

WYROK
z dnia 21 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 sierpnia 2020 r. przez Odwołującego - wykonawcę J. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Przewozowe J. G. w Józefowie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Miasto Stołeczne Warszawa - Dzielnica Rembertów, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Luxury Medical Care sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie, LMC Trans sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100) uiszczonej przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 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 Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący:
Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa - Dzielnica Rembertów, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z podziałem na części, w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Świadczenie usług transportowych w zakresie dowozu dzieci niepełnosprawnych w roku szkolnym 2020/2021”, zwane dalej „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 10 lipca 2020 r., pod nr 561031-N-2020.

21 sierpnia 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o wyborze, jako najkorzystniejszej w części 1 i 3 zamówienia, oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Luxury Medical Care sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie oraz LMC Trans sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Konsorcjum”), co zostało zaskarżone odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej („dalej „Izba” lub „KIO”) w dniu 26 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę J. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Przewozowe J. G. w Józefowie (dalej „Odwołujący”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum, pomimo że wykonawca ten udzielił wystarczających wyjaśnień dotyczących ceny oferty, a także pomimo, że wyjaśnienia te potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum.

Odwołujący podał, że jest legitymowany, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący podał, że działając na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, pismem z dnia 23.07.2020 r., Zamawiający wezwał Konsorcjum do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty w zakresie zadań nr 1 i 3 (dalej: „wyjaśnienia RNC”). Cena oferty Konsorcjum w zakresie zadania nr 1 (117.000,18 zł brutto) była o blisko 37% niższa od wartości zamówienia powiększonej o VAT (185.328,00 zł brutto), natomiast w zakresie zadania nr 3 cena oferty (118.689,12 zł brutto) była niższa o ponad 40% od wartości zamówienia (198.198 zł brutto).

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 28.07.2020 r. Konsorcjum złożyło wyjaśnienia RNC.

Z treści wyjaśnień RNC Konsorcjum wynika, że wyróżniło ono, dla obu zadań, następujące pozycje kosztowe:

- 1.koszt zakupu paliwa;
- 2.koszty pracownicze;
- 3.koszty eksploatacyjne pojazdów.

W zakresie zadania nr 1 łączne koszty świadczenia usługi Konsorcjum określiło na kwotę 86.327,24 zł, w tym: koszt zakupu paliwa: 11.880 zł, koszty pracownicze: 63.654,24 zł oraz koszty eksploatacyjne pojazdu: 10.833 zł.

Równocześnie Konsorcjum poinformowało, że założyło frekwencję w wysokości 80%, a zatem różnicę pomiędzy kosztami (86.327,24 zł) a ceną oferty (117.000,18 zł) skorygowało do 7.232,90 zł, stanowiącą, jak wskazało Konsorcjum, planowany zysk.

Z kolei w zakresie zadania nr 3 łączne koszty świadczenia usługi Konsorcjum określiło na kwotę 86.367,24 zł, w tym: koszt zakupu paliwa: 11.880 zł, koszty pracownicze: 63.654,24 zł i koszty eksploatacyjne pojazdu: 10.833 zł.

Analogicznie jak w zadaniu nr 1 Konsorcjum założyło frekwencję w wysokości 80%, a zatem różnicę pomiędzy kosztami (86.367,24 zł) a ceną oferty (118.689,12 zł) skorygowało do kwoty 8.584,05 zł, stanowiącą, jak wskazało Konsorcjum, planowany zysk.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w sposób wadliwy dokonał oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum. Wyjaśnienia są lakoniczne, ogólne, zawierają błędy, nie uwzględniają wszystkich kosztów niezbędnych do należytego wykonania zamówienia oraz nie zawierają dowodów dotyczących przywoływanych okoliczności.

Przede wszystkim należy wskazać, że w wyliczeniach kosztów wykonania zamówienia Konsorcjum zaniechało dodania do kwoty kosztów wykonania zamówienia należnej stawki VAT za usługę transportową wynoszącą 8%. Przykładowo, obliczając koszty pracownicze dla obu zadań, w oparciu o minimalne wynagrodzenia (dla umowy o pracę 3.132,48 zł) na łączną kwotę 63.654,24 zł, Konsorcjum nie dodało stawki VAT. Tym samym ustalenie planowanego zysku przez odjęcie od ceny oferty brutto (z VAT) kosztów pracowniczych nieuwzględniających stawki VAT było działaniem błędnym.

W rzeczywistości, przy założeniach poczynionych przez Konsorcjum, łączne koszty wykonania każdego z zadań wynoszą po 93.277,62 zł brutto (86.367,24 zł + VAT 8%), co oznacza, że: dla zadania nr 1 planowany zysk wynosi: 322,52 zł brutto, dla zadania nr 3 planowany zysk wynosi: 1.673,67 zł brutto.

Powyższe oznacza, że Konsorcjum, nawet przy poczynionych przez siebie założeniach kosztowych, nie uzyskuje zysku z realizacji zamówienia, a zatem cena tej oferty jest nierynkowa. Żaden przedsiębiorca nie może pozwolić sobie na wykonanie zamówienia po kosztach.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia RNC złożone przez Konsorcjum nie uwzględniały wszystkich kosztów niezbędnych do należytego wykonania zamówienia. Konsorcjum w ogóle nie uwzględniło kosztów w zakresie: utrzymania bazy parkingowej; zapewnienia telefonów dla personelu; utrzymania pomieszczeń socjalnych obsługi kadrowo księgowej; wymaganego ubezpieczenia OC; pozostałych kosztów tzw. pośrednich dotyczących kosztów prowadzenia działalności gospodarczej (m.in. koszt zarządu). Całkowicie dowolne i nieuzasadnione jest stwierdzenie Konsorcjum, że nie ponosi żadnych dodatkowych kosztów związanych z obsługą Zamawiającego. Podniesiona przez Konsorcjum okoliczność, że umowa będzie realizowana za pomocą istniejącej obecnie infrastruktury (m.in. baza, dyspozytornia), nie oznacza, że koszty w tym zakresie nie występują i że nie muszą być przypisane w odpowiednim procencie do przedmiotowego zamówienia.

Należy podkreślić, że zgodnie z treścią SIWZ realizacja zamówienia wymaga szczegółowego raportowania,

..... rozliczania, bieżącego sporządzenia/modyfikowania

harmonogramów, a Konsorcjum żadnych kosztów w tym zakresie nie przewiduje. Równocześnie Odwołujący podkreślił, że Konsorcjum nie przedstawiło żadnych dowodów, czy nawet wyjaśnień, że ww. kosztów, które standardowo każdego przedsiębiorcę obciążają, akurat ono nie ponosi.

Dodatkowo należy wskazać, że Konsorcjum nie uwzględniło w swojej kalkulacji realnego ryzyka związanego ze wstrzymaniem świadczenia usługi z powodu pandemii Covid-19. Stosownie do treści umowy (§ 7 ust. 4) za ten okres wykonawcy przysługuje jedynie 20% wynagrodzenia, która to kwota w sposób oczywisty nie pokrywa wszystkich kosztów niezbędnych do pozostawania w gotowości do wznowienia świadczenia usług. Konsorcjum zatem w sposób nierzetelny nie doliczyło do zaoferowanej ceny kwot niezbędnych do pokrycia kosztów związanych ze wstrzymaniem świadczenia usługi.

Ponadto, w oparciu o własne doświadczenie Odwołujący podał, że faktyczna absencja uczniów (np. z powodu choroby), za którą wykonawcy nie przysługuje żadne wynagrodzenie wynosi nie jak założyło Konsorcjum 20%, a 30%. Dodatkowo ryzyko absencji uczniów wzrasta w związku z okolicznościami związanymi z CON/ID-19. W konsekwencji rzetelne jest założenie, że faktyczne wynagrodzenie Konsorcjum dla obu zadań będzie o minimum 30% niższe od ceny oferty.

Dodatkową wadliwością wyjaśnień RNC Konsorcjum jest brak wystarczających dowodów. W odniesieniu do większości pozycji kosztowych Konsorcjum nie przedstawiło jakichkolwiek dowodów, a załączoną do wyjaśnień listę płac (dotyczy wyłącznie zatrudnienia na umowę o pracę) trudno odnieść do personelu niezbędnego do wykonania zamówienia.

Uwzględniając wskazane wyżej okoliczności Odwołujący stwierdził, że wyjaśnienia RNC Konsorcjum są błędne oraz nierzetelne i w żaden sposób nie mogą być uznane za stanowiące dowód, iż cena oferty nie jest rażąco niska. Konsorcjum nie udowodniło, że za zaoferowaną cenę jest w stanie pokryć wszystkie koszty niezbędne do poniesienia w celu należytego wykonania zamówienia, a w tych okolicznościach oferta ta winna zostać odrzucona. Udzielenie zamówienia Konsorcjum jest objęte wysokim ryzykiem. Uwzględniając wskazane wadliwości tej oferty istnieje realne niebezpieczeństwo, że szczególnie w sytuacji zawieszenia świadczenia usługi, czy zwiększonej absencji uczniów wykonawca ten nie będąc w stanie wykonywać umowy odstąpi od niej.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w powołaniu na następującą argumentację.

Zamawiający stwierdził, że o rzetelności wyjaśnień Konsorcjum świadczy m.in. treść ofert złożonych w Postępowaniu przez innych wykonawców (były oferty z niższymi cenami, tj. zadanie 1: 82.494,72 zł; zadanie 3: 83.156,04 zł, które z innych powodów zostały odrzucone przez Zamawiającego).

Zamawiający oświadczył następnie, że zarzut dotyczący niedoliczenia do wynagrodzenia pracowników wykonujących usługę podatku od towarów i usług stanowi oczywiste nieporozumienie, ponieważ w aktualnym stanie prawnym wynagrodzenia pracowników nie są obciążone VAT.

Odnosnie dodatkowych kosztów związanych z realizacją zamówienia, Konsorcjum wskazało wszystkie koszty związane z realizacją usługi (pełne koszty eksploatacji pojazdów). Co więcej wykonawca przedstawiając kalkulację ceny założył również niepełną realizację przedmiotu umowy związaną z absencją dowożonych dzieci (zgodnie z SIWZ wynagrodzenie jest naliczane od liczby faktycznie przewożonych dzieci). W ocenie Zamawiającego wykazany w wyjaśnieniach złożonych przez Konsorcjum zysk za realizację poszczególnych części zamówienia jest wystarczający do tego, aby pokryć inne koszty związane z jego funkcjonowaniem.

Zarzut dotyczący nieuwzględnienia w kalkulacji ryzyka związanego z COVID-19 jest również bezzasadny. W ocenie Zamawiającego również tutaj mamy do czynienia z oczywistym nieporozumieniem. Otóż wskazanie w wyjaśnieniach założenia 20% absencji nie dotyczyło ryzyka związanego z COVID-19, lecz dotyczyło normalnej absencji chorobowej dzieci na rzecz których realizowany jest przewóz. Odnosnie natomiast ryzyk związanych z pandemią COVID19 SIWZ przewiduje wynagrodzenie postojowe, które to świadczenia są od siebie niezależne.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosiło Konsorcjum, wnosząc o oddalenie odwołania. Izba, wobec spełnienia przez zgłoszone przystąpienie przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp postanowiła o dopuszczeniu Konsorcjum (dalej także „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Na rozprawie Strony i uczestnik postępowania odwoławczego podtrzymali dotychczasową argumentację w sprawie.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. wykazu pojazdów przeznaczonych do realizacji zamówienia złożonego przez Przystępującego - dowód 1;
2. wydruków ze strony internetowej zawierających dane techniczne dotyczące pojazdów ujętych w wykazie złożonym przez Konsorcjum - dowody 2;
3. wykazu faktur wystawionych Zamawiającemu przez Przystępującego w wykonaniu umowy obowiązującej w roku szkolnym 2019/2020 - dowód 3;
4. zestawienia ofert złożonych w poprzednim postępowaniu, obejmującym rok szkolny 2019/2020 - dowód 4.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, oferty Konsorcjum, wezwania Przystępującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z 23 lipca 2020 r., wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum w piśmie z 28 lipca 2020 r., zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w częściach 1 i 3 zamówienia oraz wykazu faktur i zestawienia ofert dotyczących poprzedniego postępowania, o których mowa powyżej (dowody 3 i 4).

Na podstawie art. 190 ust. 6 *in fine* Pzp oddalono wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów nr 1 i 2, jako że nie dotyczyły one okoliczności istotnych w sprawie. Jak stwierdził Odwołujący formułując tezę dowodową, dowody te zgłosił na okoliczność niespełniania przez pojazdy, którymi dysponuje Konsorcjum, warunku udziału w Postępowaniu. Mając na względzie okoliczność, że Odwołujący nie sformułował takiego zarzutu w odwołaniu oraz zasadę związania Izby zarzutami odwołania (zob. przepis art. 192 ust. 7 Pzp), skład orzekający doszedł do przekonania, że ww. dowody zostały powołane jedynie dla zwłoki.

Skład orzekający uznał, że stan faktyczny sprawy został przedstawiony przez Strony postępowania odwoławczego w sposób adekwatny do wniosków płynących z dopuszczonych i przeprowadzonych dowodów, a zatem nie wymaga ponownego omówienia.

W powyższych okolicznościach Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się na wstępie do kwestii pominięcia przez Konsorcjum w złożonym wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny podatku od towarów i usług należało uznać, że twierdzenie Odwołującego nie polega na prawdzie. Uszło bowiem uwadze Odwołującego, że w pkt 1 lit. f) wyjaśnień RNC Przystępujący wyraźnie i wprost wskazał, że wszystkie koszty podane w kalkulacji są kwotami brutto. Odnosząc powyższe do zaakcentowanych w odwołaniu kosztów pracy zasadne jest stwierdzenie, że obejmują one, zgodnie z treścią wyjaśnień (pkt 2 lit. a i pkt 3 lit. a), wszystkie koszty związane z zatrudnieniem personelu niezbędnego do świadczenia usług przewozu (wynagrodzenie netto, czyli „na rękę” oraz związane z wynagrodzeniem należności o charakterze publicznoprawnym). Nawet jeśli konieczne było doliczenie do tych kosztów podatku od towarów i usług z uwagi na fakt, że wchodzi one w zakres usługi stanowiącej przedmiot zamówienia (wynagrodzenie pracownika nie jest samo w sobie obciążone taką daniną), to wyliczenie przedstawione na str. 2 odwołania, na podstawie którego Odwołujący określił zysk Konsorcjum z realizacji zamówienia, wnioskując z niego o rażąco niskiej cenie oferty Przystępującego, należało podać w wątpliwość, jako nierzetelne.

W zakresie tez odwołania o zaniechaniu podania przez Konsorcjum wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia Izba wskazuje, że podstawy ich nieuwzględnienia upatrywać należało w treści wezwania do złożenia wyjaśnień z 23 lipca 2020 r. Ograniczone ono zostało bowiem do wskazania przyczyn, dla których zostało wystosowane i przytoczenia katalogu przykładowych okoliczności podlegających badaniu w procedurze z art. 90 Pzp. Skutkiem powyższego jest stwierdzenie, że Konsorcjum pozostawiono swobodę we wskazaniu kosztów realizacji zamówienia, które uważa za istotne w kontekście zaoferowanej w Postępowaniu ceny. Podkreślenia wymaga, że wobec ogólnikowego charakteru wezwania do złożenia wyjaśnień nie sposób obciążać Przystępującego obowiązkiem drobiazgowego wyliczenia i udowodnienia wszystkich kosztów, które mogą pozostawać w bezpośrednim lub pośrednim związku z realizacją zamówienia. Zauważyć należy, że przedstawione przez Konsorcjum wyliczenia oparte są o konkretne wartości (w tym poparte stosownymi dowodami - *vide* lista płac, czy przykładowa polisa OC, załączone do wyjaśnień RNC), których Odwołujący zasadniczo nie zakwestionował. Do powyższego dodać trzeba, w nawiązaniu do zawartego w odwołaniu twierdzenia o konieczności dysponowania przez każdego wykonawcę bazą transportową, czy dyspozytorem,

że postanowienia wzoru umowy takich *stricte* obowiązków nie przewidują.

Ustosunkowując się natomiast do stanowiska Odwołującego, jakoby Konsorcjum niewłaściwie oszacowało wskaźnik absencji uczniów w okresie realizacji zamówienia Izba uznała za zasadne ustalenie go w oparciu o doświadczenia danego wykonawcy wynikające z dotychczas prowadzonej działalności, ponieważ nie sposób stwierdzić z całą pewnością, że powinien on wyrażać się jedną, stałą i wspólną dla wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, wartością. Skład orzekający zwrócił przy tym uwagę, że z argumentacji Odwołującego, zbudowanej w oparciu o jego doświadczenia, wynikało, jakoby właściwy był wskaźnik w wysokości 30%, nie zaś przyjęty przez Przystępującego wskaźnik 20-procentowy. Odwołujący wykazywał jednocześnie, w oparciu o dowody 3 i 4 odnoszące się do usług świadczonych przez Konsorcjum w poprzednim roku szkolnym, że absencja uczniów wynosiła w tym okresie 56%, zatem nawet więcej niż wartość wskazana przez Odwołującego w treści odwołania, co *de facto* potwierdza stanowisko Izby wyrażone na wstępie tego akapitu uzasadnienia. Do tego dodać należy, że z przywołanych dowodów nie sposób ustalić jak ukształtowane zostały warunki świadczenia usług w poprzednim postępowaniu, stąd wyciąganie na ich podstawie wniosków co do właściwego wskaźnika frekwencji w aktualnie prowadzonym postępowaniu, nie jest, w ocenie Izby, uprawnione.

Na zakończenie, odnosząc się do podniesionej przez Odwołującego okoliczności ryzyka zwiększenia wskaźnika absencji z powodu trwającego stanu epidemii COVID-19 Izba za trafne uznała stanowisko Zamawiającego, że ewentualnemu niedoszacowaniu ceny oferty z tego powodu zapobiegać może przewidziane w § 7 ust. 4 wzoru umowy wynagrodzenie, określone przez Zamawiającego mianem „postojowego”.

Reasumując przedstawione powyżej zapatrywania orzeczono, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 4 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. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: