Sygn. akt: KIO 942/21

WYROK
z dnia 27 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Odrzywolska
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 maja 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 marca 2021 r. przez wykonawcę **Gremedig Sp. z o. o. z siedzibą w Częstochowie**w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Wojskowe Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Warszawie**
przy udziale
wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Luxury Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, LMC Trans Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

2.Umarza postępowanie w zakresie naruszenia art. 18 ust. 2 w zw. z art 18 ust. 3, art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie uznania za bezskuteczne zastrzeżenia całości informacji zawartych w wyjaśnieniach udzielonych przez wykonawcę w przedmiocie rażąco niskiej ceny jako tajemnicę przedsiębiorstwa, z powodu uwzględnienia zarzutu przez zamawiającego;
3.Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
4.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego, i:
4.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 942/21

UZASADNIENIE

Wojskowe Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Warszawie (dalej: „zamawiający”), prowadzi
w trybie podstawowym, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp”, postępowanie na wynajem pojazdu wraz z kierowcą do przewozu krwi i jej składników dla Terenowej Stacji WCKiK we Wrocławiu, znak sprawy: 12/11/2021 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest niższa od progów unijnych,
o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznychw dniu 12 lutego 2021 r. pod numerem: 2021/BZP 00006983/01.

W dniu 19 marca 2021 r. zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Luxury Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, LMC Trans Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie** (dalej „przystępujący” lub „Konsorcjum”).

W dniu 24 marca 2021 r. wykonawca: **Gremedig Sp. z o. o. z siedzibą**
w Częstochowie (dalej „odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegających na wyborze, jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum pomimo, że podlega ona odrzuceniu. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:
1.art 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez nieodrzucenie oferty Konsorcjum pomimo,
że jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia - w efekcie zaproponował
on realizację usługi transportu sanitarnego, a nie on jest przedmiotem zamówienia;
2.art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez nieodrzucenie oferty Konsorcjum pomimo,
że jego oferta zawiera rażąco niską cenę, do czego doprowadziło zaniechanie przeprowadzenia przez zamawiającego pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę i zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa;
3.art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez nieodrzucenie oferty Konsorcjum pomimo,
że oferta tego wykonawcy zawiera błąd w wyliczeniu ceny w postaci podania nieprawidłowej wartości podatku VAT i zastosowanie przez niego zwolnienia, pomimo
że powinien zastosować stawkę podatku VAT 8%, co ma wpływ na wyliczenie ceny;
4.art 224 ust. 1-3 i ust. 6 ustawy Pzp poprzez nieodrzucenie oferty tego wykonawcy,
w wyniku błędnego uznania, że skutecznie wykazał on, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska;
5.art. 18 ust. 2 w zw. z art. 18 ust. 3, art. 16 pkt 1 ustawy Pzp i art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „uznk”) poprzez zaniechanie uznania za bezskuteczne zastrzeżenia całości informacji zawartych
w wyjaśnieniach udzielonych przez tego wykonawcę w przedmiocie rażąco niskiej ceny jako tajemnicę przedsiębiorstwa, pomimo niespełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk, określającego definicję legalną pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa";
6.art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu i zaniechanie przeprowadzenia procedury badania ofert w sposób gwarantujący zachowanie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
1.unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej w postępowaniu; dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert;
2.odrzucenia oferty Konsorcjum w postępowaniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z powodu niegodności

treści jego oferty z warunkami zamówienia, na podstawie art. 226 ust 1 pkt 8 ustawy Pzp z powodu rażąco niskiej ceny, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp z powodu błędów w wyliczeniu ceny, których nie można poprawić;

3.odtajnienia informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. treści złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz pisemnego uzasadnienia podstaw do uznania prawidłowości zastrzeżenia wskazanych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa;

4.ewentualnie, w przypadku przyjęcia iż oferta Konsorcjum nie podlega odrzuceniu, wezwanie Konsorcjum do ponownego złożenia rzetelnych i szczegółowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w trybie art. 224 ustawy Pzp;

5.dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Podnosząc zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 i pkt 10 ustawy Pzp odwołujący na wstępie zwracał uwagę, że treść oferty Konsorcjum jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż nie odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia, zawartemu w SWZ. Przedmiotem zamówienia jest bowiem wynajem pojazdu wraz z kierowcą do przewozu krwi i jej składników dla Terenowej Stacji WCKiK we Wrocławiu. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz wykaz asortymentu będącego przedmiotem postępowania zawiera również „Arkusz asortymentowo-cenowy", stanowiący Załącznik nr 5 do SWZ. W jego treści również potwierdzono, że przedmiotem zamówienia jest całodobowa usługa wynajmu samochodu wraz z kierowcą do przewozu krwi i jej składników oraz materiału biologicznego (próbek krwi) do miejsc wskazanych przez odbiorcę na terenie Rzeczpospolitej Polskiej. Wskazano tam również, że niezbędny sprzęt do realizacji zamówienia to: samochód do przewozu krwi i jej składników, wyposażony w monitorowane urządzenia do przewozu krwi i jej składników i spełniający warunki dla pojazdu uprzywilejowanego wyposażonego w niezbędną sygnalizację świetlną i dźwiękową (potwierdzenie MSWiA). Dodatkowo, zamawiający wskazał jako kod CPV zamówienia: 60171000-7 tj. wynajem samochodów osobowych wraz z kierowcą.

Zgodnie z pkt. III.3 SWZ: Przedmiot usługi zamieszczony w ofercie musi być zgodny z przedmiotem zamówienia. Również we wzorze umowy jako jej przedmiot wskazano wynajem samochodu wraz z kierowcą, a zgodnie z pkt III.2 SWZ: Wykonawca zobowiązany jest zrealizować zamówienie na zasadach i warunkach opisanych w projekcie umowy stanowiącym Załącznik nr 6 do SWZ.

Wykonawca w swojej ofercie, w treści Arkusza asortymentowo-cenowego wskazał zaoferowane kwoty realizacji zamówienia, jako stawkę podatku VAT wpisując „zw". Tym samym zaoferowana kwota 110.800,00 zł. netto jest również kwotą brutto. W wykazie niezbędnego do wykonania zamówienia sprzętu, jakim dysponuje, wykonawca wpisał: Fiat Doblo, bez wskazania, że jest to pojazd spełniający wymagania dla transportu sanitarnego.

Zamawiający wystosował do wykonawcy w dniu 4 marca 2021 r. wezwanie do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie zastosowania „zw" jako stawki podatku VAT. Tego samego dnia wykonawca udzielił zamawiającemu odpowiedzi wskazując, iż oferta wykonawcy dotyczy realizacji usługi opisanej w postępowaniu samochodami specjalnymi *(*karetkami) i realizowana będzie jako transport sanitarny oraz, że zgodnie z obowiązującymi przepisami usługa będąca przedmiotem zamówienia (usługa transportu krwi i jej składników jest traktowana jako usługa transportu sanitarnego) i jako taka zwolniona jest z podatku VAT. Podstawą prawną dla korzystania z tego zwolnienia jest przepis art. 43 ust. 1 pkt 20 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług*,* w myśl którego zwalnia się od podatku (VAT) usługi transportu sanitarnego. Odwołujący zauważył, że Konsorcjum składając przedmiotowe wyjaśnienia całkowicie pominęło fakt, że usługa będąca przedmiotem zamówienia to nie usługa transportu krwi (transportu sanitarnego), a najem pojazdu z kierowcą. Są to dwie odrębne usługi i to nie wykonawca decyduje o przedmiocie zamówienia. Wskazał w tym miejscu również, że nie jest możliwe, by wykonawca zawarł umowę w przedmiocie wynajmu pojazdu wraz z kierowca, a rozliczał ją podatkowo jako transport sanitarny.

Odwołujący zauważył, że zamawiający wezwał również odwołującego pismem z 8 marca 2021 r. do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie zastosowania przez niego 8%, jako stawki podatku VAT. Odwołujący udzielił odpowiedzi pismem z 10 marca 2021 r. wskazując, że usługa, będąca przedmiotem postępowania, wyszczególniona jest w Załączniku nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług pod symbolem PKWiU 49.32.12.0. Co do zasady świadczenie usługi wynajmu samochodu jest opodatkowane stawką podstawową, jeżeli jednak podatnik świadczy usługę wynajmu samochodu osobowego wraz z kierowcą lub usługę najmu autobusu lub autokaru wraz z kierowcą, to może skorzystać z obniżonej stawki VAT w wysokości 8%. Powyższe, potwierdza również stanowisko Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie, wyrażone w interpretacji indywidualnej z 24 grudnia 2012 r. (sygn. TPPP3/443-905/12-6/KB). Ponadto, dotychczaswystawianie na rzecz zamawiającego faktury przez odwołującego za świadczenie takich samych usług jak te, które są przedmiotem postępowania, tj. od dnia 14 września 2020 r., również zawierały stawkę podatku VAT w wysokości 8%. Odwołujący również wskazał w swojej odpowiedzi, że zamawiający w SWZ sam wskazał wprost, że postępowanie dotyczy usługi wynajmu pojazdu wraz z kierowcą, zatem nie ma możliwości przyjęcia innej stawki podatku VAT niż 8%. W ocenie odwołującego stawka 8% jest prawidłową w przypadku przedmiotu postępowania, prawidłowo została również przez zamawiającego wskazana kwota brutto, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia tj. z uwzględnieniem stawki podatku 8%, a każdy wykonawca, który jest czynnym podatnikiem podatku VAT powinien w swojej ofercie również zawrzeć stawkę podatku VAT 8%. Wykonawcy, którzy złożyli oferty w ramach postępowania są czynnymi podatnikami podatku VAT, nie powoływali się dodatkowo na żadne zwolnienia podmiotowe w korespondencji z zamawiającym.

Odwołujący argumentował ponadto, że nie ma możliwości świadczenia usługi wynajmu pojazdu wraz z kierowcą do przewozu krwi i jej składników poprzez zakwalifikowanie jej jako usługi transportu sanitarnego, co umożliwiałoby wykorzystanie przedmiotowego zwolnienia z VAT na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 20 ustawy o VAT. Kwalifikowanie usług jako usługi transportu sanitarnego wymaga wykorzystywania pojazdów sanitarnych, spełniających specjalistyczne normy PN- EN, leczjednocześnie świadczenie takiej usługi musiałoby zostać przewidziane przez zamawiającego jako

przedmiot zamówienia. Podatek dotyczy bowiem faktu świadczenia konkretnej usługi i charakteru tej usługi, nie jest uzależniony od pojazdu wykorzystywanego do jej świadczenia. Fakt wykorzystania pojazdu spełniającego normy PN-EN nie przekształca charakteru usługi wynajmu pojazdu wraz z kierowca w usługę transportu sanitarnego. Jedynie wykorzystywanie takiego pojazdu jest jednym z warunków zwolnienia z podatku.

Odwołujący zaznaczył ponadto, że do prawidłowego i zgodnego z prawem przewozu krwi i jej składników nie jest wymagane używanie karetek, spełniających normy PN-EN, wystarczające jest spełnienie warunków postawionych przez zamawiającego
w postępowaniu. Zamawiający publiczni, prowadzący podobne postępowania, również nie wymagają spełnienia tego warunku, gdyż należy mieć także na uwadze, że zasadniczo kwota oferty przy zaoferowaniu karetek spełniających ww. normy, jako pojazdów realizujących zamówienie, jest wyższa niż z wykorzystaniem innych pojazdów. Zatem skoro wykorzystanie takich pojazdów celem realizacji przedmiotu zamówienia odpowiadającego temu w niniejszej sprawie nie jest potrzebne - zamawiający prawidłowo przeprowadzają postępowania w przedmiocie wynajmu pojazdu wraz z kierowcą.

Odwołujący zauważył, że gdyby Konsorcjum chciało podważyć, że przedmiotem zamówienia jest transport sanitarny, a nie wynajem pojazdu wraz z kierowcą powinno było złożyć odwołanie od treści ogłoszenia i SWZ po ich ogłoszeniu, a nie wskazywać dopiero
w wyjaśnieniach do złożonej oferty, że zamierza świadczyć usługi transportu sanitarnego. Zamawiający 16 marca 2021 r. wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień, z której części oferty wynika, że usługa transportu krwi będzie realizowana przy pomocy pojazdów posiadających cechy techniczne i jakościowe określone w Polskich Normach, umożliwiające uznanie ich za środki transportu sanitarnego. Wykonawca w odpowiedzi z 17 marca 2021 r. wskazał, że wynika to z załącznika nr 8 do SWZ,składanego wraz z formularzem ofertowym, w którym został wskazany pojazd Fiat Doblo, który spełnia wszelkie wymogi określone
w dokumentach postępowania; a także normę PN-EN-1789. Odwołujący zauważył, że
z wypełnionego przez Konsorcjum wykazu spełnianie tych norm nie wynika (wykaz nie zawiera żadnej wzmianki w tym zakresie), choć nawet gdyby wynikało, to powtórnie wskazał, że wykorzystanie pojazdu spełniającego normy nie powoduje zmiany charakteru usługi, która ma być świadczona na rzecz zamawiającego tj. wynajmu pojazdu z kierowcą. Jednocześnie skoro z treści złożonej oferty przystępującego nie wynika, że zaoferowany pojazd spełnia normy PN-EN, wyjaśnienia treści złożonej oferty nie mogą prowadzić do uzupełnienia tego faktu. Niezgodne z ustawą Pzp jest złożenie wyjaśnień do treści oferty, które zmieniają jej treść. Uznanie takich wyjaśnień przez zamawiającego stanowi jego błędne działanie.

Odwołujący zauważył, że gdyby intencją zamawiającego było zamówienie usług transportu sanitarnego, wskazałby to wprost w ogłoszeniu i SWZ, jak również wskazałby odpowiedni kod CPV (np. 60112000-6 - Usługi w zakresie publicznego transportu drogowego). To zamawiający determinuje przedmiot zamówienia, wskazując m.in. odpowiedni kod CPV, a nie wykonawcy poprzez złożenie oferty. Co więcej, w opinii odwołującego, w ramach zamówień publicznych wykonawcy mają za zadanie spełnić wymagania zamawiającego, a nie oferować usługi „wyższej" jakości - w swojej ocenie - bądź usługi zupełnie innego rodzaju, wyłącznie celem uzyskania lepszej oceny złożonej oferty.
A zatem gdyby zamawiający wymagał, by w ramach realizacji przedmiotu zamówienia wykonawcy posługiwali się pojazdami spełniającymi normy PN-EN - wskazałby to w SWZ,
w treści umowy, i wymagałby tego od wszystkich wykonawców. W takiej sytuacji, również odwołujący zaoferowałby wykonywanie przedmiotu takiego zamówienia (w zakresie transportu sanitarnego) odpowiednim pojazdem, spełniającym wszelkie wymagania i normy, gdyż również takimi pojazdami dysponuje w swojej flocie. Odwołujący nie zrobił tego, gdyż przedmiotem zamówienia jest wynajem pojazdu wraz z kierowcą, usługa inna niż usługa transportu sanitarnego, a zamawiający nie wymagał spełnienia dalej idących kryteriów pojazdu niż wskazane w załączniku nr 5 do SWZ. Oczywiście nie uniemożliwia
to zaoferowania pojazdu spełniającego normy PN, lecz nie może to prowadzić do zmiany zakresu przedmiotu zamówienia.

W dalszej kolejności odwołujący wskazywał, że przystępujący w ofercie zastosował nieprawidłową stawkę podatku VAT. Zwracał uwagę, że z aniżenie ceny oferty, poprzez niezastosowanie prawidłowej stawki podatku VAT - 8% spowodowało błąd w obliczeniu ceny, którego nie można poprawić, zatem zamawiający powinien odrzucić ofertę
na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, czego zaniechał. Konieczność ustalenia odpowiedniej stawki VĄT ma znaczenie, ponieważ szacunkowa wartość zamówienia powiększona o stawkę VAT jest punktem odniesienia przy badaniu ofert pod kątem rażąco niskiej ceny. Ustalanie prawidłowej stawki podatku VAT, zdaniem odwołującego, ma jednak przede wszystkim na celu możliwość porównania ofert złożonych w postępowaniu. Jest to zatem obowiązek zamawiającego, aby weryfikować prawidłowość zastosowanej stawki lub zwolnienia z podatku VAT.

Odwołujący przywołał uchwałę Sądu Najwyższego z 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 53/11 i 52/11 w której wskazano, że określenie w ofercie ceny brutto
z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli nie ma ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych. Przy tym dla oceny, że doszło do wystąpienia błędu w obliczeniu ceny nie ma znaczenia, czy przyjęcie nieprawidłowej stawki podatku VAT, było zachowaniem zamierzonym przez wykonawcę, czy też nie miało takiego charakteru.

Podnosząc z kolei zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp odwołujący
w pierwszej kolejności zauważył, że zamawiający pismem z 24 lutego 2021 r., wezwał Konsorcjum m.in. do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, wyznaczając termin na udzielenie odpowiedzi do dnia 1 marca 2021 r. Na podstawie art 224 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający poprosił o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych. Odwołujący 23 marca 2021 r. otrzymał od zamawiającego informację, że przedmiotowe wyjaśnienia zostały przez Konsorcjum zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił przy tym na jakich podstawach uznał, że doszło do prawidłowego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W związku z powyższym odwołujący nie miał możliwości zweryfikowania treści złożonych przez przystępującego wyjaśnień oraz nie poznał dokonanej oceny tych wyjaśnień przez zamawiającego.

Tym niemniej, z ostrożności procesowej, odwołujący podniósł jednak, że zaoferowana przez Konsorcjum cena jest rażąco niska i powinna budzić uzasadnione wątpliwości zamawiającego. Jego zdaniem nie jest możliwe, nawet przy zachowaniu minimalnych kosztów i dostępnych zwolnień, aby wykonanie zamówienia w zaoferowanej przez przystępującego cenie było rentowne. Celem poparcia swoich twierdzeń odwołujący przedstawił następujące

szacunkowe wyliczenia przybliżonych kosztów, związanych
z realizacją zamówienia.

Wskazał, że koszty pracy przez niego skalkulowane zostały przyjęte na podstawie rzeczywistego czasu poświęcanego na realizację przedmiotu zamówienia, gdyż obecnie realizuje on tożsame zamówienie na rzecz zamawiającego. Zaznaczył również, że posiada on swoją bazę wyjazdową w odległości około 3 km od zamawiającego oraz dysponuje kilkoma pojazdami przystosowanymi do realizacji przedmiotu zamówienia na terenie miasta Wrocław, które są rozlokowane także pod Regionalnym Centrum Krwiodawstwa
i Krwiolecznictwa we Wrocławiu. Takie rozmieszczenie oraz dysponowanie odpowiednią ilością pojazdów (większą niż 1) umożliwia prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Zaznaczył, że transporty odbywają się nie tylko na trasie z RCKiK do zamawiającego, ale także od zamawiającego do RCKiK lub też poza Wrocławiem. Wykonawca składający ofertę w niniejszym postępowaniu powinien przy uwzględnianiu kosztów realizacji przyjąć zatem także możliwość, że w jednym momencie będzie konieczne zaangażowanie większej ilości pojazdów niż tylko jeden. Co więcej, wykonawca powinien był przyjąć, że czas potrzebny na realizację jednego transportu/ zlecenia na terenie Wrocławia to co najmniej 1,5 h. Czas ten wynika z konieczności dojazdu od siedziby wykonawcy do zamawiającego lub do wskazanego przez zamawiającego miejsca; odebrania krwi lub materiałów krwiopochodnych (czas poboru preparatów z krwiodawstwa to co najmniej 10 minut - wymagane jest odczytanie temperatur w pojemniku jeszcze przy odbiorze materiałów po 5 minutach od umieszczenia preparatu w pojemniku); zdania przewożonych materiałów oraz powrotu do siedziby wykonawcy. Zakładając powyższy czas do realizacji każdego transportu na terenie miasta Wrocław, konieczne jest poświęcenie co najmniej 2440 h pracy w ciągu realizacji całego zamówienia oraz co najmniej 40 h na transporty poza Wrocławiem. Z uwagi na wymóg zamawiającego zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę, do obsługi powyższej liczby godzin konieczne będzie zatrudnienie pracowników na co najmniej 101 h miesięcznie. Obecny koszt pracodawcy za zatrudnienie pracownika za wynagrodzeniem minimalnym na pełny etat wynosi 3.373,44 zł., przy czym pracownikowi należy się od 160 h do 208 h urlopu w roku co oznacza, że jeden pracownik realnie w skali miesiąca przepracuje około 150 h. Zatem szacowany koszt roboczogodziny to: 3.373,44 zł/150 h = 22,48 zł. Minimalny koszt wynagrodzeń, jakie poniesie każdy wykonawca, niezależnie od tego czy pracowników wykorzystuje do realizacji innych zadań powierzonych, czy też posiada dużą ilość personelu, to około 54.851,20 zł. w ramach zamówienia.

Z kolei kalkulując koszty paliwa odwołujący zwracał uwagę, że średnie spalanie pojazdu przeznaczonego do realizacji zamówienia przez wykonawcę to około 8 litrów ON na 100 km. Obecne ceny paliwa, nawet przy bardzo korzystnych rabatach, to około 5,00 zł. za litr. Zatem koszt przejechania 100 km pojazdem Fiat Doblo to co najmniej 40,00 zł. Minimalna ilość kilometrów jaką trzeba będzie pokonać przy realizacji przedmiotowego zamówienia (bez uwzględniania kilometrów na dojazdy od siedziby wykonawcy oraz powrotów do siedziby, jak i kilometrów pokonywanych na obsługę pojazdu itp. to 26.400 km. Zatem minimalny koszt zakupu samego paliwa, jakie poniesie wykonawca, to około 10.560,00 zł.

Wykonawca będzie musiał ponieść również koszty związane z wykorzystywaniem/ eksploatowaniem pojazdu. W przypadku Konsorcjum będzie to koszt wynajmu pojazdu, gdyż zaproponowany pojazd nie jest własnością ani Lidera, ani Członka Konsorcjum. Szacowany koszt zakupu takiego pojazdu to około 150.000,00 zł., zatem realny koszt leasingu na 5 lat to około 2 500,00 zł; a koszt wynajmu może być jeszcze większy. Zakładając koszt miesięczny na poziomie jedynie 2.500,00 zł. w skali dwóch lat - to kwota 60.000,00 zł. Dodatkowo roczne ubezpieczenie takiego pojazdu to około 5.000,00 zł. (Konsorcjum wielokrotnie wskazywało na takie koszty w swoich wyliczeniach przedstawianych w ramach innych postępowań publicznych, zatem odwołujący przyjął takie same koszty na potrzeby niniejszego postępowania). Koszt ubezpieczenia pojazdu na 2 lata to zatem kwota 10.000,00 zł. Ponadto odwołujący zauważył, że każdy pojazd wymaga bieżących napraw, serwisów itp. Konsorcjum wskazywało wielokrotnie, że pojazdy wymagają wymian opon, klocków hamulcowych i tarcz, kompletów sprzęgieł itp. Przystępujący w ramach innych postępowań takie koszty szacował zazwyczaj na poziomie. 5.500,00 zł. rocznie. Odwołujący, korzystając z własnego wieloletniego doświadczenia przy realizacji przedmiotu zamówienia na rzecz zamawiającego, przyjął minimalne koszty, jakie należy ponieść i oszacował je na co najmniej 0,10 zł. za kilometr, co stanowi jedynie 2.640,00 zł. na dwa lata (ponad 2-krotnie mniej niż zazwyczaj przyjmował przystępujący).

Dodatkowo przy realizacji zamówienia będzie konieczne dokonywanie rozliczeń dla zamawiającego czy też wykonywanie innych czynności, związanych z obsługą i realizacją zamówienia. Odwołujący szacuje takie koszty w kwocie około 200,00 zł. miesięcznie, co
w ujęciu dwuletnim stanowi wartość 4.800,00 zł.

Odwołujący stwierdził, że powyżej wskazane koszty stanowią łączną wartość
na poziomie 138.051,20 zł. tj. przewyższa ona wartość oferty Konsorcjum o ponad 27.251,20 zł., co tylko dowodzi, że zaoferowana przez niego w ofercie cena jest nierealna i nie daje możliwości prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Podkreślenia wymaga jego zdaniem również to, że odwołujący przyjął minimalne koszty wynagrodzenia, cen paliwa, obsługi pojazdów itp., co tylko potwierdza, że zaoferowana przez Konsorcjum cena narazi go na stratę, nie zysk.

Odwołujący przypomniał, że o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy jest oczywiste, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne, albo gdy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, w szczególności, gdy różnica ta nie będzie możliwa do uzasadnienia obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy zrealizować to zamówienie bez strat i dodatkowego finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne. W okolicznościach niniejszej sprawy wynagrodzenie umowne nie pokryje nawet kosztów realizacji zamówienia przez przystępującego.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp,
o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. Swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili w dniu 26 marca 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **Luxury Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, LMC Trans Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie**.

Zamawiający, działając na podstawie art. 521 ustawy Pzp w dniu 9 kwietnia 2021 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie w której oświadczył, że uwzględnia odwołanie w zakresie naruszenia art. 18 ust. 2 w zw. z art 18 ust. 3, art. 16 pkt 1 ustawy Pzp i art. 11 ust. 2 uznk poprzez zaniechanie uznania za bezskuteczne zastrzeżenia całości informacji zawartych w wyjaśnieniach udzielonych przez Konsorcjum w przedmiocie rażąco niskiej ceny jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednocześnie, odnosząc się do pozostałych zarzutów, zamawiający wniósł o ich oddalenie w całości jako bezzasadnych.

Zamawiający w piśmie oświadczył, że po ponownej analizie przedstawionych przez przystępującego wyjaśnień

uzasadniających zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz materiałów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa uznał, że ten nie wykazał,
iż informacje te zasługują na ich utajnienie, a zastrzeżone informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu uznk. Tym samym w dniu 1 kwietnia 2021 r. przesłał odwołującemu uprzednio zastrzeżone dokumenty.

W związku z powyższym Izba umorzyła postępowanie w tym zakresie, orzekając
w pkt 1 sentencji wyroku.

Odwołujący, w związku z udostępnieniem przez zamawiającego zastrzeżonych uprzednio, jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów, na posiedzeniu w dniu 24 maja 2021 r. złożył pismo procesowe, w którym odniósł się do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, składanych przez przystępującego w postępowaniu, podtrzymując zarzuty odnoszące się do rażąco niskiej ceny w złożonej przez niego ofercie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu
się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym
w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SWZ, treścią oferty Konsorcjum złożonej w postępowaniu, treścią wyjaśnień składanych przez Konsorcjum w przedmiocie rażąco niskiej ceny, jak też wyjaśnień składanych przez odwołującego i przystępującego w zakresie zastosowanej stawki VAT, po zapoznaniu się z odwołaniem, stanowiskiem procesowym zamawiającego zawartym
w odpowiedzi na odwołanie, jak również stanowiskiem odwołującego zawartym
w złożonym piśmie procesowym, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Na wstępie Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania
ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu
w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp z 2019 r., kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia i złożył ofertę
w postępowaniu. Zdaniem odwołującego zamawiający zaniechał czynności do których był zobowiązany, polegających na odrzuceniu oferty Konsorcjum pomimo, że zaistniały do tego przesłanki opisane w treści przepisów przywoływanych w niniejszym odwołaniu. Gdyby zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy Pzp i odrzucił ofertę złożoną przez przystępującego, odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia. W wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego odwołujący utracił więc możliwość prawidłowego wykonania zamówienia i osiągnięcia zysku ekonomicznego z jego realizacji.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania
o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy. Ponadto Izba dopuściła i przeprowadziła dowody złożone przez odwołującego i przystępującego
na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła
do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała sformułowany przez odwołującego zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez nieodrzucenie oferty przystępującego, jako niezgodnej z warunkami zamówienia, bowiem zaproponował on realizację usługi transportu sanitarnego, a nie on jest przedmiotem zamówienia i stwierdziła, że nie zasługuje on na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że przedmiot zamówienia został opisany w pkt III.1 SWZ w następujący sposóbPrzedmiotem zamówienia jest wynajem pojazdu wraz z kierowcą do przewozu krwi
i jej składników dla Terenowej Stacji WCKiK we Wrocławiu. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz wykaz asortymentu będącego przedmiotem niniejszego postępowania zawiera „Arkusz asortymentowo-cenowy" stanowiący Załącznik nr 5 do SWZ. W pkt III.2 zamawiający zastrzegł, że wykonawca zobowiązany jest zrealizować zamówienie na zasadach i warunkach opisanych w projekcie umowy stanowiącym Załącznik nr 6 do SWZ Z kolei w pkt III.3. zamawiający opisał przedmiot kodem Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) numer 60171000-7 Wynajem samochodów osobowych wraz z kierowcą. Dalej w pkt III.4 zapisał, że przedmiot usługi zamieszczony w ofercie musi być zgodny z przedmiotem zamówienia.
Z kolei arkusz asortymentowo-cenowy (Załącznik nr 5 do SWZ) precyzował
co wchodzi w zakres przedmiotowego zamówienia. Zamawiający powtórzył, zgodnie
z opisem zawartym w pkt III SIWZ, że przedmiotowe zamówienie polega na usłudze (całodobowej) wynajmu samochodu wraz z kierowcą do przewozu krwi i jej składników oraz materiału biologicznego (próbek krwi), do miejsc wskazanych przez odbiorcę na terenie Rzeczpospolitej Polskiej. Transport krwi i jej składników musi odbywać się zgodnie
z Obwieszczeniem Ministra Zdrowia z dnia 6 marca 2019 r. (Dz. Urz. M.Z. z 2019 r. poz. 25, z późn. zm.) w sprawie wymagań dobrej praktyki pobierania krwi i jej składników, badania, preparatyki, przechowywania, wydawania i transportu dla jednostek organizacyjnych publicznej służby krwi. Opisał też jaki niezbędny sprzęt musi posiadać wykonawca, aby świadczyć dla zamawiającego przedmiotową usługę tj. samochód do przewozu krwi i jej składników wyposażony w monitorowane urządzenia do przewozu krwi i jej składników
i spełniający warunki dla pojazdu uprzywilejowanego wyposażonego w niezbędną sygnalizację świetlną i dźwiękową (potwierdzenie MSWiA). Zgodnie z opisem usługa polegać miała na zapewnieniu 24- godzinnej dyspozycyjności, tak w obsłudze jak i przyjmowaniu zleceń telefonicznych. Transport krwi miał być realizowany albo w trybie zwykłym nie później niż do 30 minut od momentu telefonicznego zgłoszenia wykonawcy o zaplanowanym przewozie i „na ratunek" tj. natychmiast po otrzymaniu zgłoszenia. Realizacja usługi powinna odbywać się przy pomocy środków transportu wyposażonych w pojemniki do transportu krwi i jej składników znajdujących się na wyposażeniu wykonawcy z udokumentowaną w postaci protokołów ich walidacją dopuszczenia do użytkowania zgodnie zobowiązującymi przepisami, przez osoby posiadające odpowiednie uprawnienia i kwalifikacje zawodowe. Dalej opisano także procedurę

zamawiania transportu krwi przewidując, że zamawiający dokonuje telefonicznego zgłoszenia przewozu na numer telefonu wykonawcy, czynny cała dobę, a w przypadku trudności z uzyskaniem połączenia na podany drugi numer telefonu określając jego tryb i adres RCKiK z którego transportowana będzie krew lub jej składniki. Realizacja transportu winna być wykonywana na trasie wskazanej w zleceniu, dokładnie zaplanowana przez wykonawcę, z uwzględnieniem trybu „na ratunek". Opisując wymagania co do pojazdu dedykowanego do realizacji zamówienia zamawiający zastrzegł, że w przypadku wystąpienia awarii pojazdu wykonawca zobowiązuje się niezwłocznie zastąpić pojazd uszkodzony pojazdem sprawnym technicznie. Wynajmowane pojazdy muszą posiadać aktualne badanie techniczne oraz ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej (OC).

Ponadto w Załączniku nr 5 do SIWZ zawarto tabelę, w której zamawiający ponownie opisał przedmiotową usługę jako: Całodobowa usługa wynajmu samochodu wraz z kierowcą do przewozu krwi i jej składników oraz materiału biologicznego (próbek krwi) dla Terenowej Stacji WCKiK we Wrocławiu. Rozliczenia z wykonawcą, który uzyska przedmiotowe zamówienie miały odbywać się w następujący sposób: (1) Transport na terenie miasta Wrocław (ryczałt za jedno zgłoszenie) - 1 600 szt.; (2) Transport poza terenem miasta Wrocław (liczone od wyjazdu z miejsca stacjonowania pojazdu do powrotu w to samo miejsce) - 40h, 4000 km. Zamówienie, zgodnie z pkt VI SWZ miało zostać udzielone na 24 miesiące od dnia podpisania umowy.

Mając na uwadze powyższe ustalenia zgodzić należało się z zamawiającym,
że zgodnie z przywołanymi zapisami SWZ oraz arkuszem asortymentowo-cenowym (Załącznik nr 5 do SWZ) przedmiotem zamówienia jest wynajem pojazdu wraz z kierowcą, służący do przewozu krwi i jej składników oraz materiału biologicznego (próbek krwi) dla Terenowej Stacji WCKiK we Wrocławiu, tj. jednostki organizacyjnej zamawiającego. Zamawiający zastrzegał, że transport krwi i jej składników musi odbywać się zgodnie
z postanowieniami obwieszczenia Ministra Zdrowia z dnia 6 marca 2019 r. w sprawie wymagań dobrej praktyki pobierania krwi i jej składników, badania preparatyki, przechowywania, wydawania i transportu dla jednostek organizacyjnych publicznej służby krwi (Dz. Urz. M.Z. poz. 25, z późn. zm.). W powyższych dokumentach określił również
w sposób precyzyjny wymagania, które musi spełniać pojazd służący do przewozu krwi i jej składników - wyposażony w monitorowane urządzenie do przewozu krwi i jej składników
i spełniający warunki dla pojazdu uprzywilejowanego tj. być wyposażony w niezbędną sygnalizację świetlną i dźwiękową (potwierdzenie MSWiA). Opis przedmiotowego zamówienia wskazywał zatem jednoznacznie, że głównym celem zamawiającego nie jest najem dowolnego pojazdu z kierowcą, ale najem takiego pojazdu, który został w odpowiedni sposób przystosowany do celów transport krwi i jej składników tj. spełniający określone niezbędne w tym zakresie wymagania. Dodatkowo, z uwagi na to, że krew nie może być uznana za towar, podobnie jak każdy inny, ale jest lekiem, jej przewóz musi być realizowany w określonych warunkach, m.in. wykonawca obowiązany był zapewnić 24-godzinną dyspozycyjność pojazdu i kierowcy, stawić się na każde zgłoszenie zamawiającego
w terminie do 30 min. od zgłoszenia, a w trybie „na ratunek" natychmiast po otrzymaniu zgłoszenia.

Wszystkie te dodatkowe warunki przesądzają, w ocenie Izby, że niewłaściwa jest ocena odwołującego, że usługa będąca przedmiotem zamówienia jest wyłącznie usługą najmu pojazdu z kierowcą. Najem ma bowiem służyć realizacji jednego z podstawowych zadań zamawiającego, do realizacji którego jest zobowiązany, jakim jest zaopatrywanie
w krew i jej składniki podmiotów leczniczych, na który składa się m.in transport krwi i jej składników. Z kolei sam pojazd i kierowca są jedynie elementami niezbędnymi do realizacji tego podstawowego zadania, nie zaś celem samym w sobie. Zatem słuszna jest ocena zamawiającego, który stwierdza, że nabywa w tym postępowaniu usługę transportu krwi realizowaną za pomocą najętych wraz z kierowcą środków transportu lądowego specjalnie do tego celu przystosowanych, a nie wyłącznie wynajmuje pojazd wraz z kierowcą.

Odnosząc się do twierdzeń odwołującego, że zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wpisał kod CPV o numerze 60171000-7, a zgodnie z jego opisem pod numerem tym mieści się usługa pn. wynajem samochodów osobowych wraz z kierowcą, czym przesądził, że jest to główny przedmiot zamówienia - skład orzekający doszedł
do przekonania, że taka argumentacja nie zasługuje na aprobatę. Kod CPV nie decyduje bowiem co jest przedmiotem zamówienia w danym postępowaniu i nie może decydować
o zakresie zamówienia. Jak wyjaśnił zamawiający dokonując wyboru w tym zakresie zdecydował się na kod, który wydawał mu się w tym przypadku najodpowiedniejszy, najbardziej adekwatny w danej sytuacji co nie znaczy, że oddawał w pełni zakres usług zamawianych w tym postępowaniu. Nawet, gdyby zamawiający popełnił błąd tj. dokonał niewłaściwego wyboru, czego Izba nie przesądza w tym przypadku, to wykonawca składając ofertę, nie zapoznaje się wyłącznie z samym kodem CPV, ale z całą dokumentacją postępowania, to ona bowiem precyzuje co jest jego istotą i zakresem. W okolicznościach niniejszej sprawy, jak już zauważono, jest to zadanie polegające na wykonywaniu transportu krwi i jej składników.

Ponadto, zauważyć należy, że zamawiający opisując w SWZ wymagania dotyczące pojazdu, przy pomocy którego ma być realizowane świadczenie transportu krwi i jej składników określił, że pojazd ten ma być wyposażony w monitorowane urządzenia do przewozu krwi i jej składników i spełniać wymagania dla pojazdu uprzywilejowanego tj. być wyposażony w niezbędną sygnalizację świetlną i dźwiękową. W powyższym zakresie nie ustanowił żadnych wymagań dodatkowych, nie wykluczył też w SWZ możliwości realizowania zamówienia pojazdami specjalnymi. Tym samym pozostawił pewną dowolność w tym zakresie wykonawcom, jak wyjaśniał mając na uwadze dopuszczenie do udziału
w postępowaniu jak najszerszego grona potencjalnych oferentów.

Tym samym, w ramach prowadzonego postępowania przystępujący zaproponował do realizacji przedmiotowego zamówienia pojazd, który jest specjalistycznym środkiem transportu lądowego, spełniającym cechy techniczne i jakościowe określone w Polskich Normach, przenoszących europejskie normy zharmonizowane (spełnia wymagania określone w normie PN-EN-1789) i jest pojazdem sanitarnym. Odwołujący z kolei zaproponował w swojej ofercie pojazdy, które również spełniają wymagania stawiane przez zamawiającego w SWZ, ale nie posiadają cech technicznych i jakościowych określonych
w Polskich Normach przenoszących europejskie normy zharmonizowane, nie są pojazdami sanitarnymi. Jeden i drugi środek transportu, co przyznał odwołujący na rozprawie był zgodny z wymaganiami SWZ bowiem w tym zakresie, jak już zauważono zamawiający nie ustanowił żadnych szczegółowych wymagań. Oznacza to, że zarówno zaproponowany przez odwołującego pojazd, który nie jest pojazdem sanitarnym może służyć do transportu krwi, jak też pojazd przystępującego (pojazd sanitarny, spełniający wymagania normy PN-EN1789) celowi temu może służyć. Również przepisy powszechnie obowiązującego prawa w zakresie transportu krwi i jej składników nie precyzują jakiego typu środki transportu mogą zostać użyte do takiego transportu, nie wprowadzają jednocześnie obowiązku realizacji transportu krwi i jej składników przy pomocy wyłącznie środków transportu sanitarnego.

Tym samym zamawiający, oceniając złożone w postępowaniu oferty, kierując się wyłącznie zapisami SWZ, zasadnie uznał, że zaproponowanie przez przystępującego pojazdu sanitarnego, z punktu widzenia oceny spełniania wymagań określonych w SWZ, jest irrelewantne dla oceny złożonych ofert. Obydwaj wykonawcy złożyli bowiem oferty na ten sam przedmiot zamówienia tj. transport krwi i jej składników, zaś okoliczność,
że wykorzystywany do tego celu będzie inny pojazd - w tym przypadku jest bez znaczenia. Zamawiający zasadnie zatem uznał, że obydwie złożone oferty są zgodne z wymaganiami SWZ, stąd jako niezasadne uznać należy twierdzenie odwołującego, że zamawiający naruszył postanowienia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, i zaniechał odrzucenia oferty przystępującego.

Za niepotwierdzony Izba uznała również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, poprzez nieodrzucenie oferty przystępującego pomimo, że zawiera ona błąd w wyliczeniu ceny w postaci podania nieprawidłowej wartości podatku VAT i zastosowanie przez niego zwolnienia, pomimo że powinien zastosować stawkę podatku VAT 8%, co ma wpływ na wyliczenie ceny.

W tym zakresie, w pierwszej kolejności ustaliła, że opisując w pkt XVI SWZ sposób obliczenia ceny oferty, nie zawarł w tym zakresie żadnych wiążących wytycznych co do wysokości stawki podatku VAT. Tym samym to obowiązkiem wykonawców w postępowaniu było ustalenie i wskazanie stawek właściwych, obowiązkiem zaś zamawiającego zbadanie prawidłowości zastosowanej przez nich stawki, gdyż czynność ta jest jedną z czynności dokonywanych w ramach badania i oceny złożonych ofert.

Ustalono ponadto, że w przedmiotowym postępowaniu swoje oferty złożyli odwołujący wskazując stawkę VAT w wysokości 8%, natomiast przystępujący oświadczył, że jest zwolniony z podatku VAT. W związku z powyższym zamawiający pismem z 4 i 8 marca 2021 r., wezwał przystępującego i odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie opodatkowania podatkiem od towarów i usług, zaoferowanych w ramach prowadzonego postępowania usług. Odwołujący w piśmie z 10 marca 2021 r. stwierdził, że tego rodzaju usługi są opodatkowane 8% stawką podatku VAT. Jego zdaniem usługa będąca przedmiotem postępowania, wyszczególniona jest w Załączniku nr 3 do ustawy o VAT pod symbolem PKWiU 49.32.12.0. Co do zasady świadczenie usługi wynajmu samochodu jest opodatkowane stawką podstawową w wysokości 23%. Jeżeli jednak podatnik świadczy usługę wynajmu samochodu osobowego wraz z kierowcą lub usługę najmu autobusu lub autokaru wraz z kierowcą, to może skorzystać z obniżonej stawki VAT w wysokości 8%. Potwierdzeniem takiego sposobu opodatkowania, zdaniem odwołującego jest interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z 24 grudnia 2012 r. (sygn. IPPP3/443-905/12-6/10). Odwołujący ponadto wskazał, że nie ma możliwości świadczenia usługi wynajmu pojazdu wraz z kierowcą do przewozu krwi i jej składników, poprzez zakwalifikowanie jej jako usługi transportu sanitarnego, co umożliwiłoby skorzystanie ze zwolnienia przewidzianego w art. 43 ust. 1 pkt 20 ustawy o VAT. Kwalifikowanie usług jako usługi transportu sanitarnego wymaga bowiem wykorzystania pojazdów sanitarnych, spełniających dodatkowo normy PN-EN.

Z kolei przystępujący w piśmie z 4 marca 2021 r. oświadczył, że przedmiot zamówienia będzie realizował, wykorzystując pojazd specjalny tj. karetkę i realizowany będzie jako transport sanitarny. Taki transport z kolei, zgodnie z obowiązującymi przepisami korzysta ze zwolnienia z podatku VAT (zgodnie z przepisem art. 43 ust. 1 pkt 20 ustawy o VAT, zgodnie z którym zwalnia się podatku usługi transportu sanitarnego). Następnie zamawiający w dniu 16 marca 2021 r. wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia czy usługa będąca przedmiotem zamówienia, tj. transportu krwi i jej składników pojazdem wynajętym od wykonawcy, przeznaczonym do tego celu wraz z kierowcą, będzie przez niego realizowana specjalistycznym środkiem transportu, spełniającym cechy techniczne i jakościowe określone w Polskich Normach przenoszących europejskie normy zharmonizowane.

Odwołujący zarzucił, że przystępujący ustalił stawkę VAT w sposób błędny z tego powodu, że przyjął w swojej ofertę stawkę właściwą dla usług transportu sanitarnego, tymczasem przedmiotem zamówienia jest najem pojazdu z kierowcą. Zwracał uwagę, że są to dwie odrębne usługi a sam wykonawca nie może decydować o przedmiocie zamówienia. Wskazywał również, że nie jest możliwe, by wykonawca zawarł umowę w przedmiocie wynajmu pojazdu wraz z kierowca, a rozliczał ją podatkowo jako transport sanitarny.

Z powyższym poglądem nie sposób zgodzić się z następujących powodów.
W pierwszej kolejności, jak wcześniej zauważono przedmiot zamówienia mógł być
w niniejszym przypadku świadczony niejako na dwa sposoby tj. pojazdami specjalnymi, spełniającymi normy PN-EN-1789, jak też pojazdami spełniającymi wprawdzie dodatkowe wymagania zamawiającego opisane w SWZ, jednakże nie spełniającymi cytowanej wyżej normy. Wykonawcy ubiegający się o to zamówienie wybrali inne sposoby realizacji, stąd w swojej ofercie zastosowali odmienne stawki podatku VAT.

Nie można jednak zgodzić się z odwołującym, że przystępujący zaoferował usługi, które nie były zgodne z opisem przedmiotu zamówienia, ani też, że składane przez niego wyjaśnienia w przedmiocie zastosowanej przez niego stawki VAT zmierzały do zmiany przedmiotu zamówienia bądź zmieniały treść jego oferty. Przystępujący udzielił jedynie odpowiedzi na pytanie zamawiającego, który zmierzał do wyjaśnienia w zakresie prawidłowości zastosowanego zwolnienia z opodatkowania stawką podatku VAT.

Izba zgadza się z odwołującym, że określenie w treści oferty wykonawcy błędnej stawki podatku VAT oraz obliczenie w oparciu o tą stawkę podatku VAT, jako składnika ceny brutto, stanowi błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w przepisie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Tym samym, zamawiający na gruncie przywołanej regulacji ma obowiązek weryfikacji zaoferowanej ceny pod kątem ustalenia, czy nie zawiera ona błędu w obliczeniu ceny, w zakresie dotyczącym określenia właściwej stawki VAT. Na zamawiającym spoczywa bowiem, wynikający z przepisów, obowiązek prawidłowego i zgodnego z prawem przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w celu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Niewątpliwie ocena ofert, w zakresie oferowanej ceny odbywać się musi na równych zasadach, z poszanowaniem reguł równego traktowania i uczciwej konkurencji. W tym jednak przypadku jako prawidłową należy uznać ocenę zamawiającego, który badając poprawność zastosowanej stawki podatku VAT wziął pod uwagę sposób realizacji usługi polegającej na transporcie krwi i jej składników, w zależności od tego jakie pojazdy będą do tego celu wykorzystane. Tym samym właściwe jest twierdzenie, że zarówno odwołujący jak i przystępujący byli uprawnieni do przyjętych przez siebie sposobów opodatkowania zaoferowanych usług.

Przystępujący w piśmie z 17 marca 2021 r. wykazał, że zgłoszony w ofercie pojazd przeznaczony do realizacji przedmiotu zamówienia jest pojazdem specjalnym spełniającym normę PN-EN-1789, tym samym transport taki realizowany będzie jako transport sanitarny. Ten z kolei, zgodnie z obowiązującymi przepisami (art. 43 ust. 1 pkt 20 ustawy o VAT) korzysta ze zwolnienia z opodatkowania, gdyż zgodnie z nim zwalnia się od podatku (VAT) usługi transportu sanitarnego. Wprawdzie przepisy ustawy o VAT nie zawierają definicji transportu sanitarnego, zasadnie zatem zamawiający odwołał się w tym zakresie do przepisów ustawy z dnia z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki

zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. z 2020 r., poz. 1398). Zgodnie z postanowieniami art. 5 pkt 33a tejże ustawy transport sanitarny oznacza przewóz osób albo materiałów biologicznych i materiałów wykorzystywanych do udzielania świadczeń zdrowotnych, wymagających specjalnych warunków transportu. Z kolei w myśl art. 161 ba ust. 1 powołanej ustawy transport sanitarny wykonywany jest specjalistycznymi środkami transportu lądowego, wodnego i lotniczego. Środki transportu sanitarnego, o których mowa w ust. 1 powołanego artykułu, muszą spełniać cechy techniczne i jakościowe określone w Polskich Normach przenoszących europejskie normy zharmonizowane (art. 161 ba ust. 2). W związku z powyższym świadczone przez Konsorcjum usługi korzystają ze zwolnienia od podatku od towarów i usług, na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 20 ustawy o VAT.

Z kolei oceniając ofertę odwołującego zamawiający uwzględnił okoliczność, że realizacja usług odbywała się będzie pojazdami nie posiadającymi cech technicznych i jakościowych określonych w Polskich Normach przenoszących europejskie normy zharmonizowane. Transport krwi i jej składników będzie odbywał się samochodem odpowiednio do tego przystosowanym, spełniającym wymagania opisane w SWZ. Jednocześnie, ponieważ z opisu przedmiotu zamówienia wynikało, że do transportu krwi zamawiający życzy sobie wynajmu pojazdu wraz z kierowcą, tym samym adekwatne jest przyjęcie w tym zakresie grupowania PKWiU 49.32.12.0, które zostało wymieniane w pkt 40 załącznika nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług. Z powyższych powodów, w myśl art. 41 ust. 2 w związku z art. 146aa ust. 1 pkt 2 ustawy o VAT, tego typu usługi opodatkowane są stawką 8%.

Mając na uwadze powyższe, zarówno w przypadku przystępującego, jak i odwołującego została zastosowana właściwa, adekwatna do sposobu realizowanej usługi stawka podatku VAT. Po raz kolejny należy nadmienić, że zarówno jeden, jak też drugi ze sposobów świadczenia usługi uznać należy za właściwy, odpowiadający zamawiającemu i zgodny z opisem zawartym w SWZ. Tym samym w okolicznościach niniejszej sprawy żadna z ofert nie mogła być uznana za ofertę zawierającą błąd w obliczeniu ceny lub kosztu i odrzucona na podstawie art. 226 ust. pkt 10 ustawy Pzp.

Odnosząc się natomiast do zarzutów naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez nieodrzucenie oferty przystępującego, pomimo że jego oferta zawiera rażąco niską cenę, do czego doprowadziło zaniechanie przeprowadzenia przez zamawiającego pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez przystępującego i zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz art. 224 ust. 1-3 i ust. 6 ustawy Pzp, poprzez nieodrzucenie oferty przystępującego, w wyniku błędnego uznania, że skutecznie wykazał, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska - w ocenie Izby zarzuty te nie zasługiwały na uwzględnienie.

Na wstępie zauważyć należy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny, jednak w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej za ofertę z rażąco niską ceną uznaje się taką, która zawiera cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Co istotne, o tym, czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską, decyduje każdorazowo badanie, czy jest ona realna, tj. każdorazowe odniesienie danej ceny do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju zamówienia. W jednym bowiem przypadku kilkunastoprocentowa różnica cenowa pomiędzy złożonymi w postępowaniu ofertami może świadczyć o cenie rażąco niskiej, w innym zaś - wprost przeciwnie, różnice w cenie oferty nawet przekraczające 30 % w stosunku do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert czy w odniesieniu do szacunkowej wartości zamówienia - mogą być w danych okolicznościach uzasadnione.

Zamawiający, zanim podejmie decyzję o odrzuceniu oferty, zobligowany jest wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Przepis art. 224 ust. 6 nakazuje odrzucenie oferty tego wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

W niniejszej sprawie zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej przez niego ceny. Konsorcjum, pismem z 1 marca 2021 r. udzieliło wyjaśnień, zastrzegając je jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Następnie zamawiający, uwzględniając postawiony przez odwołującego zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp udostępnił odwołującemu w dniu 1 kwietnia 2021 r. wyjaśnienia składane przez Konsorcjum w toku postępowania. Odwołujący, w swoim piśmie procesowym stwierdził, że po zapoznaniu się z treścią złożonych wyjaśnień uznać należy, że te nie są wystarczające dla uznania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niską.

Izba nie zgodziła się z powyższym zarzutem z następujących powodów. W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że odwołujący wdając się w polemikę z treścią złożonych wyjaśnień opierał się przede wszystkim na własnych założeniach i wyliczeniach, wskazując na te elementy, które w jego ocenie zostały skalkulowane błędnie z tego powodu, że przystępujący opierał się na nieprawdziwych założeniach. Oprócz polemiki z treścią złożonych wyjaśnień odwołujący nie wykazał jednak, że te elementy oferty, które uznał za skalkulowane w sposób błędny zostały wyliczone na poziomie, który spowodował, że cena którą zaproponowało Konsorcjum jest rażąco niska.

Odwołujący zwracał między innymi uwagę, że przystępujący w swoich wyjaśnieniach błędnie przyjął odległości, jakie musi pokonać dla zrealizowania przedmiotu zamówienia. Przyjął 10 km oraz czas realizacji zlecenia na poziomie 30 minut. Wyliczał, że odległość pomiędzy RCKiK a WCKiK to około 6,5 km (dokładnie 6,8 km), ale jeśli przystępujący miałby jeździć jedynie na takich trasach, to jego pojazd, celem realizacji jednego zlecenia powinien pokonać tą trasę dwa razy, czyli około 13 km, a nie 10 km. Dodatkowo czas realizacji zlecenia na poziomie 30 minut, w ocenie odwołującego, jest nierealny. Skoro sam czas jazdy „w jedną stronę" to co najmniej 20 minut, przy zupełnym braku uwzględnienia korków, czy też czasu na odbiór krwi oraz jej zdanie w miejscu docelowym. Czas odbioru krwi oraz jej zdania to co najmniej 10 minut przy poborze i 10 minut przy zdaniu. Zazwyczaj kierowca musi jeszcze poczekać w kolejce przy odbiorze preparatów w krwiodawstwie (odbiór 10 minut + jazda 20 minut + zdanie 10 minut + powrót 20 minut - min 1 h, a nie wskazane przez przystępującego 30 minut). Odwołujący przedstawiając powyższe nie wykazał jednak, że to przyjęte przez niego założenia są wiarygodne, nie wskazał również w jaki sposób owe elementy przekładają się na cenę złożonej oferty. Dostrzeżenia wymaga, że zamawiający

w zakresie, w jakim wykonawcy mieli skalkulować cenę za transport na terenie miasta Wrocławia, przyjął cenę ryczałtową. Tym samym każdy z wykonawców do wyliczeń przyjmował założenia, które w jego ocenie są adekwatne do wymagań opisywanych przez zamawiającego w SWZ w zakresie w jakim opisał sposób świadczonej usługi. Odwołujący nie wykazał natomiast, że przyjęte przez Konsorcjum założenia i związany z tym koszt - jest rażąco niski, a więc taki za który przedmiotowa usługa nie może być wykonywana.

Kolejny element, na który odwołujący zwracał uwagę to koszty organizacyjne, w odniesieniu do których przystępujący stwierdził, że w tym zamówieniu ich nie poniesie. Tym czasem takie koszty, zdaniem odwołującego ponoszone są przez każdego wykonawcę chociażby w związku z koniecznością przygotowania zestawień dla zamawiającego, wystawienia faktur, a te Konsorcjum pominęło. Tymczasem, jak wyjaśnił przystępujący, odwołujący nie wziął pod uwagę sposobu organizacji jego pracy a w szczególności tego, że realizuje on wiele kontraktów w tym samym czasie i zatrudnia osoby, które zajmują się sprawami organizacyjnymi. Jakkolwiek Izba nie zgadza się z twierdzeniem, że żadne koszty z tego tytułu nie powinny być wliczone, gdyż osoby, którym powierza się zadania związane z realizacją kontraktu dla zamawiającego poświęcają na przedmiotowe zadania określony czas, za który otrzymują wynagrodzenie - to z pewnością koszty te ulegną proporcjonalnie zmniejszeniu w stosunku do kalkulowanych przez odwołującego na poziomie 200,00 zł. miesięcznie. Odwołujący nie udowodnił przy tym, że koszt ponoszony przez Konsorcjum z tego tytułu w sposób znaczący wpływa na cenę oferty.

Izba zwróciła również uwagę, że odwołujący w przygotowanej przez siebie kalkulacji, załączonej do odwołania przyjął błędne założenia w zakresie, w jakim stwierdził, że przystępujący ponosił będzie koszty wynajmu/ leasingu pojazdu. Łącznie koszty te oszacował na poziomie 60 000,00 zł. na okres 2 lat (czas realizacji zamówienia). Tymczasem przystępujący wyjaśnił i na potwierdzenie tego złożył dowód w postaci umowy użyczenia pojazdu, zawartej w dniu 1 marca 2021 r. z firmą EUROP HAUS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, że pojazd marki Fiat Doblo, który zamierza skierować do realizacji usług jest przedmiotem użyczenia. Tym samym ponosił będzie w związku z tym wyłącznie koszty jego eksploatacji i napraw. Oznacza to, że kwota zakładana przez odwołującego - 60 000,00 zł. na wynajem/ leasing pojazdu nie będzie ponoszona. Przystępujący w złożonych przez siebie wyjaśnieniach nie skalkulował zatem powyższych kosztów gdyż, co potwierdził za pomocą złożonych dowodów, samochód - Fiat Doblo jest przedmiotem użyczenia. Izba nie dopatrzyła się także sprzeczności w treści składanych przez przystępującego w toku postępowania oświadczeń w zakresie, w jakim twierdził, że pojazd ten jest jego własnością. Jeśli nawet w treści wyjaśnień użyto, w znaczeniu potocznym takiego sformułowania nie przesądza, że mamy do czynienia z rozbieżnością, której skutkiem winno być odrzucenie oferty Konsorcjum, tak jak to miało miejsce w innym postępowaniu. Przypomnieć w tym miejscu należy również, odnosząc się do czynności w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego znak 16/ U/ 2021, w którym uznał, że oferta Konsorcjum podlega odrzuceniu, że przedmiotem oceny przez Izbę są wyłącznie czynności podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu będącym przedmiotem odwołania, nie zaś decyzje czy zaniechania w innych, nawet podobnych sprawach.

Odwołujący przyjął także błędne założenia w swojej kalkulacji w zakresie, w jakim zakładał, że koszty ubezpieczeń pojazdów ponoszone przez przystępującego wynoszą 10 000,00 zł./ 1 rok podczas gdy ten wykazał za pomocą dowodów w postaci polis ubezpieczeniowych, że kształtują się one na poziomie 8 000,00 zł. rocznie.

Po analizie kosztów przyjętych przez odwołującego Izba stwierdziła, że już samo odjęcie kwot skalkulowanych jako koszty leasingu/ wynajmu, koszty ubezpieczeń oraz innych kosztów ogólnych przesądza o tym, że cena zaproponowana przez Konsorcjum nie jest ceną rażąco niską. Odwołujący założył bowiem, że przystępujący na kontrakcie ponosi stratę na poziomie 27 251,20 zł. Z kolei dodając powyższe koszty, które faktycznie nie zostaną przez Konsorcjum poniesione otrzymujemy wartość 68 000,00 zł. (koszty leasingu/ wynajmu - 60 000,00 zł., koszty ubezpieczeń - 4 000,00 zł. w okresie 2 lat, koszty ogólne - 4 800,00 zł. na okres 2 lat). Jak słusznie zauważył przystępujący, już tylko wykonanie tej prostej operacji dowodzi, że zamiast straty - Konsorcjum osiągnie zysk z tytułu realizowanego kontraktu.

Tym samym stwierdzić należy, że zamawiający zasadnie ocenił, że zaproponowana przez przystępującego cena nie jest ceną rażąco niską, nierealistyczną i nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na przedmiot zamówienia. Przedstawione wyjaśnienia stanowią potwierdzenie tego, że cena oferty została ustalona w sposób rzetelny i gwarantuje realizację zamówienia. Z powyższych powodów oferta przystępującego nie podlegała odrzuceniu na tej podstawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz §8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący :……