Sygn. akt: KIO 1617/21

WYROK
z dnia 16 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący:Luiza Łamejko

Protokolant:Piotr Cegłowski
po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2021 r. przez wykonawcę **„Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz.” Sp. z o.o., ul. Chełmońskiego 33, 05-825 Grodzisk Mazowiecki**w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Mińsk Mazowiecki, ul. Konstytucji 3 Maja 1, 05-300 Mińsk Mazowiecki**

przy udziale:

A.**wykonawcy BP Tour Sp. z o.o., ul. Długa 15, 20-346 Lublin**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
B.**wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: K. Sp. z o.o. Sp. k. i Jutrans Sp. z o.o.,ul. Gajowa 62, 44-240 Żory**zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie w zakresie:

- zarzutu nr 4 dotyczącego naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy BP Tour Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień
w zakresie rażąco niskiej ceny, pomimo że w postępowaniu zaistniały okoliczności przemawiające za koniecznością dokonania czynności wezwania z art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez wybór oferty BP Tour Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,

i nakazuje zamawiającemu Miastu Mińsk Mazowiecki unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy BP Tour Sp. z o.o. na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub jej części składowych,

2. Oddala odwołanie w zakresie:

-zarzutu nr 5 dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BP Tour Sp. z o.o., pomimo że oferta BP Tour Sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

- zarzutu nr 6 dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BP Tour Sp. z o.o., pomimo iż złożenie oferty przez BP Tour Sp. z o.o. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na utrudnianie dostępu do zamówienia,

3. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów:

- zarzutu nr 1 dotyczącego naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia BP Tour Sp. z o.o., pomimo że w postępowaniu zaistniały okoliczności przemawiające za uznaniem, że BP Tour Sp. z o.o. w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadziła Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzję Zamawiającego o wyborze oferty BP Tour Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, poprzez nieujawnienie informacji mających wpływ na ocenę okoliczności świadczących o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu przy jednoczesnym zachowaniu pozoru prawidłowo wykonanego obowiązku potwierdzenia oświadczenia, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia,

- zarzutu nr 2 dotyczącego naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wezwania BP Tour Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonego podmiotowego środka dowodowego w postaci oświadczenia wykonawcy z dnia 17 maja 2021 r., pomimo że w postępowaniu zaistniały okoliczności przemawiające za koniecznością dokonania czynności wezwania z art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez wybór oferty BP Tour Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,

- zarzutu nr 3 dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2a i pkt 2b) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BP Tour Sp. z o.o., pomimo podstaw do jego wykluczenia w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz wobec nie spełniania przez BP Tour Sp. z o.o. warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej,

- zarzutu nr 7 dotyczącego naruszenia art. 239 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty podlegającej odrzuceniu.

4. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę „Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz.” Sp. z o.o. w części 2/3 oraz Miasto Mińsk Mazowiecki
w części 1/3 i:

4.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę „Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz.” Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez wykonawcę „Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz.” Sp. z o.o. tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 złgr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione Miasto Mińsk Mazowiecki tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
4.2.zasądza od Miasta Mińsk Mazowiecki na rzecz wykonawcy „Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w

Grodzisku Maz.” Sp. z o.o. kwotę 3 800 zł gr (słownie: trzy tysiące osiemset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 i 580 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 1617/21

U z a s a d n i e n i e

Miasto Mińsk Mazowiecki (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego na terenie miasta Mińsk Mazowiecki. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej
w dniu 1 marca 2021 r. pod pozycją 2021/S 041-102648.

W dniu 28 maja 2021 r. wykonawca „Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej
w Grodzisku Maz.” Sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności polegających na:

a)wyborze jako najkorzystniejszej oferty BP Tour Sp. z o.o.,

b)zaniechaniu żądania wyjaśnień dotyczących złożonych przez BP Tour Sp. z o.o. podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp,

c)wykluczenia BP Tour Sp. z o.o. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp
i odrzucenia oferty BP Tour Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 a) i pkt 2 b) ustawy Pzp,

d)zaniechaniu wezwania BP Tour Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp,

e)zaniechaniu odrzucenia oferty BP Tour Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia BP Tour Sp. z o.o., pomimo że w Postępowaniu zaistniały okoliczności przemawiające za uznaniem, że BP Tour Sp. z o.o. w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału
w Postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzję Zamawiającego o wyborze oferty BP Tour Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, poprzez nieujawnienie informacji mających wpływ na ocenę okoliczności świadczących o spełnianiu warunków udziału w Postępowaniu przy jednoczesnym zachowaniu pozoru prawidłowo wykonanego obowiązku potwierdzenia oświadczenia, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia,

2)art. 128 ust.4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania BP Tour Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonego podmiotowego środka dowodowego w postaci oświadczenia BP Tour Sp. z o.o. z dnia 17.05.2021 r., pomimo że w Postępowaniu zaistniały okoliczności przemawiające za koniecznością dokonania czynności wezwania z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty BP Tour Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,

3)art. 226 ust. 1 pkt 2a i pkt 2b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BP Tour Sp. z o.o., pomimo podstaw do jego wykluczenia w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz wobec nie spełniania przez BP Tour Sp. z o.o. warunków udziału w Postępowaniu
w zakresie zdolności technicznej i zawodowej,

4)art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania BP Tour Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty Wykonawcy, pomimo, że
w Postępowaniu zaistniały okoliczności przemawiające za koniecznością dokonania czynności wezwania z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty BP Tour Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,

5)art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BP Tour
Sp. z o.o., pomimo że oferta BP Tour Sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę, w stosunku do przedmiotu zamówienia,

6)art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BP Tour Sp. z o.o., pomimo iż złożenie oferty przez BP Tour Sp. z o.o. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na utrudnianie dostępu do zamówienia,

7)art. 239 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej
z uwzględnieniem oferty podlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o:

1)uwzględnienie odwołania w całości,

2)nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji

2.dokonania ponownego badania i oceny ofert,

3.wykluczenia BP Tour Sp. z o.o. w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp,

4.odrzucenia oferty BP Tour Sp. z o.o. w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 a), pkt 2 b) oraz pkt 8 ustawy Pzp,

5.dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego,

6.zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

1) naruszenie art. 128 ust. 4, 109 ust. 1 pkt 8, art. 226 ust. 1 pkt 2a) i 2b) ustawy Pzp

1.zdolność zawodowa (doświadczenie)

Z uwagi na fakt, że oferta BP Tour Sp. z o.o. została oceniona najwyżej, BP Tour Sp. z o.o. został wezwany przez Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, m.in. o których mowa w pkt 9.2.4 ppkt 2) drugi od góry SWZ. Na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, na wezwanie Zamawiającego, BP Tour Sp. z o.o. złożyła własne oświadczenie datowane na 17.05.2021 r., z którego wynika, że w okresie od 01.01.2019 r. do 31.12.2019 r. wykonywała autobusami usługę przewozu regularnego osób w liczbie 1071792 kilometrów na linii regularnej Lublin-Kraków-Lublin na rzecz pasażerów indywidualnych. Jednocześnie BP Tour Sp. z o.o. dokonała samooceny wykonanych przez siebie przedmiotowych usług oświadczając, że były wykonywane należycie oraz oświadczyła, że nie jest w stanie uzyskać poświadczenia o należytym wykonaniu usługi z tego względu, że usługa była wykonywana na rzecz „całej rzeszy anonimowych pasażerów".

Odwołujący podniósł, że z informacji publicznie dostępnych (jawnych) wynika, że wykonawca BP Tour Sp. z o.o. wykonywał lub wykonuje usługi regularnego przewozu osób na rzecz co najmniej 3 podmiotów: w okresie 01.01.2019 - 31.12.2019 i 01.01.2020 - 31.12.2020 na rzecz Zarządu Transportu Miejskiego w Gdańsku w wyniku wygranej w przetargu ilość powyżej
1 000 000 km/12 m-cy, w okresie 01.01.2019 - 31.12.2019 i 01.01.2020 - 31.12.2020 na rzecz Zarządu Komunikacji Miejskiej w Gdyni w wyniku wygranej w przetargu, przedmiot „Świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego na liniach 177 i 187 we wszystkie dni tygodnia, czterema autobusami miejskimi niskopodłogowymi" ilość powyżej
150 000 km/12 m-cy, w okresie 01.03.2020 - 29.02.2021 na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego - Łódź Sp. z o.o. w wyniku wygranej w przetargu, przedmiot „Świadczenie usług przewozowych w komunikacji autobusowej w ramach lokalnego transportu zbiorowego w Łodzi" Ilość powyżej 150 000 km/12 m-cy.

Przedmiot, okres wykonywania, jak też zakres lub rozmiar świadczonych na rzecz ww. podmiotów usług pozwalał wykonawcy BP Tour Sp. z o.o. na ubieganie się w czasie właściwym o stosowne referencje potwierdzające należyte wykonanie przez niego usługi transportowej regularnego przewozu osób zgodnie z wymogami Zamawiającego, innymi słowy - potwierdzających spełnianie przez BP Tour Sp. z o.o. warunków udziału w Postępowaniu,
o których mowa w pkt 7.2.4.1 SWZ, tak od każdego z podmiotów trzecich z osobna, jak
i łącznie. Odwołujący stwierdził, że oświadczenie BP Tour Sp. z o.o. nie może zastąpić referencji, jeśli istnieje możliwość ich uzyskania.

Odwołujący podkreślił, że oświadczenie BP Tour Sp. z o.o. z dnia 17.05.2021 r. złożone na wezwanie Zamawiającego w miejsce dowodów potwierdzających należyte wykonanie usług wskazanych przez BP Tour Sp. z o.o. w wykazie, w postaci stosownych referencji lub innych dokumentów sporządzonych przez podmiot, na rzecz którego usługi były lub są wykonywane, ani jakiekolwiek inne wyjaśnienie BP Tour Sp. z o.o. w Postępowaniu, nie zawiera podania przyczyn niezależnych od wykonawcy braku uzyskania ww. dowodów - dokumentów pochodzących od podmiotów trzecich, na rzecz których BP Tour Sp. z o.o. stosowne usługi wykonywała lub wykonuje. W ocenie Odwołującego, należy uznać, że faktycznie takie przyczyny nie istniały a BP Tour Sp. z o.o. miał faktycznie możliwość ubiegania się
i pozyskania referencji lub też innych dokumentów sporządzonych przez podmioty, na rzecz których wykonywał lub wykonuje ww. usługi regularnego przewozu osób, spełniające parametry określone przez Zamawiającego w pkt 7.2.4.1 SWZ, analogicznie do Odwołującego lub innych wykonawców biorących udział w Postępowaniu. Takie zachowanie wykonawcy BP Tour Sp. z o.o., który rezygnuje z przedstawienia wymaganych dowodów na należyte wykonanie usług regularnego przewozu osób w postaci referencji lub innych dokumentów pochodzących od podmiotów trzecich, zastępując je własnym oświadczeniem z trudno weryfikowalną samooceną rzetelności i prawidłowości własnych usług świadczonych na rzecz „całej rzeszy anonimowych indywidualnych pasażerów" Odwołujący ocenił krytycznie jako świadome i celowe działanie w celu uzyskania zamówienia pomimo nie spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności, a co za tym idzie, zaistnienie podstawy wykluczenia. Odwołujący stwierdził, że nie znajduje innego wyjaśnienia zachowania BP Tour Sp. z o.o., jak tylko jego ukierunkowane działanie na nieujawnienie Zamawiającemu informacji o niekorzystnych dla niego faktach, istotnych w Postępowaniu, w celu uniknięcia odrzucenia oferty.

Odwołujący zakwestionował samoocenę BP Tour Sp. z o.o. zawartą w jego własnym oświadczeniu z dnia 17.05.2021 r. złożonym bez podstawy jako dowód należytego wykonania własnych usług. Odwołujący zwrócił uwagę, że w publicznej sieci Internet dostępne są opublikowane (ogólnie dostępne) liczne negatywne oceny indywidualnych pasażerów, korzystających z usług BP Tour Sp. z o.o. na liniach regularnych, w tym także na linii Lublin- Kraków- Lublin na podstawie zezwolenia nr DT- 1.8070.230.8.2015.PDR oraz liczne publikacje prasowe nie potwierdzające – ogólnie - rzetelności wykonywanych przez BP Tour Sp. z o.o. usług transportowych regularnego przewozu osób. Negatywne oceny indywidualnych pasażerów oraz publikacje prasowe dotyczą licznych, w tym poważnych, nieprawidłowości dotyczących przede wszystkim realizacji kursów (kursy nie wykonane, przyspieszone lub znacznie opóźnione), sprawności technicznej taboru, bezpieczeństwa, komfortu podróży
i obsługi pasażerów. W publicznej sieci Internet można znaleźć wiele artykułów i opinii pasażerów na temat realizacji przez BP Tour Sp. z o.o. kursów na trasie Lublin - Kraków. Wykonawca wielokrotnie odwołuje i zawiesza kursy nie informując o tym Urzędu Marszałkowskiego, który wydał zezwolenie na wykonywanie przewozów regularnych osób
w krajowym transporcie drogowym, będąc do tego zobowiązanym np. na podstawie art. 22b ustawy z dnia 6.09.2001 r. o transporcie drogowym, czym narusza przepisy obowiązującego prawa. Jak zauważył Odwołujący, obecnie na stronie internetowej BP Tour Sp. z o.o. ma zamieszczoną informację o niewykonywaniu wszystkich kursów wynikających z rozkładu jazdy, na trasie Lublin - Kraków.

Odwołujący wymienił źródła przykładowych ogólnie dostępnych publikacji w sieci Internet na fakt nie wykonywania kursów przez BP Tour Sp. z o.o. lub jakości usług i stanu technicznego taboru:

https://lublin.wyborcza.p1/lublin/l.48724.20971977.polski-bus-musi-tlumaczyc-sie-za-partnera-standardy-bp- toura.html

https://finanse.wp.pl/koleine-problemy-firmy-zwiazanei-z-flixbusem-znow-sprzedano-biletv-na-nieistnieiace-

kursv-6334595120359041a

https://www.dziennikwschodni.pl/lublin/kupili-biletv-na-stronie-flixbus-a-autobusow-nie-bvlo-pasazerowie- kursow-z-lublina-wvstawieni-do-wiatru.n. 1000233928.html

https://kurierlubelski.pl/busv-z-lublina-bvla-kontrola-sa-karv-itd-zatrzvmala-czterv-dowodv- reiestracyine/ar/8860711

https://wiadomosci.onet.pl/troimiasto/sopot-nietrzezwv-kierowca-w-niesprawnvm-autobusie/9vqd2dl
https.7/www.polsatnews.pl/wiadomosc/2019-04-29/kolo-kielc-splonal-bus-relacii-krakow-lublin/

https://lublin.wvborcza.p1/lublin/l.48724.20971977.polski-bus-musi-tlumaczvc-sie-za-partnera-standardv-bp- toura.html

Powyższe, zdaniem Odwołującego, podaje w uzasadnioną wątpliwość prawdziwość samooceny BP Tour Sp. z o.o. w zakresie wymaganej zdolności, tj. rzetelności i należytego wykonywania wymaganych usług regularnego przewozu osób, a tym samym podważa wiarygodność oświadczenia BP Tour Sp. z o.o. z dnia 17.05.2021 r. W połączeniu z brakiem informacji dla Zamawiającego o powodach nie uzyskania przez BP Tour Sp. z o.o. referencji lub innych dokumentów sporządzonych przez innych zamawiających (podmioty trzecie), na rzecz których BP Tour Sp. z o.o. usługi wykonywała lub wykonuje oraz faktem, że wykonawca ten jako profesjonalista i uczestnik postępowań o udzielenie zamówień publicznych ma świadomość ciążącego na nim obowiązku rzetelnego, zgodnego z faktami informowania
i dokumentowania spełniania warunków Postępowania, daje to obraz świadomego
i zamierzonego działania BP Tour Sp. z o.o. (a co najmniej rażącego niedbalstwa) w celu zatajenia istotnych w Postępowaniu informacji, zmierzającego do wprowadzenia w błąd Zamawiającego co do okoliczności stanowiących o wykluczeniu lub niespełnianiu warunków udziału w Postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (w oparciu m.in. o oświadczenie BP Tour Sp. z o.o. z dnia 17.05.2021 r. Zamawiający podjął decyzję o wyborze oferty jako najkorzystniejszej). Biorąc od uwagę przedstawione powyżej fakty, w ocenie Odwołującego, naganność zachowania BP Tour Sp. z o.o. ukierunkowana na wprowadzenie Zamawiającego w błąd jest oczywista.

Odwołujący dostrzegł także istotne uchybienia dotyczące zachowania staranności ze strony Zamawiającego, który nie zweryfikował podstaw i zasadności złożenia oświadczenia BP Tour Sp. z o.o. w oparciu chociażby o publicznie dostępne informacje, nie zażądał od BP Tour Sp. z o.o. wyjaśnień co do złożonego podmiotowego środka dowodowego w oparciu o art. 128 ust. 4 ustawy Pzp i przyjął ww. oświadczenie bezkrytycznie, naruszając zasady ustawy Pzp prowadzenia Postępowania w trybie konkurencyjności i obowiązku zapewnienia traktowania równego oraz zgodnego z przepisami ustawy Pzp wszystkim wykonawcom zdolnym wykonać zamówienie, w tym także Odwołującego.

Odwołujący podał, że podjął starania uzyskania od wskazanych powyżej podmiotów trzecich, na rzecz których BP Tour Sp. z o.o. wykonywała lub wykonuje usługi o parametrach określonych przez Zamawiającego w pkt 7.2.4.1 SWZ, stosownych i istotnych dla niniejszego Postępowania informacji (z uwagi na krótki okres czasu na dzień złożenia odwołania takie informacje nie zostały jeszcze udzielone).

Odwołujący wskazał, że podanie nieprawdziwych informacji lub zatajenie informacji w zakresie zdolności winno prowadzić do wykluczenia BP Tour Sp. z o.o. z Postępowania lub co najmniej do szczegółowej weryfikacji zasadności złożenia i prawdziwości oświadczenia BP Tour
Sp. z o.o. z dnia 17.05.2021 r. W ocenie Odwołującego, weryfikacja ta doprowadziłaby do stwierdzenia faktu, że wykonawca BP Tour Sp. z o.o. nie spełnia warunku udziału
w postępowaniu, a co za tym idzie, jego oferta ostatecznie powinna zostać odrzucona.

Odwołujący wskazał, że nawet w przypadku uznania przez Izbę braku istnienia podstaw do wykluczenia BP Tour Sp. z o.o. na podstawie art. 109 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp, przedstawione powyżej oraz w załączeniu do odwołania dowody potwierdzają, w ocenie Odwołującego, fakt, że BP Tour Sp. z o.o. nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności,
o której mowa w pkt 7.2.4.1 w zw. z pkt 9.2.4 ppkt 2 drugi od góry SWZ.

1. Zdolność techniczna - tabor podstawowy

Odnośnie wymagania Zamawiającego określonego w pkt 7.2.4.2 SWZ Odwołujący stwierdził, że autobusy podstawowe, wykazane przez BP Tour Sp. z o.o. w wykazie pojazdów, dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją
o podstawie dysponowania tymi zasobami, złożonym na wezwanie Zamawiającego, nie spełniają wszystkich wymogów technicznych. Analiza dostępnej dokumentacji (m.in. na portalu aukcyjnym www.aukcje.pkoleasing.pl), w tym zamieszczonych tam zdjęć, dotyczącej parametrów technicznych wskazanych w ofercie i wykazie pojazdów BP Tour Sp. z o.o. jako tabor podstawowy wskazuje na fakt, że żaden ze wskazanych pojazdów wchodzących w skład taboru podstawowego BP Tour Sp. z o.o. nie jest wyposażony w rozwiązanie opisane
w punkcie 7.2.4.2 ppkt. 1 e: „minimum dwa wejścia, otwierane automatycznie przez kierowcę, obligatoryjnie wyposażone w możliwość samodzielnego otwierania przez pasażera („ciepłe guziki")". Dotyczy to opisanej funkcjonalności pozwalającej na samodzielnie otwieranie drzwi przez pasażera tzw. „ciepły guzik". Do takiego wniosku prowadzi wynik oględzin zdjęć pojazdów tej marki, jako że układ samodzielnego sterowania drzwiami przez pasażerów wymusza zabudowę dodatkowych, charakterystycznych przycisków na zewnątrz i wewnątrz autobusu w pobliżu drzwi, którymi powinny one sterować. Na poszyciu zewnętrznym na analizowanych zdjęciach brakuje widocznych charakterystycznych przycisków w obrębie drzwi przednich i środkowych, co świadczy o braku wyposażenia przedmiotowych autobusów
w układ pozwalający na samodzielne otwarcie drzwi przez pasażerów. Odwołujący wskazał, że powyższe braki w potencjale technicznym wykazanym przez BP Tour Sp. z o.o. w zakresie taboru podstawowego potwierdzają także dostępne ekspertyzy sporządzone przez niezależnych rzeczoznawców.

Odwołujący podniósł także, że 3 z 9 autobusów wykazanych przez BP Tour Sp. z o.o.
w wykazie pojazdów nie pozostaje faktycznie w jego dysponowaniu, albowiem są one przedmiotem aukcji internetowych prowadzonych przez ich właściciela PKO Leasing S.A.,
o czym świadczą przedłożone jako dowód nr 5 opisy i zdjęcia pojazdów zamieszczone na portalu aukcyjnym www.aukcje.pkoleasing.pl (autobusy o n-rze VIN VNE5045M20M028328, VNE5045M00M028442, VNE5045M50M028288 nr. rej. odpowiednio : WY7267J, WY7364J, WY6932J zgodnie ze złożonymi przez BP Tour Sp. z o.o. dowodami w postaci dowodów rejestracyjnych pojazdów). Odwołujący wywiódł z powyższego, że skoro BP Tour Sp. z o.o. nie włada

ww. pojazdami (są one aktualnie przedmiotem aukcji prowadzonej przez właściciela), to nimi nie dysponuje w celu realizacji zamówienia lub nawet nie dysponował na dzień złożenia informacji o podstawie dysponowania (co może wskazywać na wprowadzenie Zamawiającego w błąd).

Ponadto Odwołujący wskazał na niewyjaśnioną przez Zamawiającego ingerencję
w poświadczony przez BP Tour Sp. z o.o. za zgodność z oryginałem skan złożonego przez BP Tour Sp. z o.o. dowodu rejestracyjnego pojazdu Iveco Bus nr. rej. WY6932J, w którym wyedytowano w komputerowym programie graficznym pole dokumentu zawierające dane aktualnego właściciela w sposób sugerujący, iż to BP Tour Sp. z o.o. jest jego aktualnym właścicielem, i związaną z tym nieścisłość wynikającą z tego, iż w rubryce „Podstawa dysponowania wskazanym autobusem" w wykazie pojazdów w odniesieniu do wszystkich pojazdów marki Iveco Bus BP Tour Sp. z o.o. wskazała „Umowa leasingu", co może wskazywać na wprowadzenie Zamawiającego w błąd. BP Tour Sp. z o.o. nie określiła
w sposób prawidłowy podstawy dysponowania autobusami, tj. nie określiła podstawy dysponowania jako „zasób własny" lub „zasób podmiotu trzeciego".

6.Zdolność techniczna - tabor rezerwowy

Odwołujący podał, że w zakresie taboru rezerwowego wykonawca BP Tour Sp. z o.o. powinien wykazać dysponowanie 1-nym autobusem spełniającymi wymagania dotyczące wykonywania usług w publicznym transporcie zbiorowym, w tym warunki określone w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 31.12.2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia, w szczególności określone w ppkt 2 od a) do k), w tym rok produkcji 2010 lub nowsze.

W formularzu ofertowym BP Tour Sp. z o.o. wskazała jako pojazd rezerwowy autobus marki Mercedes Citaro oraz załączyła przedmiotowy środek dowodowy w postaci dowodu rejestracyjnego pojazdu, w którym marka, model i pojemność są zgodne z formularzem ofertowym, natomiast rozbieżność dotyczy roku produkcji pojazdu - w przedmiotowym środku dowodowym wykazano, że autobus wyprodukowano w roku 2009 (zatem niezgodnie
z wymogiem określonym w pkt 7.2.4.2 ppkt 2 b) SWZ).

W przedstawionym przez wykonawcę BP Tour Sp. z o.o., na wezwanie Zamawiającego, wykazie pojazdów (stanowiącym załącznik nr. 6 do SWZ) potwierdził on wskazanie tego samego pojazdu wchodzącego w skład taboru rezerwowego, co w formularzu ofertowym, przy czym nie zawarł w złożonym wykazie informacji o podstawie dysponowania przez wykonawcę wskazanym autobusem, co stanowi naruszenie pkt 7.2.4.2 i pkt 9.2.4 ppkt 3 SWZ. Odwołujący zauważył, że autobus ten, zgodnie ze złożonym przez BP Tour Sp. z o.o. dowodem rejestracyjnym, nie stanowi własności BP Tour Sp. z o.o., a innej osoby, a skoro tak, to brak potwierdzenia, że BP Tour Sp. z o.o. pojazdem tym dysponuje w zakresie niezbędnym do wykonania zamówienia. Zdaniem Odwołującego, brak wskazania co do podstawy dysponowania pojazdem może wskazywać na wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

Odwołujący podniósł, że powyższe okoliczności potwierdzają wyjątkowo niestaranne działanie tak BP Tour Sp. z o.o., jak też brak dbałości i czujności Zamawiającego, który jest zobowiązany do prowadzenia Postępowania w sposób zgodny z ustawą Pzp w celu wyboru oferty złożonej przez wykonawcę gwarantującego prawidłowe wykonanie zamówienia finansowanego ze środków publicznych i zapewnienie traktowania równego oraz zgodnego z przepisami ustawy Pzp wszystkim wykonawcom zdolnym wykonać zamówienie, w tym Odwołującego.

2.naruszenie art. 224 ust. 1 i art. 226 ust. 1 pkt 8 i pkt 7 ustawy Pzp

Odwołujący stwierdził, że zaoferowana przez BP Tour Sp. z o.o. cena jest rażąco niska
i niewiarygodna. W ocenie Odwołującego, zaoferowana przez BP Tour Sp. z o.o. cena nie pokrywa wszystkich wydatków związanych z realizacją zamówienia, jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień (oderwana od realiów rynkowych), jak też w relacji do warunków tego konkretnego zamówienia, tym samym nie jest możliwe prawidłowe wykonanie zamówienia za zaoferowaną przez BP Tour Sp. z o.o. cenę.

Odwołujący wskazał, że realizacja zamówienia (kalkulacja ceny) wiąże się z następującymi kosztami (rzeczywiste minimum kosztowe): (i) pełne wynagrodzenie kierowców, w tym ewentualne wynagrodzenie i dodatki za godziny nadliczbowe wraz z obciążeniami wynikającymi z powszechnie obowiązujących przepisów, (ii) koszty eksploatacji, w tym koszty paliwa, olejów, ogumienia, części zamiennych, pozostałych materiałów, napraw i przeglądów, koszty ochrony środowiska, mycie i parkowanie pojazdów, ewentualne usługi obce oraz (iii) koszty techniczne, w tym koszty ubezpieczenia (OC, NW), podatek drogowy i ewentualna amortyzacja.

a)Suma istotnych składowych ceny

BP Tour Sp. z o.o. zaoferował stawkę brutto w wysokości 5,97 zł./1wzkm. Suma istotnych składowych ceny stanowi wartość równą zaoferowanej przez BP Tour Sp. z o.o. stawce 5,97 zł brutto (0,72 + 0,71 + 2,54 + 2,00)/1wzkm, co oznacza, że BP Tour Sp. z o.o. nie przewidziała zysku oraz rezerwy na inne pozostałe koszty, które musi ponieść w związku z realizacją zamówienia.

W formularzu ofertowym wykonawca winien był podać cenę zawierającą stawkę brutto oraz wartość składowych tej ceny.

Poniżej fragment z oferty BP Tour Sp. z o.o.:

„za cenę za 1 wozokilometr 5,97 zł, zawierającą wszystkie koszty, związane z realizacją przedmiotu zamówienia, w tym składowe:

1)wartość paliwa w cenie 1 wzkm 0,72 zł;

2)koszt, eksploatacji pojazdów wykorzystywanych do wykonania usługi w szczególności: naprawy, obsługi, utrzymania, ubezpieczeń w cenie 1 wzkm 0,71 zł;

3)koszt wynagrodzeń osób bezpośrednio zaangażowanych w wykonanie usługi na podstawie umowy o pracę w cenie 1 wzkm 2,54 zł;

4)koszt amortyzacji pojazdów wykorzystywanych do wykonania usługi w cenie 1 wzkm 2,00 zł;"

Dla porównania tak przedstawia się oferta Odwołującego wraz ze składnikami ceny:

za cenę za 1 wozokilometr 6,19 zł brutto, zawierającą wszystkie koszty, związane z realizacją przedmiotu zamówienia, w tym składowe:

1)wartość paliwa w cenie 1 wzkm 0,87 zł brutto;

2)koszt eksploatacji pojazdów wykorzystywanych do wykonania usługi w szczególności: naprawy, obsługi, utrzymania, ubezpieczeń w cenie 1 wzkm 0,76 zł brutto;

3)koszt wynagrodzeń osób bezpośrednio zaangażowanych w wykonanie usługi na podstawie umowy o pracę w cenie 1 wzkm 2,34 zł brutto;

4)koszt amortyzacji pojazdów wykorzystywanych do wykonania usługi w cenie 1 wzkm 1,58 zł brutto;

Suma składowych Odwołującego wynosi: 0,87+0,76+2,34+1,58 = 5,55 zł brutto. To oznacza, że Odwołujący przeznaczył na marżę i ewentualne nieprzewidziane wydatki 0,64 zł brutto (6,19 zł - 5,55 zł),

b)koszty paliwa

Porównując koszty paliwa, Odwołujący założył wyższą wartość na koszty paliwa, mimo, że autobusy oferowane przez Odwołującego są mniejsze (o mniejszej pojemności i długości pojazdu) oraz posiadają skrzynię manualną, co ma wpływ na ilość zużytego paliwa podczas eksploatacji pojazdu.

ZAZ A08 - długość 8,06 metrów, pojemność 61 miejsc

Iveco Bus - długość 10,8 metra, pojemność 94 miejsca.

Odwołujący wskazał na dowód nr 6 w postaci potwierdzenia wysokości spalania zaoferowanego autobusu ZAZ A08, którego spalanie według producenta wynosi średnio 15 litrów /100 km. Odwołujący doliczył 12% większe zużycie ze względu na ciężar linii, trudne warunki drogowe (korki) w mieście Mińsk Maz. oraz podwyższone spalanie na poczet używania klimatyzacji w okresie wiosenno-letnim.

Zdaniem Odwołującego, wartość zaoferowana przez BP Tour Sp. z o.o. w pozycji: wartość paliwa w cenie 1 wzkm jest rażąco zaniżona. Zgodnie z wyliczeniami Odwołującego, biorąc pod uwagę poniżej przedstawione argumenty, stawka za paliwo/1 wzkm powinna wynosić 1,26 zł brutto. To rażące niedoszacowanie - różnica wynosi 0,54 zł (1,26zł-0,72zł). Odwołujący stwierdził, mając na uwadze wskazane rażące niedoszacowanie wartości paliwa BP Tour Sp. z o.o., że wykonawca ten powinien zaoferować stawkę 6,51 zł brutto/1 wzkm.

c)koszty eksploatacji pojazdów, koszty wynagrodzeń osób oraz koszty amortyzacji

W ocenie Odwołującego, wartości podane przez BP Tour Sp. z o.o. w formularzu ofertowym w pozycji: koszt eksploatacji pojazdów, koszt wynagrodzeń osób oraz koszt amortyzacji są skalkulowane niestarannie.

Odwołujący założył wyższe koszty eksploatacyjne, pomimo, że oferuje pojazdy wyprodukowane w 2020 i 2021 r., takie pojazdy nie są jeszcze wyeksploatowane i nie wymagają tak dużych nakładów, jak pojazdy z 2016 r. zaoferowane przez BP Tour Sp. z o.o. Zdaniem Odwołującego, stawka oszacowana na koszty eksploatacyjne przez BP Tour Sp. z o.o. jest zaniżona. Odwołujący stwierdził, że BP Tour Sp. z o.o. zaniżyła te koszty, w szczególności biorąc pod uwagę koszty zakupu części, co może przejawiać się w tym, że BP Tour Sp. z o.o. oszczędza na naprawach pojazdów, co może prowadzić do wykonywania usług pojazdami niesprawnymi technicznie. Wykonawca BP Tour Sp. z o.o. przewidział koszt na poziomie stawki 0,71 zł brutto, na który musi złożyć się koszty naprawy, obsługi, utrzymania, ubezpieczeń. Sam koszt części zamiennych wraz z kosztem zużycia ogumienia przy pięcioletnich pojazdach używanych to około 0,40 zł brutto, do tego należy doliczyć ubezpieczenie pojazdów i podatek od środków transportu to daje około 0,09 zł. Na tą kwotę również powinny składać się koszty mycia i sprzątania pojazdów, koszty przeglądów klimatyzacji, koszty utrzymania systemów elektronicznych, na co wykonawca BP Tour Sp. z o.o. powinien zarezerwować około 0,06 zł. Biorąc pod uwagę powyższe, jak wskazał Odwołujący, BP Tour Sp. z o.o. zostaje składowa 0,16 zł na wynajęcie lub zakup placu postojowego, utrzymania zaplecza technicznego itp. , co według Odwołującego nie jest realnie możliwe.

Koszt wynagrodzeń osób bezpośrednio zaangażowanych w realizację przedmiotu zamówienia na podstawie umowy o pracę zaproponowany przez BP Tour Sp. z o.o. to 2,54 zł. PKS Grodzisk oszacował ten koszt na 2,34 zł., przy czym Odwołujący posiada bazę w Warszawie w odległości około 40 km od Mińska Mazowieckiego. Jest to w pełni wyposażona, działająca Baza transportowa wraz z szerokim zapleczem technicznym oraz obsługą dyspozytorską i techniczną. Dzięki temu koszty Odwołującego są niższe. Odwołujący oświadczył, że zna wymagania płacowe kierowców, posiada doświadczenie w obsłudze także Zamawiającego oraz zatrudnia kierowców miejscowych. W ocenie Odwołującego, wykonawca BP Tour Sp. z o.o. nie posiada bazy transportowej/ siedziby w okolicy Mińska Mazowieckiego, a zgodnie z najlepszą wiedzą Odwołującego, najbliższa siedziba BP Tour Sp. z o.o. znajduje się w Lublinie. W związku z tym, wykonawca BP Tour Sp. z o.o. jest zmuszony ponieść większe nakłady finansowe na zorganizowanie zaplecza technicznego i znalezienie lub przeniesienie pracowników.

BP Tour Sp. z o.o. oszacował amortyzację w wysokości 2,00 zł brutto. Cena rynkowa autobusów używanych wyprodukowanych w 2016 r. wynosi około 370 000 zł netto. 9 x 370 000 = 3 330 000 zł + wartość pojazdu rezerwowego około 100 000 zł. Okres amortyzacji autobusu używanego już przez około 5 lat jest znacznie krótszy, niż autobusu wyprodukowanego w latach 2020-2021 r. Odwołujący zakłada, że BP Tour Sp. z o.o. zamierza eksploatować pojazdy dłużej, niż po zakończeniu kontraktu, stąd podana stawka 2,00 zł brutto. Kwota 3 340 000 zł do zamortyzowania przez 2,5 roku trwania kontraktu to 3,20 zł brutto. Odwołujący wskazał, że prawdopodobnie wykonawca BP Tour Sp. z o.o. założył dłuższy okres amortyzacji autobusu już używanego przez 5 lat na kolejne około 4 lata. Odwołujący podał w wątpliwość amortyzację pojazdu przez okres 9 lat. Odwołujący podkreślił, że wykonawca BP Tour Sp. z o.o. nie dokonał starannej kalkulacji stawki, a wartości podane jako istotne składowe ceny w formularzu ofertowym w pozycjach: koszt eksploatacji pojazdów, koszt wynagrodzeń osób oraz koszt amortyzacji są zaniżone lub co najmniej na granicy opłacalności. Biorąc pod uwagę potężne rażące niedoszacowanie wartości składowej paliwa, w ocenie Odwołującego, brak możliwości przesuwania wysokości składowych stawek BP Tour Sp. z o.o. na pokrycie niedoszacowania przez BP Tour Sp. z o.o. wartości paliwa.

d)niewłaściwie skalkulowane zużycie paliwa autobusów

W formularzu ofertowym wykonawca BP Tour Sp. z o.o. wskazał następujące składowe w swojej kalkulacji kosztów realizacji kontraktu:

Wartość paliwa w cenie 1 wzkm = 0,72 zł brutto

Cena oleju napędowego (ON) za litr = 4,92 zł brutto

Do obliczenia średniego spalania na 100 km należy użyć następującego wzoru:

(koszt przejechania 1 kilometra / cena za 1 litr paliwa) * 100 = średnie spalanie na 100 km

Przy wyliczeniu średniego spalania na podstawie przedłożonych w formularzu ofertowym BP Tour Sp. z o.o. danych, wynik średniego spalania wynosi 14,63 l/100 km.

Zdaniem Odwołującego tak niski wynik jest skutkiem zaniżonej wartości podanej w formularzu ofertowym składowej stawki zużycia paliwa w zł na km.

Jak podał Odwołujący, do kalkulacji ofertowych przyjmuje się odmienny sposób obliczania ceny brutto za paliwo, gdzie od ceny zakupu określonej ilości paliwa odlicza się w pełni podatek VAT od towaru (paliwa) w stawce 23%, jako że pojazdy spełniają kryteria ustawowe dotyczące ich wykorzystywania wyłącznie do celów prowadzonej działalności gospodarczej. W kalkulacjach uwzględnia się jedynie opodatkowanie stawką 8% VAT należną za wykonanie usługi transportowej.

W przypadku, gdy wykonawca BP Tour Sp. z o.o. wyliczył składowe uwzględniając stawkę 8% VAT od usługi transportowej, czyli podanej wartości paliwa w cenie 1 wzkm brutto, zaś do ceny oleju napędowego brutto została doliczona stawka 23% VAT, należy obliczyć średnie spalanie pojazdu bazując na kwotach netto, które zostają wyliczone w przyjętych powyżej kryteriach:

Wartość paliwa w cenie 1 wzkm netto + 8% VAT

Cena oleju napędowego za litr + 23% VAT

Po przeliczeniu na kwoty netto, składowe prezentują się następująco:

Wartość paliwa w cenie 1 wzkm netto = 0,66 zł

Cena oleju napędowego za litr netto = 4 zł

Na bazie takich danych średnie spalanie będzie wynosić: 16,5 litra na 100 km.

W dalszej części argumentacji Odwołujący odniósł się wyłącznie do wartości średniego spalania w wysokości 16,5 litra na 100 km z uwagi na fakt, że taka kalkulacja najlepiej odzwierciedla prawdziwe intencje wykonywanych przeliczeń ofertowych złożonych przez BP Tour Sp. z o.o.

W ocenie Odwołującego, wskazana norma średniego spalania jest rażąco zaniżona i w żaden sposób nie odzwierciedla rzeczywistych wartości zużycia paliwa.

Jako dowód Odwołujący wskazał na własne doświadczenie związane z eksploatacją tożsamego pojazdu marki IVECO model CROSSWAY LOW ENTRY spełniającego normę EURO VI, wyprodukowanego w roku 2015 dysponującego silnikiem o tej samej pojemności oraz mocy. Eksploatowany przez Odwołującego egzemplarz w latach 2015 - 2018 wyróżnia od zaoferowanych modeli autobusów IVECO CROSSWAY zastosowany układ przeniesienia napędu - skrzynia manualna wobec przedstawionych przez BP Tour Sp. z o.o. autobusów wyposażonych w przekładnie automatyczne oraz niewielkie różnice w osprzęcie silnika, co ma wpływ na niższe spalanie.

W przekonaniu Odwołującego, spalanie pojazdów Iveco Bus zaproponowanych przez BP Tour Sp. z o.o. wyposażonych w automatyczną skrzynię biegów będzie wyższe o około 2-3 litry na 100 km niż spalanie pojazdów wyposażonych w skrzynię manulaną.

Autobusem eksploatowanym przez Odwołującego był autobus o numerze nadwozia VNE5045M00M021975.

W ciągu 40 miesięcy użytkowania w latach 2015 - 2018 ww. autobus zużył 88 887,16 litrów oleju napędowego i przejechał 340 334,59 km. Daje to wynik średniego spalania w wartości 26,12 litrów na 100 km.

Odwołujący stwierdził, że dane wynikające z dowodów nr 7 i nr 8 pozwalają na oszacowanie właściwego średniego zużycia na poziomie 27,42 litrów na 100 km bazując na danych z 19 miesięcy w latach 2019 -2021.

Ww. pojazdy w większości wykonywały prace przewozowe w cyklach podmiejskich w odróżnieniu od charakterystyki miejskiej (do której należy przyjąć komunikację w obszarze miasta Mińsk Mazowiecki), która znacząco różni się średnimi uzyskiwanymi prędkościami na godzinę oraz obciążeniami układu napędowego poprzez częste spowalnianie i przyspieszanie.

Chcąc prawidłowo wyliczyć wskaźnik, który będzie stanowił podstawę do korekty przyjętych norm na trasach podmiejskich dopasowując wartość średniego spalania do charakterystyki miasta Mińsk Mazowiecki Odwołujący posłuży się własnymi doświadczeniami, jako że od ponad dwóch lat obsługuje jako członek konsorcjum część zadań przewozowych w tym mieście.

Do porównania Odwołujący użył eksploatowanych w Mińsku Mazowieckim autobusów marki ZAZ A10C oraz tożsamych wykonujących prace na liniach podmiejskich:

Za wzorzec przyjmujemy okres 12 miesięcy w roku 2019 i średnie spalanie dwóch autobusów w ramach tej samej grupy (Mińsk Mazowiecki oraz strefy podmiejskie):

Mińsk Mazowiecki:

Autobus 1:

Model, marka: ZAZ A10C

Pojemność silnika: 4764 cm^3

Norma Euro: Euro V

Rok produkcji: 2015
Nr. VIN: Y6DA10C34G0000016
Autobus 2:
Model, marka: ZAZ A10C
Pojemność silnika: 4764 cm³
Norma Euro: Euro V
Rok produkcji: 2015
Nr. VIN: Y6DA10C34G0000017
Linie podmiejskie:
Autobus 3:
Model, marka: ZAZ ATOC
Pojemność silnika: 4764 cm³
Norma Euro: Euro V
Rok produkcji: 2015
Nr. VIN: Y6DA10C34G0000012
Autobus 4:
Model, marka: ZAZ A10C
Pojemność silnika: 4764 cm³
Norma Euro: Euro V
Rok produkcji: 2015
Nr. VIN: Y6DA10C34G0000009
Statystki zużytego paliwa oraz przejechanych kilometrów:
Mińsk Mazowiecki:
Autobus 1:
Zużytego paliwa: 18 110,95 litrów
Przejechanych kilometrów: 66 006,24 km
Średnie spalanie na 100 km: 27,44 l/100km
Autobus 2:
Zużytego paliwa: 18 728,54 litrów
Przejechanych kilometrów: 68 278,50 km
Średnie spalanie na 100 km: 27,43 l/100km
Linie podmiejskie:
Autobus 3:
Zużytego paliwa: 20 054,90 litrów
Przejechanych kilometrów: 78 207,34 km
Średnie spalanie na 100 km: 25,64 l/100km
Autobus 4:
Zużytego paliwa: 13 984,77 litrów
Przejechanych kilometrów: 60 719,51 km
Średnie spalanie na 100 km: 23,03 l/100km
Suma zużytego paliwa i przejechanych kilometrów:
Autobus 1 + 2 (Mińsk Mazowiecki):
Zużytego paliwa: 36 839,49 litrów
Przejechanych kilometrów: 134 284,74 km
Średnie spalanie na 100 km: 27,43 l/100km
Autobus 3 + 4 (Linie podmiejskie):
Zużytego paliwa: 34 039,67 litrów
Przejechanych kilometrów: 138 926,85 km
Średnie spalanie na 100 km: 24,50 l/100km
Odwołujący stwierdził, że z powyższego wynika, że w przeliczeniu norm pomiędzy ruchem podmiejskim a miejskim dla takiego samego typu taboru należy uwzględnić zwiększenie zużycia paliwa o ok. 12% w ruchu miejskim.

W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, należy doliczyć do przedstawionego powyżej deklarowanego średniego spalania autobusu IVECO CROSSWAY 12% dodatkowego zużycia, co powoduje zwiększenie tej wartości z: 26,12 l/100km do 29,251/100 km, co dobitnie potwierdza, w przekonaniu Odwołującego, niedoszacowanie oferty przedstawionej przez wykonawcę BP Tour Sp. z o.o. o co najmniej (cena za wykonanie całego przedmiotu zamówienia) 608 848,49 zł brutto (przy stawce 8% VAT).

W ocenie Odwołującego, ze względu na okoliczność, że istotne składowe ceny/1wzkm zaoferowanej przez BP Tour Sp. z o.o. prosto sumują się do finalnej ceny 5,97 zł. za wzkm, nie pozostawia to żadnego dodatkowego przychodu dla BP Tour Sp. z o.o., co skutkuje uznaniem, że koszty BP Tour Sp. z o.o. będą wyższe aniżeli zaoferowana cena 5,97 zł./1 wzkm o przynajmniej 0,54 zł (stawka wzrośnie do 6,51 zł, co wynika z powyższych kalkulacji), co w konsekwencji stanowi podstawę do odrzucenia oferty BP Tour Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego, przedstawione okoliczności, a w szczególności proste sumowanie istotnych (ale nie wszystkich) składowych ceny, powinny budzić wątpliwości Zamawiającego, który powinien wezwać BP Tour Sp. z o.o. do wyjaśnienia i złożenia dowodów, jakie czynniki umożliwiły BP Tour Sp. z o.o. obniżenie kosztów, dzięki czemu cena oferowana została obniżona. Taką możliwość daje Zamawiającemu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził, że ocena działania wykonawcy BP Tour Sp. z o.o. pozwala uznać, że wykonawca ten zaoferował wykonanie usługi poniżej kosztów niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia, a zaoferowana przez niego cena usługi stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający, w myśl art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, na utrudnianiu innym wykonawcom dostępu do zamówienia przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca BP Tour Sp. z o.o., zaś po stronie Odwołującego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: K. Sp. z o.o. Sp. k. i Jutrans Sp. z o.o.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia część zarzutów zawartych w pkt 1, 2, 3 i 7 odwołania i w tej części wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego. W pozostałej części, tj. zarzutów zawartych w pkt 4, 5 i 6 odwołania Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący BP Tour Sp. z o.o. nie zgłosił sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w ww. części.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron i uczestników postępowania złożonych pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozstrzygając przedmiotowy spór Izba miała na uwadze, że zgodnie z art. 537 ustawy Pzp, ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest uczestnikiem postępowania odwoławczego, lub na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego.
W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym ciężar dowodzenia spoczywał zatem na przystępującym BP Tour Sp. z o.o., który nie udźwignął tego ciężaru. BP. Tour Sp. z o.o. nie podjęła inicjatywy dowodowej, wykonawca ten ograniczył się jedynie do wskazania na cenę, za którą obecnie jest realizowana umowa na rzecz Zamawiającego oraz na brak zaistnienia ustawowych przesłanek do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Analogiczną argumentację przedstawił Zamawiający.

Zważyć należy, że ustawodawca w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp pozostawił zamawiającemu ocenę zaistnienia podstaw do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wyliczenia ceny. Zamawiający powinien zatem wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny w sytuacji, gdy zaistnieją wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

W ocenie Izby, aktywność dowodowa Odwołującego wykazała, że Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości co do sposobu wyliczenia ceny przez BP Tour Sp. z o.o.,
a co za tym idzie, Zamawiający zobowiązany był wezwać BP Tour Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości w szczególności
w zakresie kalkulacji ceny za 1 wzkm. Dowody złożone przez Odwołującego w zakresie wysokości spalania przez pojazdy deklarowane przez BP Tour Sp. z o.o. w postaci analiz
i oświadczeń własnych Odwołującego oraz oświadczeń S. P. i Wspólnicy Sp. j.
z 27 maja 2021 r. i JI Service Sp. z o.o. z 5 kwietnia 2021 r. wskazują na zasadność wątpliwości co do prawidłowości wyliczenia ceny przez BP Tour Sp. z o.o. Jednocześnie, dowodu
w przedmiotowej sprawie nie może stanowić złożone przez Odwołującego „Wprowadzenie oraz informacja dodatkowa do sprawozdania finansowego BP Tour Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością". Izba stoi na stanowisku, że kondycja finansowa wykonawcy nie znajduje prostego przełożenia na zaoferowaną cenę i nie może świadczyć o jej nieuprawnionym zaniżeniu.

Z uwagi na powyższe, wobec braku inicjatywy dowodowej ze strony BP Tour Sp. z o.o., do której wykonawca ten był zobowiązany, Izba uwzględniła zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz poprzez wybór oferty BP Tour Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Nie potwierdził się zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BP Tour Sp. z o.o., pomimo że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
W orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, że przed podjęciem czynności odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie dokonanej kalkulacji i czynników mających na nią wpływ. Wobec zaniechania przez Zamawiającego dokonania takiego wezwania, przedmiotowy zarzut Izba uznała za przedwczesny.

Odwołujący nie wykazał zasadności zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BP Tour Sp. z o.o., pomimo iż złożenie oferty przez BP Tour Sp. z o.o. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na utrudnianie dostępu do zamówienia. Odwołujący oparł przedmiotowy zarzut jedynie na argumentacji o zaniżeniu ceny przez BP Tour Sp. z o.o. Dla zasadności takiego zarzutu niezbędne jest jednak wykazanie przesłanek z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. m.in. wykazanie, że działanie wykonawcy nie stanowi naturalnej konkurencji, a ma na celu eliminację innych przedsiębiorców z rynku. Odwołujący nie przeprowadził dowodu w przedmiotowym zakresie.

W pozostałym zakresie Izba na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp umorzyła postępowanie wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów i braku sprzeciwu BP Tour Sp. z o.o.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1, § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie").

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy nPzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie
z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych (pkt 2 lit. b).

Jak stanowi § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części. Zgodnie z ust. 3 tego przepisu, w takim przypadku Izba rozdziela 1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła; 2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw.

W świetle powyższych regulacji, Izba rozdzieliła koszty postępowania stosunkowo, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła, przy czym na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp do liczby zarzutów Izba nie wliczyła zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego wobec braku sprzeciwu BP Tour Sp. z o.o. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku 1/3 (zarzut nr 4) i bezzasadne w pozostałej części (zarzuty nr 5 i 6). Kosztami postępowania obciążono zatem Zamawiającego w części 1/3 i Odwołującego w części 2/3. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000 zł (zgodnie z § 5 pkt 1 rozporządzenia), koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł oraz koszty poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł (zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia) - łącznie 22 200,00 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18 600 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 14 800,00 zł (22 200,00 zł x 2/3). Różnica pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku, wynosiła zatem 3 800,00 zł.

Przewodniczący:……..