę EURO 6. Termin wykonania od 1 września 2020r. do 25 czerwca 202 lr.
3. Usługi Transportowe Z. W., 21-450 Stoczek Łukowski, Kienkówka 66. Oferta złożona na część I za cenę 243 660 złotych brutto. Czas podstawienia pojazdu zastępczego 0,5 minuty. Wszystkie 3 autobusy spełniają normę EURO 5. Termin wykonania od 1 września 2020r. do 25 czerwca 202 lr. Oferta złożona na część II za cenę 507 600 złotych brutto. Dwa pojazdy spełniają normę EURO 6, oraz jeden spełnia normę EURO 5. Termin wykonania od 1 września 2020r. do 25 czerwca 2021r.
W ofercie odwołującego na str. 2 wskazano czas podstawienia pojazdu zastępczego 0,5 minut.
W ofercie przystępującego podano zobowiązanie na część II za kwotę 1242,00zł. brutto napis ten został skreślony i zastąpiono go kwotą 233 496,00 tak liczbowo jak i słownie.
W tabeli podano :
za trasę I 250zł. netto, podatek 20zł. 270zł. brutto (skreślono 470zł.)
za trasę II 450zł. netto, podatek 36zł., 486 zł. brutto,
za trasę III 450zł. netto, podatek 36zł., 486zł. brutto
W dniu 12 sierpnia 2020r. przystępujący wyjaśnił zamawiającemu - bez wezwania - że oferowana cena jest ceną za jeden dzień realizacji usługi. Łączna cena w okresie 1 września 2020 do 21 września 2021 (maksymalnie 188 dni nauki szkolnej wyniesie maksymalnie 233 496zł.
W dniu 14 sierpnia 2020r. zamawiający poinformował na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy przystępującego o poprawie omyłek w ofercie przystępującego tj. 470zł. w trasie pierwszej na 270zł. i cenę łączną świadczenia z 1242 zł. na 233 496zł.
W dniu 14 sierpnia 2020r. zamawiający wezwał przystępującego na podstawie art. 90 ustawy do złożenia wyjaśnień zaproponowanej ceny. Zamawiający wskazał, że cena 233 496 zł. jest o 36,99% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert i wezwał do złożenia wyjaśnień w tym dowodów, w zakresie oszczędności metody wykonania, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych wykonawcy, oryginalności projektu, kosztów pracy, które nie mogą być niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę oraz pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
W dniu 14 sierpnia 2020r. przystępujący wyraził zgodę na poprawę omyłek.
W dniu 18 sierpnia 2020r. przystępujący złożył wyjaśnienia, wskazując, że jego cena jest równa cenie za jaką realizował analogiczne usługi dla zamawiającego. Cena uprzednio nie była kwestionowana. Usługi świadczone uprzednio zrealizowano bez zastrzeżono czym świadczą wystawione referencje. Analogiczne usługi przystępujący realizuje bez zastrzeżeń dla wielu gmin w powiecie mińskim i dla dzielnic m.st. Warszawy. Dysponuje dużym doświadczeniem w zakresie organizacji przewozów dzieci niepełnosprawnych, doświadczoną kadrą. Sprawna organizacja wpływa na poziom ponoszonych kosztów.
Ponadto na poziom kosztów uwzględnianych w kalkulacji wpływają takie czynniki jak:
- zatrudnienie kierowcy zamieszkałego na terenie gminy Siennica - brak kosztów dojazdu pojazdu do miejsca realizacji usługi,
- flota własna (brak kosztów kredytu i leasingu)
- własna baza transportowa (brak kosztów najmu)
- własna baza paliwowa - redukcja kosztów paliwa)
- własne zaplecze remontowo-naprawcze.
Na potrzeby kalkulacji przystępujący nie uwzględniał pomocy publicznej. Cena odzwierciedla całość ponoszonych kosztów.
W dniu 18 sierpnia 2020r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w
części 2 oferty Piotra Pieńkowskiego i unieważnieniu postępowania w części pierwszej z braku ważnych ofert.
W uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego zamawiający podał, że odwołujący w ofercie wskazał czas podstawienia pojazdu zastępczego 0,5minuty. W przypadku tej oferty jest to oferta o świadczenie niemożliwe do spełnienia. Wykonawca nie jest w stanie podstawić autobusu zastępczego w terminie 4 minut od zgłoszenia awarii autobusu, który przewozi dzieci. Oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy. W ocenie zamawiającego wykonawca wskazał tak krótki termin jedynie w celu uzyskania większej liczby punktów z góry wiedząc, ze nie będzie w stanie spełnić świadczenia. Zamawiający powołał wyrok KIO z dnia 18 lipca 2016r. sygn. akt KIO 1197/16.
Dowody złożone przez odwołującego :
- z kserokopii poświadczony za zgodność z oryginałem dowodów rejestracyjnych oraz dowodów uiszczenia składki ubezpieczenia OC wynika, że odwołujący dysponuje flotą 14 pojazdów z czego 12 jest jego własnością, zaś 2 są własnością Gettin Leasing SA.
- z korespondencji mailowej pomiędzy D. P. i R. W. wynika, że możliwe jest parkowanie na ulicy Dworkowej 27 w Siennicy na terenie stacji paliw za cenę 200zł/m-c netto,
- Regulaminu pracy kierowców Z. W. z par. 4 ust. 2 pkt 1 i 2 tiret 9 wynika, że kierowca jest odpowiedzialny za codzienną obsługę pojazdu i obowiązany do stawienia się do pracy godzinę przed planowanym rozpoczęciem przewozu osób, aby dokonać codziennej obsługi pojazdu, co najmniej 15 minut przed planowanym odjazdem kierowca zobowiązany jest do

przejechania trasy próbnej o odległości min. 1km.
Dowody złożone przez zamawiającego:
- z oświadczeń dyrektorów placówek oświatowych w Starogrodzie, Grzebowniku, Siennicy, Żakowie, Siennicy wynika, że brak jest na terenie placówek wyznaczonego miejsca na potrzeby parkingu dla autobusów.
- z ogłoszenia o zamówieniu nr 122055-2016 wynika, że m. in. przedmiotem zamówienia były przewozy uczniów na zajęcia poza obiektami szkolnymi, wyjazdy na konkursy, basen, olimpiady przedmiotowe, konkursy sportowe,
- z wydruków z Google Maps dla trasy Mińska 32 Latowicka DW802 – Mińska/DW802 wynika odległość 500m i czas 2 min., dla trasy Mińska 32 przez DW 802 4,1km 4 min. i dla trasy Latowicka 16 przez DW 802 – 4,2km i 4 min.
Izba dokonała oceny stanu faktycznego
Izba oceniła, że w formularzu ofertowym wykonawcy mieli wpisać w tabeli ceny jednostkowe za trasy i pod tabelą te ceny jednostkowe zsumować. Natomiast nad tabelą mieli podać cenę całkowitą oferty. U przystępującego w ofercie cena całkowita oferty jest równa sumie cen jednostkowych podanych pod tabelą. W ocenie Izby należy dać wiarę wyjaśnieniom zamawiającego, że uznał on, że cena podana jako cena za całość oferty jest ceną podaną omyłkowo, gdyż w rzeczywistości nie jest to cena za całość oferty, ale suma cen jednostkowych, co potwierdzają ceny jednostkowe podane w tabeli i wykonany na nich rachunek sumowania. Tym samym zamawiający przyjmując własną informację tak w terminie wykonania w siwz jak i we wzorze umowy, że ilość dni świadczenia usługi wynosi 188 dni. Prawidłowo dokonał poprawy oferty przystępującego mnożąc sumę cen jednostkowych razy czas trwania usługi.
Izba oceniła, że zamawiający podał, że wymaga podania czasu podstawienia pojazdu zastępczego. Zgodnie z par. 6 ust. 6 załącznika nr 8.1. do siwz wzór umowy do części I w przypadku wystąpienia awarii pojazdu lub w przypadku, kiedy pojazd nie może się poruszać do drogach publicznych lub niemożności prowadzenia pojazdu przez kierowcę (np. zasłabnięcie) wykonawca zobowiązany jest do podstawienia pojazdu zastępczego w ciągu ….. minut od czasu wystąpienia awarii. Tym samym postanowienie umowne stanowiło wytyczną interpretacyjną, o jaki czas zamawiającemu chodzi w kryterium czasu podstawienia pojazdu. W ocenie Izby z tego postanowienia nie da się wywieść, że chodziło tu wyłącznie o czas podstawienia pojazdu zastępczego do miejsca docelowego dowozu dzieci, jak interpretuje ten wymóg odwołujący. Z literalnego brzmienia treści postanowienia umownego takiego wniosku logicznie wywieść się nie da, choćby jedynie przykład zasłabnięcia kierowcy świadczy to tym, że taka sytuacja może mieć w dowolnych miejscach na trasach opisanych w załączniku nr 7 czy w par. 2 tabeli 2 wzoru umowy, również niemożność poruszania się po drogach publicznych, z racji pęknięcia opony, przepalenia wymaganych żarówek czy innych sytuacji losowych mogących mieć miejsce w dowolnym miejscu niezależnie od prawidłowości dokonania czynności obsługi codziennej pojazdu, nie potwierdza tezy odwołującego, że chodzi tu wyłącznie o dojazd pojazdu zastępczego do miejsca docelowego. W ocenie Izby nie chodzi natomiast w tym postanowieniu umownym o podstawienie pojazdu w celu zastępstwa pojazdu uczestniczącego w kolizji drogowej (wypadku), bo wyraźnie postanowienie referuje wyłącznie do awarii. Izba dała zatem wiarę zamawiającemu, że intencją zamawiającego było zapewnienie dojazdu pojazdu zastępczego w możliwie najkrótszym czasie do miejsca awarii lub unieruchomienia pojazdu czy utraty zdolności do prowadzenia pojazdu. Jest to logiczny wniosek z postanowienia umownego i pozwalający nadać racjonalny sens kryterium oceny ofert, bowiem za nieracjonalne należałoby uznać kryterium oceny ofert, w którym każdorazowo pojazd zastępczy należałoby podstawić w miejsce docelowe – pod placówkę oświatową, niezależnie od tego gdzie są dzieci oczekujące na przewóz. Taka interpretacja postanowień siwz kłóci się nie tylko z logicznym myśleniem, ale także jest nieracjonalna i nie zmierza do realizacji celu zamówienia, którym jest bezpieczny dowóz i odwóz dzieci do i z placówki oświatowej. Trudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, gdy w zimie autobus dozna awarii np. w Budach łękawickich, a autobus zastępczy będzie oczekiwał na dzieci w PSP im. Henryka Sienkiewicza w Siennicy ul. Latowicka 16. Tym samym Izba nie dała wiary wyjaśnieniom odwołującego, co do założonego przez niego sposobu świadczenia usługi, uznając, że jest to argumentacja na potrzeby odwołania abstrahująca od postanowień umownych i bazująca jedynie na braku zakreślenia przez zamawiającego minimalnego czasu podstawienia pojazdu zastępczego w kryterium oceny ofert. Nadto Izba oceniła, że wytyczną jak zamawiający rozumiał kryterium oceny ofert i postanowienie umowne jest także czas maksymalny wskazany przez zamawiającego w kryterium tj. 60 minut. Zamawiający wyjaśnił, że trasy przejazdu wynoszą od kilku do kilkunastu kilometrów (czemu odwołujący nie przeczył), tym samym gdyby zamawiającemu chodziło jedynie o podstawienie pod placówkę oświatową dodatkowego pojazdu, to nie określiłby tak długiego czasu maksymalnego. W ocenie Izby długość tego czasu była przyjęta przez zamawiającego, jako czas potrzebny na dojazd do najbardziej oddalonego punktu trasy wykonywanej przez pojazd od miejsca postoju pojazdów wykonawcy. W tym znaczeniu można było podać (wbrew stanowisku odwołującego) jedną wartość jednostki czasu - byłby to czas dojazdu do najbardziej oddalonego punktu trasy. Takiego przejazdu do najdalej oddalonego punktu trasy nawet z ul. Dworskiej 27 w ocenie Izby nie da się pokonać w 30 sekund, a biorąc pod uwagę, że pojazd musi poza siedzibami placówek oświatowych (Siennica i Żaków) dotrzeć do około 20 innych miejscowości, to ilość floty odwołującego jest niewystarczająca, aby przy każdym przystanku podstawić pojazd zastępczy, choć nawet to w ocenie Izby nie gwarantowałoby 30 sekundowego dojazdu do miejsca awarii, która przecież nie musi nastąpić na przystanku. Tym samym Izba nie dała wiary wyjaśnieniom odwołującego, że jest w stanie zapewnić podstawienie pojazdu zastępczego w terminie 30 sekund.
Izba oceniając materiał dowodowy dotyczącym wyjaśnień przystępującego, to wzięła pod uwagę także stan rzeczy wynikający ze stanu prawnego oraz dowodów złożonych przez odwołującego oraz wiedzę powszechnie znaną. Do wiedzy powszechnie znanej Izba zaliczyła fakt, iż dzieci w roku szkolnym 2019/2020 od marca nie uczęszczały do szkół, a tym samym usługa przewozu na podstawie umowy na rok szkolny 2019/2020 nie była w tym okresie realizowana na takich zasadach jak w przewidziane w obecnym zamówieniu. Tym samym nie można w ocenie Izby z faktu należytego wykonywania tamtej umowy wywodzić realność ceny w niniejszym postępowaniu. Izba wzięła także pod uwagę, że możliwość podwyższenia minimalnego wynagrodzenia za pracę była zapowiadana przez rząd i przy kalkulacji ceny ofertowej na kolejny rok szkolny powinna być uwzględniona w cenie, aby wykonawca mógł wykazać, że nie świadczy usługi poniżej minimalnych kosztów zatrudnienia. Izba wzięła także pod uwagę, że sam odwołujący wykazał, że posiada na własność flotę 12 pojazdów, a zatem też w tym zakresie może świadczyć usługę na podobnych warunkach jak przystępujący, odwołujący oświadczył także, że posiada własną bazę transportową, a zatem to także nie jest czynnik wyróżniający przystępującego. Co do zatrudniania kierowcy zamieszkałego na terenie Gminy Siennica, to z wyjaśnień nie wynika, czy i w jakiej wysokości przystępujący osiąga z tego tytułu oszczędność w cenie przewozu, to samo dotyczy własnej bazy paliwowej i zaplecza remontowo-naprawczego. Okoliczności te w żaden sposób nie zostały przez przystępującego udowodnione, ani nie wykazano, że rzeczywiście stanowią wyjątkowo sprzyjające wykonawcy warunki wykonania. Izba ustaliła, że wyjaśnienia przystępującego nie podważają wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotowego zamówienia za zaoferowaną cenę, które wyraził formułując wezwanie z dnia 14 sierpnia

2020r.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że w przedmiotowej sprawie nie zaistniały okoliczności, które mogły skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem 89 ust. 1 pkt 3 ustawy przez uznanie, że oferta odwołującego w Części 1 stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji mimo iż nie było do tego podstaw i naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy przez niewystosowanie wezwania do złożenia wyjaśnień do odwołującego w zakresie treści złożonej przez niego tj. czasu podstawienia pojazdu zastępczego;

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W myśl zaś art. 15 ust. 1 pkt 5 uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy. W ocenie Izby ustalony w niniejszej sprawie stan faktyczny tj. zaoferowanie 30s jako czasu podstawienia pojazdu zastępczego wpisuje się w normę art. 15 ust. 1 pkt 5 uznk, gdyż tak naprawdę w ocenie Izby jedynym powodem podania przez odwołującego tak krótkiego czasu podstawienia pojazdu była próba skorzystania na tym, że zamawiający nie określił minimalnego ocenianego czasu podstawienia. Odwołujący uznał zatem, że skoro zamawiający nie zabronił podawania czasu bardzo krótkiego, to dopuszczalne jest zaoferowanie tak krótkiego czasu, który umożliwi odwołującemu przewagę konkurencyjną w tym kryterium pozwalającą na wyeliminowanie pozostałych konkurentów. Jednakże odwołujący jednocześnie zapomniał, że czyn nieuczciwej konkurencji to nie tylko zachowanie niezgodne z prawem, czy warunkami postępowania o udzielenie zamówienia, ale także takie zachowanie wykonawcy, która podlega nagannej ocenie moralnej z punktu widzenia klauzuli generalnej jakimi są dobre obyczaje. Jest to podobnie jak dawna uczciwość kupiecka, czy cywilistyczne zasady współżycia społecznego zbiory norm niepisanych wyznaczające reguły egzystencji w danej społeczności, jak tajemnica korespondencji, zakaz lichwy. Generalnie dobre obyczaje powinny wyrażać się w szacunku dla drugiej strony, uczciwości, rzetelności, zaufaniu, lojalności, szczerości, fachowościso, poszanowaniu godności, prywatności, interesów drugiej strony czy niewprowadzaniu w błąd. I w ocenie Izby tym zasadom odwołujący uchybił, wykorzystując brak ostrożności zamawiającego przed nielojalnym kontrahentem, który będzie korzystał z niedookreślenia minimalnych dopuszczalnych przez zamawiającego czasów podstawienia pojazdu. W ocenie Izby zamawiający mógł liczyć na to, że wykonawcy zachowają się lojalnie i odczytają intencje zamawiającego co do potrzeby w ogóle zapewnienia pojazdu zastępczego, nie po to, żeby określić jakiekolwiek kryterium pozacenowe, ale po to by wybrać wykonawcę najlepiej świadczącego w przyszłości usługę. Celem podstawienia pojazdu zastępczego było zapewnienie ciągłości realizowanego przewozu, a nie jedynie dojazd w miejsce docelowe – siedzibę placówek oświatowych w wyśrubowanym w ofercie czasie. Dlatego Izba dopatrzyła się w działaniu odwołującego obrazy dobrych obyczajów. Czas podstawienia pojazdu podlegał ocenie w kryteriach oceny ofert i miał wagę 20 pkt., a więc miał znaczący wpływ przy wyborze oferty najkorzystniejszej, mógł zatem prowadzić do wyeliminowania konkurencji z rynku i przymuszenia zamawiającego do zawarcia umowy z odwołującym. W tym stanie rzeczy zamawiający zasadnie wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy. Izba uznała, że czas podany przez odwołującego nie był zależny od liczby posiadanych pojazdów, bo jak już Izba wskazywał nawet cała flota odwołującego rozmieszczona przy przystankach na trasie nie gwarantuje wykonania podstawienia pojazdu zastępczego w terminie 30s. Nadto fakt miejsca z którego dojeżdżałby pojazd zastępczy do miejsca docelowego dowozu dzieci, również w ocenie Izby nie miał znaczenia, gdyż taki dojazd nie służyłby zastąpieniu pojazdu niesprawnego pojazdem sprawnym w miejscu jego awarii, a tym samym nie służyłby wyjaśnieniu okoliczności mających istotne znaczenie dla sposobu świadczenia usługi. W tym kontekście Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy przez zamawiającego, a w konsekwencji także naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy przez bezpodstawną zmianę ceny ofertowej w Części 2 wykonawcy UPPP mimo, iż błąd ten nie miał charakteru omyłki, zamiast odrzucenia tej oferty jako rażąco niskiej lub jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny lub kosztu;

Zarzut nie potwierdził się. W ocenie Izby zamawiający prawidłowo zastosował treść art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, zgodnie z którym zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Bezsporne jest, że zamawiający żądał podania cen jednostkowych za trasy i ich zsumowania w tabeli formularza ofertowego i wymagał także podania ceny za całość zamówienia. W ofercie przystępującego podano ceny jednostkowe za trasy i sumę tych cen oraz cenę za całość zamówienia, która wynosiła tyle samo co zsumowane ceny jednostkowe. W ocenie Izby zamawiający otrzymując tak sformułowaną ofertę już na pierwszy rzut oka widział, że cena za całość oferty nie uwzględnia całego okresu świadczenia usługi i jest cena zsumowaną cen jednostkowych, wynikało to tak z przeliczenia cen podanych w tabelce i sprawdzenia sumowania cen jednostkowych jak i wysokości ceny rzekomo za całość zamówienia. Zamawiający podał ściśle maksymalną ilość dni nauki szkolnej 188, a ceny jednostkowe podawane były za trasę czyli dowóz i odwóz, a więc w ramach jednego dnia nauki szkolnej, co zresztą potwierdza wzór umowy mówiąc o stawce dziennej, tym samym logicznym było przemnożenie kwoty zsumowanej cen jednostkowych przez maksymalną ilość dni nauki szkolnej. W ten sposób możliwe było usunięcie omyłki i poprawa treści oferty. To, że wywołała ona znaczącą zmianę w zakresie całkowitej ceny ofertowej nie jest w ocenie Izby przeszkodą w poprawie, przede wszystkim dlatego, że rozliczenie pomiędzy stronami jest rozliczeniem za rzeczywiście wykonane przewozy, a więc według stawek dziennych w rozliczeniu miesięcznym – par. 2 pkt 5 wzoru umowy. W konsekwencji zmiana w tym zakresie nie zmieniała istotnie zobowiązania wykonawcy, a to należy brać pod uwagę przy ocenie, czy poprawa miała charakter istotny. Z tego względu Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem 89 ust. 1 pkt 4ustawy w zw. z art. 90 ust. 2 i ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy UPPP z postępowania pomimo tego, iż udzielone przez wykonawcę UPPP ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia dotyczące ceny ofertowej nie

uzasadniły jej realności
Zarzut potwierdził się. Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego zamawiający wezwał przystępującego do wyjaśnień ceny rażąco niskiej, a przystępujący te wyjaśnienia złożył bez jakiejkolwiek kalkulacji swojej ceny czy dowodów na szczególnie sprzyjające okoliczności przynależne mu w związku z wykonaniem przedmiotowego zamówienia. Wyjaśnienia są zatem jedynie twierdzeniami wykonawcy, które nie zostały wykazane, mimo, że w myśl art. 90 ust. 2 ustawy w tym zakresie ciężar dowodu spoczywał na przystępującym. Izba dostrzegła także, że zamawiający uznał realność ceny w oparciu o zeszłoroczną umowę z przystępującym. Jednakże w ocenie Izby nie można czynić ustaleń na podstawie tej umowy, która nie była praktycznie realizowana od połowy marca 2020r. z uwagi na stan epidemii i zawieszenie nauki stacjonarnej dzieci na rzecz zdalnej nauki w domach, stąd nie można ustalić, czy maksymalna wysokość wynagrodzenia przystępującego przewidziana tamtą umową wystarczyłaby w rzeczywistości na pokrycie kosztów związanych ze świadczeniem tej usługi. Nadto wysokość płacy minimalnej w okresie wykonywania bieżącej umowy wzrośnie w stosunku do ubiegłego roku szkolnego, a przystępujący nie wyjaśnił jakie stawki dla kierowców stosuje i czy przewyższają one stawki płacy minimalnej. Nadto część sprzyjających warunków na które powołał się przystępujący jest zbieżna z warunkami posiadanymi przez odwołującego, a więc nie może świadczyć o przewadze konkurencyjnej przystępującego. Pozostała część jest nieudowodniona ani nie wykazana, co do wpływu na wysokość ceny, a zatem też nie może być uznana za wykazującą realność ceny. W tym stanie rzeczy Izba doszła do przekonania, że zamawiający nieprawidłowo ocenił wyjaśnienia przystępującego i błędnie zaniechał zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.
W tym stanie rzeczy konieczne stało się nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert w tej części zamówienia i odrzucenia oferty wykonawcy Piotra Pieńkowskiego przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Przewozowe Piotr Pieńkowski z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, ul. Topolowa 37 m. 12 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy, gdyż złożone wyjaśnienia z dnia 18 sierpnia 2020r. nie wykazują, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską, a wykonawca nie udowodnił twierdzenia, że zaoferowana cena jest realna.
Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt. 1 ustawy.
O kosztach rozstrzygnięto stosownie do wyniku postępowania, który Izba rozumie jako osiągnięcie celu odwołania, w przypadku zarzutu I był to cel przywrócenia do postepowania odwołującego w zakresie części I, zaś w dwóch pozostałych zarzutach celem była eliminacja przystępującego z postępowania w części II i odwołujący połowicznie oba cele osiągnął tj. przegrał w części I w całości, natomiast wyeliminował przystępującego w części II, tym samym należało uznać, że odwołujący wygrał z zamawiającym w 50%. Tym samym należało zliczyć wszystkie koszty postepowania tj. 7500zł. wpisu, kwoty dwa racy po 3 600zł. jako koszty uzasadnione pełnomocników stron przyznane w maksymalnej wysokości dopuszczonej rozporządzeniem, czyli łącznie koszty postępowania odwoławczego wyniosły 14 700zł. czyli obie strony odpowiedzialne za wynik w połowie powinny ponieść koszty w wysokości 7 350zł. Odwołujący poniósł 11 100 zł. kosztów (7 500zł. wpisu i 3 600zł. zastępstwa prawnego). Tym samym poniósł koszty wyższe od kosztów, jakie przy uwzględnieniu wyniku postępowania powinien był ponieść tym samym Izba ustaliła, że zamawiający powinien zwrócić odwołującemu kwotę 3 750zł. jako różnicę pomiędzy 11 100 kosztów rzeczywiście poniesionych, a 7 350zł. (kosztów wynikających z wygranej) i taką kwotę zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego w pkt. 2.2. sentencji, zgodnie z art. 192 ust. 9 oraz art.

192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 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 ze zm.)

Przewodniczący:……