**Sygn. akt: KIO 131/21**

**WYROK**
**z dnia 12 lutego 2021 r.**
**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:
**Przewodniczący:Anna Kuszel-Kowalczyk**
**Protokolant: Szymon Grzybowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lutego 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 stycznia 2021 r. przez wykonawcę **PKS Tarnobrzeg Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie**
przy udziale:

A.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz. Sp. z o.o. z siedzibą wGrodzisku Mazowieckim, Transport and Infrastructure Management Sp. z o.o., z siedzibą wWarszawie** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

B.wykonawcy **D. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przewóz Osób D. Ś. z siedzibą w Karpinie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1.Oddala odwołanie.**

**2.**Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – **PKS Tarnobrzeg Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - **PKS Tarnobrzeg Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019, poz. 2020), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**……**

**Sygn. akt: KIO 131/21**

**Uzasadnienie**

Zamawiający Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie– prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usługi przewozu regularnego wykonanej w ramach lokalnego transportu zbiorowego na liniach autobusowych funkcjonujących w ramach systemu komunikacji miejskiej łączącego obszar Gminy Konstancin – Jeziorna z Warszawą", nr postępowania 60/2020.
Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 8 stycznia 2021 roku wykonawca PKS Tarnobrzeg Sp. z o.o.z siedzibą Tarnobrzegu (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie od następujących niezgodnych z przepisami ustawy zaniechań oraz czynności zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia: czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy „Przewóz Osób D. Ś." z siedzibą w Karpinie (dalej „Wykonawca"), zaniechania wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1)***art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,*** poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy „Przewóz Osób D. Ś., Karpin, Aleja Lipowa 11, 05-252 Dąbrówka", mimo że w postępowaniu zaistniały okoliczności przemawiające za koniecznością dokonania czynności wezwania oraz ***art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp,*** poprzez wybór oferty Wykonawcy, mimo istnienia domniemania prawnego, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę;

2)***art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp,*** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, pomimo iż oferta złożona przez Wykonawcę zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

3)***art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp 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 ze zm., dalej uznk), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, pomimo iż złożenie oferty przez Wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na utrudnianie dostępu do zamówienia;

4)art. 91 ust. 1 i art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty podlegającej odrzuceniu.

5)art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez zaniechanie obligatoryjnych działań przez Zamawiającego, który to zarzut jest konsekwencją powyższych.

Odwołujący wniósł o:

1)uwzględnienie odwołania w całości,
2)unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej;
3)nakazanie Zamawiającemu ponownej oceny ofert i w konsekwencji odrzucenie oferty Wykonawcy w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3) i 4) ustawy Pzp;
4)dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego;
5)zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu wniesionego odwołania odwołujący odnośnie podniesionych zarzutów wskazał:

Zamawiający w trybie przetargu nieograniczonego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na ***„Świadczenie usługi przewozu regularnego wykonywanej w ramach lokalnego transportu zbiorowego na Uniach autobusowych funkcjonujących w ramach systemu komunikacji miejskiej łączącego obszar Gminy Konstancin - Jeziorna z Warszawą".*** Wartość szacunkowa postępowania przekracza progi unijne, o których mowa w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zamawiający w dniu 29 grudnia 2020 r. jako najkorzystniejszą wybrał ofertę firmy „Przewóz Osób D. Ś.,

Karpin, Aleja Lipowa 11, 05-252 Dąbrówka". O powyższym Odwołujący został poinformowany za pośrednictwem poczty elektronicznej w dniu 29 grudnia 2020 r.

W ocenie Odwołującego wybór oferty tego Wykonawcy był nieuzasadniony, z następujących względów.

W ramach uwag natury ogólnej Odwołujący podkreślił, iż cena oferowana przez wykonawcę budzi obiektywne wątpliwości co do tego, czy oferta firmy „Przewóz Osób D. Ś., Karpin, Aleja Lipowa 11, 05-252 Dąbrówka" jest zrównoważona pod względem gospodarczym i czy wybór tego wykonawcy może doprowadzić do zrealizowania przedmiotowego zamówienia w należyty sposób. Tym samym w ocenie Odwołującego Zamawiający winien wdrożyć procedurę weryfikacji ceny oferty firmy „Przewóz Osób D. Ś., Karpin, Aleja Lipowa 11, 05-252 Dąbrówka", zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał na przedmiotowe wątpliwości, odnosząc się do poszczególnych składników cenowych przy uwzględnieniu realnych kosztów realizacji zamówienia.

Odwołujący zaznaczył, iż ustawa Prawo Zamówień Publicznych wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny nie sprecyzowała tego pojęcia. Rażąco niskiej ceny nie definiują również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej leżące u podstaw przedmiotowej regulacji. Mając jednak na względzie cel ww. przepisów i dotychczasową linię orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, Odwołujący uznał, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy czy roboty budowlanej. Przyczyną zaoferowania ceny wyraźnie niższej od ceny innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność jego kalkulacji, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości. Odwołujący przywołał wyroki KIOz dnia 7 stycznia 2019 r., sygn. akt: KIO 2640, z dnia 16 października 2020 r., sygn. akt KIO 2389/20. Odwołujący podkreślił, ze wykonawca dla prawidłowej wyceny przedmiotu zamówienia musi ująć w cenie ofertowej wszystkie koszty danego zamówienia. Jak wynika z treści art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej jest ustalona przez zamawiającego cena za przedmiot zamówienia. Ceną ustaloną przez zamawiającego, która będzie stanowiła punkt odniesienia do stwierdzenia, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną, będzie wartość przedmiotu zamówienia ustalona przez zamawiającego powiększona o podatek VAT. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wyraźnie bowiem wskazuje, iż chodzi o odniesienie ceny do przedmiotu zamówienia. W chwili oceny ofert, jedynym obiektywnym wyznacznikiem tego, czy cena może być uznana za rażąco niską jest wartość zamówienia z podatkiem VAT. Przepis natomiast art. 90 ustawy Pzp, zawiera generalne klauzule, mające w sobie pewien element subiektywnej oceny zamawiającego, która to subiektywność z natury rzeczy może mieć miejsce, zwłaszcza gdy zamawiający na etapie składania ofert dysponuje jedynie informacją o wysokości ceny, a nie o elementach, które są podstawą jej wyliczania, czy przyczynach pozwalających na zaoferowanie ceny w takiej, a nie innej wysokości. Przepis w dalszej części podaje przykład, który powinien być traktowany, jako sytuacja wypełniająca wskazane na wstępie klauzule generalne. Nie oznacza to, że jedynie zaistnienie różnicy 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, może uprawniać do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej. Przepis art. 90 ust. .1 Pzp stanowi bowiem, że zwrócenie się o wyjaśnienia i dowody powinno mieć miejsce, gdy cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. „Wydaje się" czy „budzi wątpliwości zamawiającego" są pojęciami nieostrymi i należy uznać, że te pojęcia zostały celowo wprowadzone przez ustawodawcę, by dać zamawiającemu szerokie możliwości działania, z których niestety nie skorzystał w przedmiotowym postępowaniu, mimo iż, w ocenie Odwołującego, istnieją bardzo poważne wątpliwości co do tego, czy cena zaoferowana przez Wykonawcę nie jest rażąco niska. Odwołujący zwrócił uwagę, że cena zaoferowana przez firmę „Przewóz Osób D. Ś., Karpin, Aleja Lipowa 11, 05-252 Dąbrówka" jest niższa o 17.5 % niż szacunkowa ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia powiększona o należny podatek Vat. Oferta ta jest jednocześnie o 28.5 % niższa od średniej arytmetycznej pozostałych złożonych ofert oraz o 30 % niższa od najdroższej oferty w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący zwrócił uwagę również na fakt, ***iż zamawiający nie doszacował wartości przedmiotu zamówienia.*** Obecnie przedmiotowe zadanie realizowane jest przez konsorcjum PKS Grodzisk oraz Transport and Infrastructure Management za stawkę 4.60 zł netto/km (4,97 zł brutto) autobusami 6-8 lat starszymi w stosunku do obecnego przetargu. Dodatkowo od dnia 1.01.2021 wzrasta minimalne wynagrodzenie określone w Rozporządzeniu Ministra finansów o ok 10%. Jednocześnie wraz ze wzrostem wymagań (oraz kosztów) w obecnym przetargu Zamawiający przyjął praktycznie tożsame założenia cenowe stawki za 1 km. W ocenie Odwołującego należałoby uwzględnić minimum wzrost kosztów realizacji zamówienia z tytułu amortyzacji pojazdów oraz wynagrodzenia. Chociażby ten fakt, w ocenie Odwołującego, świadczy, że w przedmiotowej sprawie oferta wykonawcy „Przewóz Osób D. Ś., Karpin, Aleja Lipowa 11, 05-252 Dąbrówka" jest ofertą z rażąco niską ceną, ponieważ mimo obiektywnego wzrostu kosztów realizacji zamówienia zaoferowała cenę znacznie poniżej obecnej ceny 1 km za realizację identycznego zadania. Powoduje to zagrożenie dla realizacji świadczenia komunikacji autobusowej dla Zamawiającego i może skutkować jego nienależytym wykonaniem lub całkowitym niewykonaniem. Odwołujący wskazał, iż posiada wieloletnie doświadczenie w branży transportu pasażerskiego, które pozwala mu skalkulować rzeczywiste koszty realizacji zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem, co pozwala na wyciągnięcie ww. wniosków, co do rażącego zaniżenia ceny zaoferowanej przez Wykonawcę. Odwołujący przedstawił w odwołaniu szczegółowe wyliczenie kosztów oraz wskazał podstawy przyjęcia danych kosztów do wyliczenia ceny. W szczególności Odwołujący wskazał, iż na koszty realizacji przedmiotu zamówienia składają się koszty: dotyczące taboru, w tym koszty paliwa, koszty dodatkowe wynikające z wykonywania tzw. km niehandlowych (koszt taki występuje praktycznie zawsze, ponieważ poza „kursami handlowymi" są koszty dojazdów do „bazy", myjni itp.), dodatkowe koszty pracy kierowcy wynikające z dojazdów/zjazdów z/do punktów końcowych trasy oraz konieczności wykonania obsługi codziennej (tankowanie, mycie itp.), ***ubezpieczenie majątkowe/OC*** przewoźnika (do licencji), u***bezpieczenie komunikacyjne OC, dzierżawa/amortyzacja pojazdów, w***yposażenie pojazdów w urządzenia wymagane w SIWZtj. *t*ablice informacyjne oraz system informacji pasażerskiej, kasownik oraz sterownik systemu SPOzP w każdym pojeździe, kasy fiskalne; k*oszty* malowania pojazdów w barwy wymagane przez zamawiającego w SIWZ oraz niezbędne oznaczenia (numery taborowe, logo itp.); koszty utylizacji odpadów, obsługa techniczna wozu (autobusów), mycie pojazdów; części zamienne; ogumienie; koszty przeglądów planowych; inne koszty techniczne. Odwołujący wskazał również na konieczność poniesienia pozostałych kosztów w tym podatków zaliczanych do kosztów wykonawcy: ***podatek od środków transportu;*** **koszty** ***dotyczące zaplecza technicznego k***oszty dotyczące warunków umowy: koszty dotyczące kierowców, koszty ogólne zarządu (właściciel), pozostałe koszty operacyjne, koszty finansowe

Odwołujący zwrócił uwagę, że koszt bezpośredni wykonania w niniejszym zamówieniu i wzkm to przynajmniej 4,96 zł/km. Zatem zaproponowane w ofercie stawki za kilometry w kwocie poniżej 4,96 zł/km, w ocenie Odwołującego, są stawkami nierealnymi i nie rynkowymi, a zatem rażąco niskimi i oferta taka, jako całość powinna podlegać odrzuceniu na

podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 Ustawy Pzp.
Odwołujący stwierdził, że przytoczone powyżej składowe ceny (koszty) są bezdyskusyjne, zatem twierdzenie w zdaniu powyżej jest uprawnione.
Odwołujący zwrócił również uwagę, że pozostałe czynniki składowe ceny są bardzo istotne, bez nich realizacja zadania w sposób rentowny (zgodny z założeniami Ustawy Pzp) nie odbędzie się. Odwołujący wskazał, że z ostrożności procesowej dokonał analizy stawki przy założeniu przebiegu nominalnego zawartego w SIWZ w ilości 478.000 km (wzrost o 10% w stosunku do naszych wyliczeń). W tej sytuacji zmianie ulegną następujące koszty składowe stawki 1 km: dane dotyczące taboru; dane dotyczące zaplecza technicznego; dane dotyczące warunków umowy; dane dotyczące kierowców; dane dotyczące kosztów wydziałowych i pośrednich. Na podstawie przedstawionej kalkulacji Odwołujący stwierdził, że minimalna cena wytworzenia usługi ***wyniosłaby 5,08 zł/km netto. Odwołujący wskazał ponadto, że*** przy powyższym zakresie pracy przewozowej szacunki zamawiającego co do ceny netto na poziomie 5,06 zł/km staną się szacunkami ceny adekwatnymi (zbliżonymi) zarówno do minimalnej ceny wytworzenia usługi (5,08 zł), jak i do oferty złożonej zarówno przez Odwołującego (5,56 zł) jak i do trzeciej oferty Konsorcjum firm z liderem PKS Grodzisk (5,45 zł), które uwzględniają również marżę.
W opinii Odwołującego podmiot oferujący wykonanie zadania musi brać pod uwagę warunki realizacji określone przez zamawiającego jako minimalne (-10%), ponieważ przy ewentualnym ich wystąpieniu ***wykonanie zamówienia publicznego nie byłoby możliwe w sposób rentowny. Odwołujący podkreślił, że*** „Za ofertę z ceną rażąco niską może być uznana oferta, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy, naraża go na straty, realizowanie zadania poniżej kosztów." - wyrok KIO z 28.03.08r. 226/08. W ocenia Odwołującego, taką właśnie ofertę złożyła firma „Przewóz Osób D. Ś., Karpin, Aleja Lipowa 11, 05-252 Dąbrówka". Wykonawca winien znacznie wyżej skalkulować swoją ofertę, aby ***nie nosiła znamion ceny dumpingowej stanowiącej czyn zabroniony. Z*** ostrożności procesowej Odwołujący zwrócił uwagę na fakt istnienia w zapisach SIWZ dodatkowych przychodów wykonawcy ze sprzedaży biletów jednorazowych oraz miesięcznych w autobusie przez kierowców. Zamawiający w odpowiedzi na pytania do SIWZ załączył zestawienie sprzedaży od lipca 2018 do września 2020 roku. Uśrednione roczne***przychody brutto*** (ekstrapolacja w związku z brakiem kompletnych danych) ze sprzedaży biletów kształtowały się w następujący sposób: rok 2018 - 30.240 zł - w przeliczeniu na 1 km 0,06 zł; rok 2019 - 16.416 zł - w przeliczeniu na 1 km 0,03 zł; rok 2020 - 1.296 zł - w przeliczeniu na 1 km 0,003 zł. Powyższe wartości brutto w żaden istotny sposób nie wpływały na wysokość zaoferowanej ceny wykonania 1 km usługi. Dodatkowo w/w zestawienie świadczy o malejącej tendencji sprzedaży do poziomu marginalnego znacznie poniżej 0,01 zł/km

W ocenie Odwołującego ww. okoliczności powinny budzić uzasadnione wątpliwości u Zamawiającego, który powinien wezwać Wykonawcę do wyjaśnienia (w tym złożenia dowodów), co spowodowało możliwość obniżenia ceny Wykonawcy oraz wskazania czynników, dzięki którym cena została obniżona. Zamawiający miał prawo do wezwania Wykonawcy o przedmiotowe wyjaśnienia, został bowiem wyposażony w taką możliwość, zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1 Pzp. Zamawiający zaniechał jednakże takiego wezwania, czym, w ocenie Odwołującego naruszył art. 7 ust. 1 Pzp i w sposób nieuzasadniony dokonał wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej, faworyzując tego Wykonawcę co doprowadziło do zaburzenia uczciwej konkurencji i nierównego traktowania pozostałych wykonawców, w tym Odwołującego.

Odwołujący zarzucił także, iż Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp. Zarzut ten ma charakter wynikowy w stosunku do wcześniejszego zarzutu. Gdyby Zamawiający prawidłowo ocenił ofertę Wykonawcy „Przewóz Osób D. Ś., Karpin, Aleja Lipowa 11, 05-252 Dąbrówka", podlegałaby ona odrzuceniu jako oferta zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. ***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., sygn. akt KIO 102/17).***
Odwołujący wskazał również, że ocena działania Wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu pozwala uznać, iż zaoferowanie przez niego ceny za wykonanie 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. Złożenie przez Wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu oferty zawierającej rażąco niską cenę skutkuje, w opinii Odwołującego dopuszczeniem się przez Wykonawcę 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., sygn. akt KIO 1515/13).***
W dniu 9 lutego 2021 r. zamawiający ustosunkował się do zarzutów odwołania, przekazując odpowiedź na odwołanie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazał, iż do przedmiotowego postępowania, na podstawie art. 90 ustawy z dnia 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), zastosowania znajdują przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) - dalej ustawa Pzp.

Na wstępie Zamawiający poinformował, iż Zamawiający przeznaczył na realizacje zamówienia w przetargu PN 60/2020 kwotę 2 612 174,40 PLN Brutto. Jedynie oferta złożona przez Wykonawcę tj. Przewóz Osób D. Ś. mieści się we wskazanym limicie. Zarówno oferta złożona przez PKS Tarnobrzeg, w wysokości 3 154 800 PLN Brutto jak i konsorcjum PKS Grodzisk Maz. Sp. z o.o. i Transport and Infrastructure Management Sp. z o.o. w wysokości 3 096 962 PLN brutto przekraczają limit środków przeznaczony przez Zamawiającego na realizację zamówienia. W tym stanie rzeczy, w obliczu uwzględnienia odwołania i odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP, ze względu na rażąco niską cenę, postępowanie podlega unieważnieniu na zasadzie art. 93 ust. 1 pkt 4. ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z utrwalonym w doktrynie i orzecznictwie poglądem, legitymowanie się przez wykonawcę wnoszącego odwołanie interesem w uzyskaniu danego zamówienia oznacza stan, w którym ma on lub miał realną szansę na uzyskanie danego zamówienia, zaprzepaszczoną niezgodnymi z przepisami czynnościami zamawiającego lub zaniechaniem czynności, do których zamawiający jest zobowiązany. Interes ten - w przeważającej części orzecznictwa - interpretowany jest wąsko jako interes w uzyskaniu zamówienia, które ma zostać udzielone w wyniku przeprowadzenia postępowania, w którym wnoszone jest odwołanie. W świetle tego poglądu niedopuszczalne jest żądanie unieważnienia postępowania i powoływanie się na interes w uzyskaniu ewentualnego zamówienia, udzielanego w kolejnym postępowaniu. Żaden przepis prawa nie zobowiązuje bowiem zamawiającego do wszczęcia nowego postępowania (por. wyr. KIO z 14.3.2017 r., KIO 365/17, Legalis) - Art. 179 PZP red. Jaworska 2020, wyd. 12/M. Jaworska. Wskazane okoliczności uzasadniają oddalenie odwołania.

Zamawiający podkreślił, w przedmiotowej sprawie, co przyznaje sam Odwołujący, nie zaszły obligatoryjne przesłanki badania rażąco niskiej ceny określone w art. 90 ust. la ustawy PZP Zamawiający nie powziął również wątpliwości w tym zakresie, kierując się w głównej mierze analizą ofert złożonych w innych postępowaniach organizowanych na zbliżonych warunkach, co opisano szczegółowo poniżej.

Zgodnie z przepisami ustawy Pzp, ciężar udowodnienia że cena nie jest rażąco niska, spoczywa na Wykonawcy - nie oznacza to jednak, że Odwołujący jest zupełnie zwolniony z obowiązku udowodnienia okoliczności, na których opiera zarzuty odwołania. W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący przedstawia potencjalną kalkulacje i argumentację co do składników kosztowych składającą się na cenę wozokilometra. Przedstawiona przez Odwołującego argumentacja nie jest poparta dowodami, a część twierdzeń Odwołującego nie jest logicznie uargumentowana. Należy również podkreślić, iż przedstawione przez Odwołującego kalkulacje zostały przygotowane z punktu widzenia specyfiki organizacji samego Odwołującego, bez uwzględnienia innych możliwości zorganizowania działalności. Z uwagi na powyższe okoliczności, przedmiotowe odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wskazał, że określając szacunkową wartość zamówienia bierze pod uwagę ceny stawek za wozkm w aktualnie trwających umowach przewozowych jak również uzyskiwaną w toczących się równolegle postępowaniach. ZTM w Warszawie co roku organizując przetargi na linie L w poszczególnych gminach okołowarszawskich, określa wymogi pod względem techniczno-organizacyjnym w zbliżony sposób (wymogi z zakresie pojemności i wyposażenia technicznego pojazdów, norm emisji spalin, kryteriów oceny ofert). Dzięki temu, na bieżąco aktualizuje specyfikację przetargową oraz weryfikuje plan budżetów dla poszczególnych postępowań w przypadku stwierdzenia zmian w tym segmencie przewozów. Dotychczas realizujący usługę liniami L na terenie Gminy Konstancin - Jeziorna Operator - konsorcjum firm PKS Grodzisk Maz. i Transport Infrastructure Management wyłoniony w przetargu nieograniczonym PN 27/2018 wycenił usługę na 4,60 zł/ wozkm. Mając na uwadze możliwość ew. wzrostu płac, cen paliwa oraz innych kosztów stałych zamawiający uwzględnił w kosztorysie nowego przetargu potencjalny wzrost stawki za wozkm o ok. 10% i oszacował ją na 5,08 netto. Zamawiający planował uwzględnić dotychczasowe parametry dla nowego przetargu na zbliżonym poziomie względem ww. PN nr 27/2018 (układ tras, rozkładów jazdy, liczbę wozów do ruchu). W związku z powyższym, że oferta firmy Przewóz Osób D. Ś. różni się jedynie o 15% od kosztorysu (4,31 zł stanowi 85% 5,08 zł) i jedynie o 6% od dotychczas oferowanej stawki wg której realizowane były przewozy w gm. Konstancin-Jeziorna nie zachodzą w naszej ocenie przesłanki wystąpienia rażąco niskiej ceny. Zamawiający dokonując oceny ofert w poszczególnych postępowaniach analizował również jak wypada zaoferowana cena jednostkowa na tle innych, aktualnych postępowań przetargowych organizowanych przez ZTM w roku 2020 na ten sam typ usługi czyli obsługa gmin liniami L przy wykorzystaniu taboru o długości ok. 9m: przewozy w gm. Stare Babice w okresie 1.12.2020-30.11.2021r-4,69 netto (PN 61/2020); przewozy w gm. Piaseczno w okresie 18.01.2021-31.12.2021r-4,05 netto (PN 63/2020)

Zamawiający zwrócił również uwagę, że odwołujący (przedsiębiorstwo PKS Tarnobrzeg) złożył swoją ofertę w postępowaniu (PN 63/2020) wg ceny jednostkowej 4,53 zł netto za km, jak również zaoferował w postępowaniu (PN 33/2020) stawkę 4,73 zł/km, jednak dla wozów o większej pojemności i długości (ok. 12m), charakteryzujących się blisko dwukrotnie wyższym spalaniem niż pojazdy 9m. Zamawiający zwraca uwagę na powyższe stawki za wozkm, gdyż w ocenie Odwołującego, ZTM Warszawa nie doszacował stawki za wozkm, pomimo, że przedsiębiorstwo PKS Tarnobrzeg złożyło ofertę poniżej stawki szacunkowej jak dla przetargu PN 60/2020. Tym samym oferta firmy Przewóz Osób D. Ś. różni się jedynie o 4,9% od stawki 4,53 zł dla zbliżonego charakterem postępowania i jednocześnie PKS Tarnobrzeg jest w stanie zaoferować stawkę poniżej 5,08 zł netto za usługę wykonywaną taborem o 12m w Gminie Otwock, autobusami o większych kosztach zakupu i bieżącej eksploatacji. Zamawiający również na etapie szacowania wartości przetargu dokonuje analizy potencjalnej atrakcyjności takiego kontraktu przez wykonawców, którego miarą jest średnia liczba zlecanych przez Zamawiającego wozkm z umowie przypadająca na 1 pojazd. W tym celu wielkość wozkm zaplanowanych do realizacji w umowie dzieli się przez liczbę miesięcy kontraktu, następnie ponownie dzieli się tę wartość przez liczbę wymaganych pojazdów określonych w SIWZ i otrzymuję się wartość zlecanych wozkm przypadających na 1 pojazd.

| PN | Stawka netto | podstawa km | Kontrakt (gmina) typ taboru | okres trwania | okres (miesiące) | pojazdów z rezerwą | km/m-c | km/pojazd |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 63/2020 | 4,05 | 813000 | Piaseczno 9m | 18.01-31.12.2021 | 11,5 | 10 | 70696 | 7070 |
| 63/2020 | 4,80 | 869000 | Piaseczno 12m | 18.01-31.12.2021 | 11,5 | 15 | 75565 | 5038 |
| 83/2019 | 4,69 | 370000 | Kampinos/ Izabelin 9m | 17.02.2020-30.11.2021 | 21,5 | 3 | 17209 | 5736 |
| 61/2020 | 4,69 | 282500 | Stare Babice 9m | 1.12.2020-30.11.2021 | 12 | 5 | 23542 | 4708 |
| 33/2020 | 4,73 | 310500 | Otwock 12m | 1.09.2020-30.11.2021 | 15 | 4 | 20700 | 5175 |
| 27/2018 | 4,60 | 1333420 | Konstancin-Jeziorna 9m | 1.06.2018-30.11.2020 | 30 | 6 | 44447 | 7408 |
| 60/2020 | 4,31 | 478000 | Konstancin-Jeziorna 9m | 18.01-30.11.2021 | 11,5 | 6 | 41565 | 6928 |

Oferenci przystępując do postępowania dzielą koszty oferty (zakup pojazdów, zużycie paliwa, pensje pracowników, serwis i naprawy itd.) przez liczbę zlecanych wozkm. Im więc większa liczba zlecanych wozkm w stosunku do kosztów

jednostkowych tym stawka za wozkm maleje. Przyjmuje się, że w postępowaniach, w których średnia liczba zlecanych wozkm, jest odpowiednio mniejsza, że szacowane stawki będą wyższe niż w analogicznych postępowaniach z wyższą liczbą wozkm przypadającą na 1 pojazd. W załączeniu Zamawiający przygotował poglądowo w poniższej tabeli zestawienie średniej liczby wozkm zapisanych w SIWZ poszczególnych przetargach nieograniczonych na wybór operatorów linii lokalnych L. Z przedstawionych danych wynika, że średnia liczba wozkm przypadająca na jeden pojazd w gm. Konstancin-Jeziorna jest w górnej granicy (6928/pojazd) zestawienia. A więc na tle pozostałych przetargów np. (Stare Babice 4708 km/pojazd) w zakresie średniej liczby wozkm przypadającej na 1 pojazd oraz oferowanych stawek jest to stosunkowo atrakcyjny kontrakt, dlatego też w ocenie zamawiającego oferta firmy Przewóz Osób D. Ś. została złożona prawidłowo i nie zawiera rażąco niskiej ceny - należy uznać ją w pewien sposób jako proporcjonalną cenowo do ofert w innych przetargach.

Niezależnie od powyższego, odnosząc się do poszczególnych argumentów podniesionych przez Odwołującego Zamawiający wskazał co następuje.

Odnośnie kilometrów dojazdowych określonych przez Odwołującego jako „niehandlowe".

Odwołujący wskazał na konieczność uwzględnienia w stawce kilometrów nie objętych umową na trasach od miejsca parkowania pojazdów do krańców tras. Zamawiający podniósł, że nie precyzuje wymagań w zakresie bazy czy też miejsca obsługi czy parkowania pojazdów. Wykonawca ma pozostawioną pełną dowolność w zakresie organizacji świadczenia usług przewozowych w tym miejsca postoju pojazdów. Nie jest wykluczone pozyskanie przez Wykonawcę miejsc postoju w lokalizacjach usytułowanych w pobliżu początków tras objętych umową. W tych okolicznościach trudno za uzasadnione uznać argumenty w zakresie kilometrów dojazdowych. Praktyka wskazuje, że wykonawcy organizują miejsca postoju na terenie gminy w której świadczone są usługi.

Odnośnie kosztów paliwa, Zamawiający wskazał:

Odwołujący w sposób nieuzasadniony przedstawił sytuację w zakresie cen paliw jako składnika kosztów, które powinny zostać uwzględnione w cenie. W pierwszej kolejności przyjęte przez Odwołującego zużycie paliwa pojazdów w wysokości 16 l na 100 km jest niezgodne z rzeczywistością. Producent pojazdów zaoferowanych przez Wykonawcę, w specyfikacji technicznej wskazuje na średnie zużycie 12 l. Zgodnie z dokumentacją techniczną pojazdy TGE MAN średnie zużycie paliwa to ok 12l/100 km co w skali kontraktu daje (478000*0,04*4,20 zł netto) około 80000 zł netto różnicy w kosztach co daje 16 gr netto/km. W ocenie Zamawiającego, nie może również znaleźć uznania argumentacja w zakresie konieczności przyjęcia w cenie za wozkm, korekty na wzrost cen paliw. Na rynku funkcjonują instrumenty w postaci kontraktów długoterminowych czy też praw opcji, które pozwalają zagwarantować stałą cenę w czasie trwania kontraktu. Ze względu na czas trwania umowy (1 rok), trudno przyjąć, iż wykorzystanie tego typu instrumentów byłoby kosztowne lub utrudnione.

Odnośnie kosztów dzierżawy/ amortyzacji pojazdów, Zamawiający wskazał:

W pierwszej kolejności trudno uznać za logiczny, powtarzający się w kilku miejscach odwołania, argument iż amortyzacja stanowi czynnik kosztotwórczy. Same odpisy amortyzacyjne, jako pomniejszające podstawę opodatkowania należy traktować jako czynnik obniżający ogólne koszty kontraktu. W ocenie Zamawiającego, nie sposób również za wiarygodne przyjąć wyliczenia Odwołującego w zakresie kosztów pojazdów, które Odwołujący szacuje na podstawie własnych doświadczeń. Wykonawca zaoferował pojazdy firmy Marcus zbudowane na podzespołach firmy MAN podczas gdy Odwołujący, pojazdy tego samego producenta na podzespołach firmy Mercedes. Wskazane różnice mogą w znaczący sposób zmieniać cenę samego pojazdu.

Zamawiający wskazał również, że nie jest również oczywistym, iż obaj wykonawcy uzyskaliby takie same warunki finansowe pozyskania pojazdów. Trudno zatem przyjąć kalkulacje Odwołującego za miarodajne i najkorzystniejsze możliwe.

Odnośnie kosztów wyposażenia pojazdów, Zamawiający wskazał:

Odwołujący przyjmuje absurdalnie wysokie koszty wyposażenia pojazdów w urządzenia wymagane w SIWZ na poziomie 0,54 gr na jeden wozkm. Koszt 57 600 zł przedstawiony przez Odwołującego za wyposażenie pojazdów w kasowniki i ich utrzymanie wydaje się być zawyżony. Przedstawiona wycena wskazuje koszt dzierżawy kasownika na poziomie 600 zł. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego w każdym autobusie musi być 1 kasownik. W przypadku 6 autobusów kwota dzierżawy to ok. 43 200 zł. Odwołujący w przedstawionym wyliczeniu zakłada łączny koszt 57 600 zł, co wskazuje na montaż 6 stacji transmisji danych (ok. 14 400 zł), przy czym podkreślić należy, że wystarczy 1 taka stacja - transmisja danych odbywa się poprzez nadajnik (bezprzewodowo) lub poprzez podłączenie do kasownika urządzenia typu laptop.

Nadto, Zamawiający stwierdził, iż istnieje możliwość wynajęcia bądź zakupu używanego osprzętu.

Odnośnie kosztów malowania pojazdów, Zamawiający wskazał:

W przedmiotowym postępowaniu, Wykonawca zaoferował pojazdy fabrycznie nowe, które są malowane zgodnie z zamówieniem przez producenta. Koszt malowania zawarty jest zatem w cenie pojazdu. Koszty oznakowania pojazdu ograniczają się jedynie do umieszczenia numerów taborowych i logo (o jednolitych kolorach), których wykroje przekazuje Zamawiający - koszt Operatora to jedynie wydruk materiałów.

Odnośnie kosztów obsługi technicznej wozu, Zamawiający wskazał:

Zamawiający nie określa żadnych wymagań co do zaplecza technicznego. Jednocześnie wymagania stawiane przez Zamawiającego w zakresie obsługi technicznej ograniczają się do utrzymania pojazdu w ogólnej sprawności technicznej, mycia i sprzątania. Tak sformułowany zakres wymagań nie uzasadnia założeń przyjętych przez Odwołującego w m.in. konieczności zatrudnienia na pełen etat 5 pracowników obsługi i 2 pracowników myjni.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż pojazdy zaoferowane przez Wykonawcę są fabrycznie nowe i objęte gwarancją producenta co oznacza, iż nie będą generowały aż tak wysokich kosztów utrzymania w sprawności. Standardowe, przewidywalne koszty utrzymania właściwego stanu technicznego pojazdów ograniczają się do przeglądów okresowych zgodnie z zaleceniami producenta co 20 lub 30 tyś km. W trakcie trwania umowy, każdy z pojazdów przejedzie około 90 tyś km - co oznacza że przejdzie przegląd od 3 do 5 razy. Wskazane przebiegi nie uzasadniają również brania pod uwagę kosztów wymiany opon, które w warunkach miejskich są użytkowne na przebiegu około 100 tyś km.

Odnośnie kosztów zaplecza technicznego, Zamawiający wskazał:

Zamawiający nie określa żadnych warunków co do zaplecza technicznego. Za nieuzasadnione należy zatem uznać założenia przyjęte przez Odwołującego zarówno w zakresie kosztów korzystania z infrastruktury jak i kosztów zatrudnienia personelu. Oferenci mieli pełną dowolność w zakresie organizacji obsługi pojazdów, i nie sposób przyjąć, iż sposób organizacji zaoferowany przez Odwołującego jest jedyny możliwy.

Odnośnie kosztów dotyczących warunków umowy, Zamawiający wskazał:

- Zamawiający nie wymaga łączności radiowej, której koszt uwzględnia w szacunkach Odwołujący. Wskazuje to, że szacunki Odwołującego są błędne.

- Zamawiający nie wymaga stworzenia stanowiska dyspozytora - w praktyce wymogi w zakresie całodobowego kontaktu realizuje właściciel lub wyznaczony pracownik, który jest osobą wyznaczoną do kontaktu - szacunki Odwołującego są w tym zakresie błędne.
- Zamawiający wymaga jedynie rozpatrywania reklamacji pasażerów dotyczących obsługiwanych linii, a nie utrzymania systemu reklamacji. W praktyce większość reklamacji trafia bezpośrednio do ZTM, a wykonawcy jedynie udzielają z Zamawiającemu informacji niezbędnych do odpowiedzi na reklamacje. Takich reklamacji odnoszących się do linii, których dotyczy przedmiotowe postępowanie, jest kilka w roku. Koszty przewidywane przez odwołującego należy zatem uznać za zdecydowanie zawyżone.

Odnośnie kosztów dotyczących kierowców, Zamawiający wskazał:
Średnie wynagrodzenie kierowców jest wyższe niż minimalne wynagrodzenie - za nie trafiony zatem uznać należy argument, iż wzrost minimalnego wynagrodzenia wpłynie na cenę wykonania usługi. Jednocześnie Zamawiający wymagał zatrudnienia kierowców na umowach o pracę. Przyjmując za prawidłowe założenie o konieczności zatrudnienia 11 kierowców - trudno przyjąć za uzasadnione konieczność przewidzenia dodatkowego wynagrodzenia dla kierowców za czynności obsługi pojazdów. Wydaje się, iż istnieje pełna możliwość zorganizowania bieżącej obsługi pojazdów w ramach 11 etatów, bez konieczności zlecania nadgodzin.

Odnośnie wartościowego narzutu kosztów wydziałowych i pośrednich, Zamawiający wskazał:
Wyliczenia przedstawione przez Odwołującego, wydają się właściwe dla działalności o szerszej skali. Przedmiotowe zamówienia nie wymaga od wykonawcy ponoszenia kosztów stałych w przedstawionej wysokości.
Reasumując Zamawiający stwierdził, że w większości przypadków szacunkowe kalkulacje poszczególnych kosztów świadczenia usług, przedstawione przez Odwołującego, zostały w sposób znaczący zawyżone, cześć kosztów wskazywanych przez Odwołującego należy uznać za nieuzasadnione lub niekonieczne. Z uwagi na wskazane okoliczności, stanowisko Odwołującego w zakresie braku możliwości realizacji usługi będącej przedmiotem zamówienia, należy uznać za nieuzasadnione.

Ponadto Zamawiający wskazał, że w obliczu niewykazania przez Odwołującego faktu, że Wykonawca zaoferował cenę rażąco niską, za nieuzasadniony należy uznać zarzut naruszenia art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na wstępie należy zaznaczyć, iż w przypadku odwołań wniesionych po 31 grudnia 2020 r., a dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosowanie do art. 92 ust. 2 ustawy z dn. 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) zastosowanie znajdują przepisy ustawy nPzp.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy z dn. 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) zwana dalej „nową Pzp" lub „nPzp".

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 nPzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego. Izba, uznaje za aktualny i podziela pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 14 maja 2019 r., o sygn. akt KIO 739/19, zgodnie z którym w sytuacji w której odwołujący pozostaje uczestnikiem postępowania, tj. jego oferta nie została prawomocnie odrzucona a on wykluczony z udziału w postępowaniu, to okoliczność dotycząca ceny oferty nie może skutkować uznaniem braku interesu we wniesieniu odwołania. Budżet przeznaczony na realizację zamówienia może zostać zmieniony, nie jest to wykluczone przepisami prawa, mającymi zastosowanie w postępowaniu. Jest to okoliczność obiektywna i niezależnie od twierdzeń zamawiającego o definitywnym charakterze kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, to stwierdzenie braku interesu po stronie odwołującego, gdy możliwość uzyskania zamówienia zależna jest od decyzji zamawiającego byłoby zbyt daleko idącym ograniczeniem możliwości wniesienia środka ochrony praw, jakim jest odwołanie. W związku z powyższym niezasadny był wniosek Zamawiającego o oddalenie odwołania z powodu braku interesu w uzyskaniu zamówienia.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego zgłosili skuteczne przystąpienia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz. Sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim, Transport and Infrastructure Management Sp. z o.o., z siedzibą wWarszawie zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego oraz wykonawca D. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przewóz Osób D. Ś. z siedzibą w Karpinie zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego.

**Izba ustaliła, że:**

Zamawiający prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, o udzielenie zamówienia na świadczenie usługi przewozu regularnego wykonywanej w ramach lokalnego transportu zbiorowego na liniach autobusowych funkcjonujących w ramach systemu komunikacji miejskiej łączącego obszar Gminy Konstancin - Jeziorna z Warszawą, nr postępowania 60/2020**.**
Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy przywołany w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie nie jest sporny pomiędzy stronami i ustalony został w sposób właściwy.
Uzupełniająco, Izba ustaliła, że zgodnie z SIWZRozdział XVI. Opis sposobu obliczania ceny Wykonawca zobowiązany był określić cenę oferty poprzez wskazanie na Platformie stawki netto, VAT, brutto za 1 wozokilometr. Cena netto, VAT, brutto musiała uwzględniać wszystkie koszty i ryzyka związane z realizacją zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz wzorem umowy określonym w SIWZ.
Zgodnie z § 1 ust. 2 projektu umowy umowa, zawarta zostaje na okres od dnia **…….** do dnia 31.12.2021r., przy czym w okresie obowiązywania Umowy ZTM zleci Operatorowi wykonanie usług przewozowych w liczbie478000 (słownie: czterysta siedemdziesiąt osiem tysięcy) +10%/-10% (plus dziesięć/ minus dziesięć) wozokilometrów, zwanych dalej wozokm.
Zgodnie protokołem postępowania: Zamawiający ustalił wartość zamówienia na kwotę 3 628 020,00 zł; Zamawiający

zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 2 612 174,40; w postępowaniu zostały złożone 3 oferty z cenami: 4,65 zł/wozokm; 5,89 zł/wozokm oraz 6 zł/wozokm.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

W okolicznościach sporu, nie zachodzą ustawowe przesłanki obligatoryjnego wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp. Natomiast art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustanawia obowiązek zamawiającego zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, jeżeli cena lub koszt oferty, lub ich istotne części składowe w opinii zamawiającego, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Norma zawarta w tym przepisie stanowi generalną zasadę wskazującą na podstawę wystąpienia przez zamawiającego do wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień co do podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu. Przepis ten nie określa sztywnych reguł, dających podstawę do wystąpienia z takim żądaniem do wykonawcy lecz daje taką sposobność również wówczas gdy zamawiający poważnie lub powinien powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę, także w sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą wątpliwości, mimo iż cena całkowita lub koszt nie jest niższa od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen złożonych ofert. W zakresie istotnych części zamówienia ważne jest, aby te części miały znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia lub które stanowią przedmiot odrębnego wynagrodzenia przy wynagrodzeniu kosztorysowym. Celem procedury wyjaśniania, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jest bowiem definitywne rozstrzygnięcie czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. O tym, czy cena lub koszt oferty są rzeczywiście rażąco niskie, rozstrzyga zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dokumenty, oceniane w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania. Stanowisko to potwierdził Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 21 czerwca 2010 r. (sygn. akt XIX Ga 175/10).

Wskazać również należy, że w niniejszym postępowaniu ceny jednostkowe są istotnymi częściami składowymi ceny oferty, gdyż zgodnie z § 4 wzoru umowy Zamawiający przyjął, że rozliczenie z wykonawcą będzie następować na podstawie ilości faktycznie wykonanych wozokm w danym miesiącu. W konsekwencji zaniżenie ceny jednostkowej może spowodować nierentowność całości zamówienia.

Ciężar dowodu, że nastąpiło rażące zaniżenie w stosunku do przedmiotu zamówienia, spoczywa na wykonawcy, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci obowiązku zamawiającego odrzucenia ofert konkurentów (art. 6 k.c. w zw. z art. 8ust. 1 nPzp, art. 534 ust. 1 nPzp). Zgodnie z art. 534 ust. 1 nPzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń oraz konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się kontradyktoryjnie, a w postępowaniu o charakterze spornym to strony obowiązane są przedstawiać dowody a organ orzekający nie ma obowiązku zastępowania stron w jego wypełnianiu W przypadku zarzutu zaniechania badania ceny oferty lub istotnej części składowej oferty ciężar dowodu nie jest przenoszony na zasadach ustalonych w art. 537 nPzp w odniesieniu do badania ceny oferty, po udzieleniu wyjaśnień, i nie obciąża wykonawcy, którego oferta miałaby być badana, ani zamawiającego, lecz w całości spoczywa na odwołującym (tak m.in. wyrok Izby w sprawie o sygn. akt KIO 1024/17). Wyjaśnianie ceny oferty lub ceny elementów oferty nie jest czynnością dokonywaną ze względów czysto formalnych, ale ma na celu ochronę zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości z powodu niedoszacowania ceny oferty przez wykonawcę. Stąd od wykonawcy podnoszącego zarzut należałoby oczekiwać wykazania, że wadliwe wycenienie istotnej części zamówienia może mieć negatywny skutek dla wykonania umowy biorąc pod uwagę wymagania zamawiającego stawiane przedmiotowi zamówienia, w tym zakres, stopień skomplikowania, wymagania techniczne *etc*. Art. 90 ust. 1 Pzp nakazuje bowiem zaniżenie istotnej części składowej zamówienia odnosić do przedmiotu zamówienia, nie zaś wyłącznie do wartości przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym, za uprawnione uznać należy porównywanie przez Zamawiającego, cen zaoferowanych w tym postępowaniu z cenami zaoferowanymi mu przez inne podmioty w innych postępowaniach na świadczenie tożsamych usług w oparciu o podobne wymagania (np. długość i wyposażanie taboru) tj. odniesienie ceny zaoferowanej do poziomu cen rynkowych, i w konsekwencji wyciągniecie wniosku, iż cenę tą można w pewien sposób jako proporcjonalną cenowo do ofert w innych przetargach – stawka netto za 1 wozokm obniża się wraz ze wzrostem liczby zalecanych wozokilometrów.

W ocenie Izby, Odwołujący nie spełnił swoich powinności dowodowych. Faktem jest, że Odwołujący przedstawił szczegółową analizę kosztów i ich kalkulację, jednakże wyliczenia te w ocenie Izby nie odnoszą się do analizy oferty wybranego wykonawcy lecz opierają się na własnych założeniach Odwołującego i sposobie realizacji zamówienia przyjętym przez niego. Powyższe potwierdzają często używane w odwołaniu sformułowania „z doświadczeń własnych", „co wynika z wieloletniego doświadczenia Odwołującego", czy też „według założeń poczynionych przez Odwołującego". Przedstawione kalkulacje nie odnoszą się do kosztów ponoszonych przez Przystępującego Przewóz Osób D. Ś. i możliwości organizacji realizacji zamówienia w odmienny sposób. Izba przychyla się do stwierdzenia Zamawiającego, że koszty ponoszone przez małe przedsiębiorstwo i jego organizacja pracy może odbiegać od założeń przyjętych do realizacji zamówienia przez znacznie większe przedsiębiorstwo o bardziej złożonej strukturze, bez uszczerbku dla prawidłowej realizacji wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ, okoliczność ta w szczególności deprecjonuje wyliczenia Odwołującego np. w zakresie wartościowego narzutu kosztów wydziałowych i pośrednich, kosztów utrzymania systemu reklamacji, kosztów zaplecza technicznego czy też obsługi technicznej autobusów. Błędne założenia Odwołujący przyjął również odnośnie zakładanego zużycia paliwa (16 l/100 km) przez pojazdy oferowane do realizacji zamówienia przez Przewóz Osób D. Ś., gdyż z dowodu przedłożonego przez Zamawiającego dot. tożsamego pojazdu, w postaci oferty pojazdu wynika, iż spalanie to kształtuje się na poziomie ok. 12l/100 km, czy też wysokości miesięcznego czynszu dzierżawnego za pojazd - przyjęte przez Odwołującego 10 000 zł netto vs. 8000 zł netto wykazane przez Przewóz Osób D. Ś. na podstawie oświadczenia firmy wynajmującej tj. Mercus Track Export – Import Wynajem Sp. z o.o. z dn. 5 lutego 2021 r. Nie potwierdziły się również wyliczenia co do pozostałych kosztów w tym podatków zaliczanych do kosztów wykonawcy, gdyż Odwołujący przyjął stawkę podatku od środków transportu właściwą dla m. st. Warszawy w kwocie 936 zł rocznie przy czym dla Wykonawcy właściwą jest stawka ustalona przez Radę Miejską w Grodzisku Mazowieckim w wysokości 440 zł rocznie, czy też konieczności poniesienia kosztów malowania

pojazdów, gdy wykonawca Przewóz Osób D. Ś., zgodnie z oświadczeniem firmy Mercus Track Export – Import Wynajem Sp. z o.o. będzie wynajmował pojazdy w kolorze wymaganym przez Zamawiającego, niewymagające dodatkowych nakładów w tym zakresie.

Ponadto, w ocenie Izby dowód przedstawiony przez Odwołującegow postaci oferty firmy GenesisMobo z dn. 22 grudnia 2020 r. nie potwierdza czynników kosztotwórczych w ofercie wykonawcy Przewóz Osób D. Ś., gdyż jak wynika z kolei z dowodu przedłożonego przez wykonawcę Przewóz Osób D. Ś. oświadczenia firmy Mercus Track Export – Import Wynajem Sp. z o.o. system informacji liniowej (wyświetlacze elektroniczne) stanowi wyposażenie pojazdów wynajmowanych pojazdów i nie wiąże się z dodatkowymi kosztami po stronie Przystępującego. Wobec powyższego, w ocenie Izby kalkulacje przedstawione przez Odwołującego wraz ze szczątkowymi dowodami mającymi potwierdzać prawidłowość dokonanych wyliczeń nie ,wykazują ani nie uprawdopodabniają wystąpienia w ofercie wykonawcy Przewóz Osób D. Ś. rażąco niskiej ceny i konieczności wezwania tego wykonawcy do wyjaśnień w tym zakresie.

W konkretnych okolicznościach sprawy Izba, wobec wyników postępowania dowodowego, stwierdziła niezasadność zarzutu naruszenia art. 90 ust.1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Przewóz Osób D. Ś.do udzielenia wyjaśnień i złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny za świadczenie usługi przewozu regularnego wykonywanej w ramach lokalnego transportu zbiorowego na liniach autobusowych funkcjonujących w ramach systemu komunikacji miejskiej łączącego obszar Gminy Konstancin - Jeziorna z Warszawą oraz naruszenia zasad ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przewóz Osób D. Ś, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Izba uznała za przedwczesny. Nie ulega bowiem wątpliwości, że oferta nie może zostać odrzucona na podstawie wyżej przywołanego przepisu w sytuacji gdy wykonawca nie miał szansy złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny. Od lat orzecznictwo Izby i sądów okręgowych jest całkowicie zgodne i jednolite w powyższym zakresie. Orzecznictwo to ukształtowało się w oparciu o orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, wskazujące na obowiązek zamawiających wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień zawsze gdy są wątpliwości co wysokości ceny oferty. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej ETS) podnoszono, że procedura wyjaśniania jest niezbędna w świetle europejskiego prawodawstwa z zakresu zamówień publicznych, gdyż zabezpiecza przed arbitralnością oceny zamawiającego co do rażąco niskiej wysokości ceny (por. wyr. z dnia 22 czerwca 1989 r. 103/88, wyr. z dnia z dnia 27 listopada 2001 r. , wyr. z dnia 15 maja 2008 r. C- 147/06, z dnia 29 marca 2012 r. ).

Za nieudowodniony Izba uznała również zarzut naruszenia ustawy Pzp w zw. z uznk, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przewóz Osób D. Ś, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, poprzez zaoferowanie wykonania usługi poniżej kosztów niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia.

W ocenie Izby, tak jak wskazano powyżej, Odwołujący nie wykazał, że Przewóz Osób D. Ś. zaoferował wykonanie usługi poniżej kosztów niezbędnych do jej prawidłowej realizacji przy uwzględnieniu wymagań SIWZ. Podkreślić należy, że ciężar dowodu, iż złożona przez danego wykonawcę oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji spoczywa na Odwołującym, jako stronie, która z postanowionej w powyższym zakresie tezy wywodzi skutki prawne. Zgodnie z uznk, 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. Wszystkie przesłanki określone w tym przepisie wymagają wykazania dla skuteczności postawionego zarzutu. Zatem Odwołujący powinien wykazać zarówno fakt, że oferowane usługi są rzeczywiście skalkulowane poniżej rzeczywistych kosztów wskazanych wykonawców, jak i zamiar (cel) takiego działania w postaci eliminacji innych przedsiębiorców.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący nie przedstawił dowodów potwierdzających powyższe przesłanki w odniesieniu do wykonawcy Przewóz Osób D. Ś., w związku z tym zarzut ten podlegał oddaleniu.

W konsekwencji, jako zarzut wynikowy, oddaleniu podlegał również zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz definiujący ofertę najkorzystniejszą.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy nPzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

……