

Sygn. akt: KIO 2215/21

**WYROK**  
**z dnia 3 września 2021 roku**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Irmina Pawlik**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 sierpnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lipca 2021 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Przemyśle w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna z siedzibą w Belchatowie przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Leśnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Leśnej zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Leśnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Leśnej jako zawierającej rażąco niską cenę i nakazuje zamawiającemu PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna z siedzibą w Belchatowie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Leśnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Leśnej na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych;
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna z siedzibą w Belchatowie w części 2/3 i odwołującego Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Przemyśle w części 1/3 i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
  - 3.2. zasądza od zamawiającego PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna z siedzibą w Belchatowie na rzecz odwołującego Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Przemyśle kwotę 12 400 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy czterysta złotych zero groszy) tytułem zwrotu należnej części uzasadnionych kosztów postępowania poniesionych przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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 2215/21

**Uzasadnienie**

Zamawiający PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna z siedzibą w Belchatowie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług w zakresie grupowego przewozu osób do pracy i z pracy na rzecz PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Turów” rfr ref. POST/GEK/GEK/PME-ELT/00347/2021). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 9 kwietnia 2021 r. pod numerem 2021/S 069-176951. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 26 lipca 2021 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Przemyśle (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie w ww. postępowaniu wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ww. postępowaniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PKS w Leśnej, mimo że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę PKS w Leśnej i uznanie, że wykonawca wykazał w wyjaśnieniach, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska - a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy - mimo, że wykonawca ten nie sprostął ciężarowi wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny a nawet jego wyjaśnienia - przez swoją ogólnikowość, brak dowodów oraz przyjęcie nierealnych założeń - potwierdziły, że zaoferował on rażąco niską cenę;
3. art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PKS w Leśnej, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny, co wynika z treści złożonych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny;
4. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy PKS w Leśnej jako najkorzystniejszej w postępowaniu, która to oferta powinna zostać odrzucona oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, pomimo że po wezwaniu do wyjaśnień i odrzuceniu oferty wykonawcy PKS w Leśnej - jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia - oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 15.07.2021 r., powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty wykonawcy PKS w Leśnej, dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w wyniku ponownego badania i oceny

ofert.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał, iż cena wykonawcy PKS w Leśnej w wysokości 8.760.137,68 zł ma charakter ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Za taką cenę żaden z wykonawców nie byłby w stanie zrealizować przedmiotowego zamówienia zgodnie z jego zakresem i warunkami jego wykonania określonymi w Opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SWZ) oraz Specyfikacji przewozów (załącznik nr 8 do SWZ). W ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawca nie wykazał, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Wyjaśnienia były ogólnikowe, ich treść nie odzwierciedla zakresu przedmiotowego zamówienia, a założenia wykonawcy co do wysokości poszczególnych kosztów nie zostały w żaden sposób potwierdzone. Mimo wyraźnego żądania przez Zamawiającego przedstawienia dowodów na poparcie założeń kosztowych wykonawca nie przedstawił żadnego dowodu, który potwierdzałby realność przyjętych stawek. W tych okolicznościach Zamawiający niezasadnie uznał, że złożone wyjaśnienia wykazały, iż cena oferty PKS w Leśnej nie jest rażąco niska. Odwołujący podkreślił, że brak przedłożenia jakichkolwiek dowodów potwierdza wręcz nieprawidłowość wyjaśnień oraz nierealność ceny. Przedstawienie dowodów na potwierdzenie wyliczenia jawi się jako kluczowy element wyjaśnień. Wszczęcie procedury wyjaśniającej w oparciu o art. 224 ust. 1 ustawy Pzp kreuje domniemanie wystąpienia w ofercie badanego wykonawcy rażąco niskiej ceny. Zaistnienie takiego domniemanie skutkuje przerzuceniem ciężaru dowodzenia na wykonawcę, co jednoznacznie wynika z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Istotą „wykazania” jest nie tylko szczegółowe opisanie sposobu kalkulacji, lecz także przedstawienie materiału dowodowego, który potwierdziłby, że stawki przyjęte do wyliczenia ceny mają uzasadnienie. Dowody na potwierdzenie przyjętych założeń kosztowych powinny zostać przez wykonawcę wskazane już w pierwszych wyjaśnieniach, jest to tym bardziej istotne, że sam Zamawiający wyartykułował w wezwaniu żądanie złożenia dowodów. Odwołujący zauważył ponadto, że w treści wyjaśnień wykonawca wskazywał na takie okoliczności, które wymagały przedstawienia dowodów - w szczególności mowa tu o potwierdzeniu wysokości wynagrodzeń kierowców (brak umów o pracę, brak zaświadczenia z ZUS o poziomie zatrudnienia), potwierdzeniu wysokości ceny paliwa (brak faktur na zakup paliwa), potwierdzeniu parametru spalania paliwa (brak zaświadczeń o normach spalania) potwierdzenie kosztów dysponowania pojazdami (brak umów najmu). Odwołujący podniósł, iż w orzecznictwie KIO wskazuje się, że w takich okolicznościach złożenie dowodów do wyjaśnień jest obowiązkiem wykonawcy, którego zaniechanie powinno skutkować uznaniem wyjaśnień za niekompletnych i nieuzasadniających przyjętej ceny. Wskazano w tym zakresie na wyroki Izby z dnia 29 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 596/16 oraz z dnia 17 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 992/19. W ocenie Odwołującego wyjaśnienia PKS w Leśnicy nie wykazują w żaden sposób przyjęcia przez wykonawcę założeń adekwatnych do zakresu przedmiotu zamówienia oraz nie zawierają żadnych dowodów, co świadczy również o tym, że są one nieadekwatne do wezwania, w którym Zamawiający wyraźnie żądał przedłożenia dowodów. Odwołujący wskazał na wyrok Izby z dnia 27 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 1048/19. Podkreślił, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny powinny przekonywać Zamawiającego co do zasadności przyjętej przez wykonawcę ceny, a przy tym jednoznacznie potwierdzać, że wykonawca uwzględnił w wycenie wszystkie aspekty zamówienia. Tymczasem złożone przez wykonawcę PKS w Leśnej wyjaśnienia są oparte o nieprawidłowe założenia, mają lakoniczny charakter i w istocie wprowadzają wręcz wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia za wskazaną cenę. W tych okolicznościach zdaniem Odwołującego treść wyjaśnień nie pozwalała na uznanie ich za wystarczających do potwierdzenia, że oferta PKS w Leśnicy nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia wręcz potwierdziły, że wykonawca przyjął nierealne założenia zarówno co do wysokości kosztów jak i sposobu wykonania zamówienia. Wobec powyższego obowiązkiem Zamawiającego było odrzucenie ofert wykonawcy jako zawierającą rażąco niską cenę oraz w związku ze złożeniem przez wykonawcę wyjaśnień, które nie uzasadniały podanej w ofercie ceny.

Odnosząc się do poszczególnych założeń i kosztów wykonywania zamówienia Odwołujący w pierwszej kolejności wskazał na liczbę kierowców realizujących przejazdy. Podniósł, iż największy wpływ na wycenę zamówienia mają koszty wynagrodzenia kierowców. W tym zakresie istotnym jest przyjęcie prawidłowej liczby kierowców, którzy będą realizowali przedmiotowe zamówienie – tak, aby z jednej strony zabezpieczyć w pełni wszystkie wymagane przejazdy, a z drugiej zagwarantować czas pracy kierowców - nieprzekraczający norm określonych w prawie pracy. Jako, że Zamawiający nie określił wymaganej liczby kierowców, to na wykonawcach spoczywał obowiązek prawidłowego oszacowania tej liczby w oparciu o udostępnioną przez Zamawiającego Specyfikę przejazdów (załącznik nr 8 do SWZ), która zawiera szczegółowe dane w zakresie ilości kursów i godzin, w których mają się odbywać oraz długości tras. Uwzględniając ww. dane oraz normy czasu pracy kierowców wykonawca będzie musiał zaangażować do realizowania zamówienia co najmniej 35 kierowców. Tymczasem wykonawca PKS w Leśnej wskazał, że zamierza skierować do realizacji zamówienia zaledwie 27 kierowców, przy czym takie założenie nie zostało poparte żadnymi dowodami. Wykonawca nie przedstawił harmonogramu czasu pracy kierowców z uwzględnieniem wymogów w zakresie długości tras, godzin, w których odbywają się kursy, liczby zmian pracowników dowożonych, tj. tych wymogów, które mają kluczowe znaczenie dla wyliczenia czasu kierowców, a w konsekwencji liczby kierowców. Odwołujący zaznaczył, że przedmiotem zamówienia jest zapewnienie transportu pracowników na 22 liniach. W zależności od linii, pierwsze przewozy odbywają się o godz. 5:10, a ostatnie mają miejsce po godz. 22:20. Przewozy odbywają się 7 dni w tygodniu. Na każdej z linii należy zagwarantować co najmniej jednego kierowcę, przy czym na liniach najbardziej obciążonych, aby spełnić normy czasu pracy, konieczne jest zaangażowanie co najmniej dwóch kierowców. Dodatkowo na 6 spośród wszystkich linii odbywa się dowóz pracowników pracujących w trybie 3-zmianowym co oznacza, że na tych liniach, aby spełnić normy czasu pracy, wymagane będzie zaangażowanie od 2 do 3 kierowców. Szczegółowa analiza specyfikacji przewozów oraz zapewnienie norm czasu pracy kierowcom prowadzi do wniosku, że liczba 27 kierowców, jest zbyt mała, aby zagwarantować prawidłowe realizowanie usługi zgodnie z przepisami dotyczącymi czasu pracy kierowców. Biorąc pod uwagę warunki wykonywania zamówienia oraz obowiązujące regulacje prawne w zakresie czasu pracy kierowców minimalna liczba kierowców wykonujących zamówienie wynosi 35. W załączeniu Odwołujący przedstawił harmonogram czasu pracy kierowców sporządzony w oparciu o Specyfikację przejazdów i uwzględniający normy czasu pracy wynikające z ustawy o czasie pracy kierowców. Wobec powyższego założenia co do zatrudnienia zaledwie 27 kierowców należy uznać za nierealne, niegwarantujące prawidłowego wykonania zamówienia. W konsekwencji wyliczenie kosztów pracy zostało znacznie zaniżone. Wykonawca przedstawił w wyjaśnieniach następujące wyliczenie kosztów wynagrodzeń kierowców: 27 (pełny etat) x 3 614,40 zł x 24 miesiące 2 342 131,20 zł. Gdyby wykonawca uwzględnił prawidłową - minimalną liczbę kierowców, ten koszt wzrósłby o blisko 700 000,00 zł: 35 (pełny etat) x 3 614,40

zł x 24 miesiące 3 036 096,00 zł.

Następnie Odwołujący wskazał na koszt wynagrodzeń kierowców. Jego zdaniem przyjęta przez PKS w Leśnej wysokość wynagrodzenia kierowcy 3 614,40 zł jest wątpliwa. Jak wynika z ogólnodostępnych danych i raportów sporządzonych przez podmioty prowadzące działalność w branży zasobów ludzkich wynika, że mediana płacy na stanowisku kierowcy autobusu kształtuje się na poziomie 2908,00 zł netto, tj. 4000,00 zł brutto. Przyjęta przez wykonawcę PKS w Leśnej stawka to całkowity koszt pracodawcy związany z zatrudnieniem pracownika. Przy kwocie w wysokości 3 614,40 zł - koszty pracodawcy wynagrodzenie brutto wyniesie 3 000,00 zł, a netto 2 202,72 zł. Takie stawki wynagrodzenia dla kierowców nie są stawkami rynkowymi. Gdyby przyjęć, średnie koszty pracownicze na poziomie 4000 zł, przy minimalnym poziomie zatrudnienia wynoszącym 35 kierowców same koszty związane z wynagrodzeniem kierowców wyniosą 3 360 000,00 zł, czyli ponad 1 000 000,00 zł więcej niż założył PKS w Leśnej.

Dalej wskazano na pozostałe koszty pracownicze. Zdaniem Odwołującego wykonawca nie uwzględnił kosztu zatrudnienia kierowców rezerwowych - w przypadku urlopów i niezdolności do pracy z powodu choroby kierowców podstawowych. Uwzględnienie tych kosztów jest konieczne, bowiem w tak licznej grupie pracowników nie sposób uniknąć konieczności zorganizowania zastępstw chociażby z powodu chorób oraz urlopów, które przysługują każdemu z kierowców w wymiarze określonym w kodeksie pracy. Przy liczbie kierowców wymaganych do realizacji zamówienia tj. co najmniej 35, wykonawca powinien przewidzieć zatrudnienie co najmniej dwóch kierowców rezerwowych do realizowania przejazdów pod nieobecność kierowców podstawowych, związaną ze zwolnieniami czy urlopami. Ponadto wykonawca nie uwzględnił kosztów związanych z obowiązkiem przeprowadzenia szkoleń kierowców w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy.

Odwołujący zauważył także, że PKS w Leśnej wycenił koszty zakupu paliwa na 1 234 679,60 zł netto. Podstawą wyliczenia było przyjęcie spalania na poziomie 0,251/km oraz ceny II paliwa w wysokości 4,40 zł. Obydwa z tych założeń nie znalazły żadnego potwierdzenia - wykonawca nie złożył żadnego dowodu, który potwierdziłby, że pojazdy którymi dysponuje osiągają ww. parametr spalania oraz że dokonuje zakupu paliwa po ww. cenie za litr. Założenia te należy traktować jako nierealne. Odwołujący podniósł, że wykonawca wskazuje na dysponowanie 29 pojazdami różnych marek (SETRA, RENAULT, MAN, MERCEDES-BENZ, KAESSBOHRER), różnych roczników produkcji (od 1994 do 2013), k posiadają różne silniki, inne konstrukcje i oczywistym jest, że każdy z tych pojazdów charakteryzuje się innym zużyciem paliwa. Wykonawca na potwierdzenie założenia w zakresie poziomu spalania nie przedłożył żadnych dowodów, np. w postaci zaświadczeń producentów pojazdów o normach spalania. Tymczasem średnia norma zużycia paliwa dla autobusu to 301 na 100 km (0,31/km), a nie tak jak przyjmuje wykonawca - 0,251/km. Założenie wykonawcy należy zatem uznać za zaniżone. Jego przyjęcie wpłynęło na zaniżenie wyliczenia kosztów zakupu paliwa. Również stawka zakupu paliwa została przez PKS w Leśnicy przyjęta na nierealnie niskim poziomie 4,40 zł za litr. Po pierwsze, uzyskanie takiej ceny za 1 litr paliwa nie zostało w żaden sposób wykazane - wykonawca nie przedstawił żadnych ofert ani faktur; po drugie oczywistym jest, że w realiach rynkowych taka cena za 1 litr paliwa nie jest możliwa do uzyskania. Średnia cena paliwa Pb95 wynosi aktualnie 5,68 zł. Przyjmując zmiany cen, ewentualne rabaty można założyć średnią cenę na poziomie 5,40 zł. Ponadto w okresie wykonywania zamówienia ceny paliw zgodnie z przewidywaniami analityków jeszcze wzrosną. Wykonawca nie przewidział wzrostu cen paliw w wyliczeniu ceny. Powyższe okoliczności wskazują, że w zakresie kosztów zakupu paliwa wykonawca przyjął nierealną wycenę, której w żaden sposób nie wykazał. Zaniżenie tego kosztu wpłynęło istotnie na wysokość zaoferowanej ceny: 5,40 zł (średnia cena paliwa) x 1 122 436 km (kilometry rozkładowe bez przejazdów pustych) x 0,3 (prawidłowa norma spalania dla autobusu) 1 818 346,32 zł. Natomiast wykonawca założył, że koszty paliwa wyniosą 1 234 679,60 zł. Powyższe oznacza, że wykonawca zaniżył przedmiotowy koszt o 583 666,72 zł. Ponadto wykonawca nie uwzględnił kosztów paliwa na tzw. przejazdy puste (przejazdy techniczne bez pasażerów).

Następnie Odwołujący wskazał na koszty amortyzacji i koszty eksploatacyjne. Podkreślił, że wykonawca nieprawidłowo postępuje się pojęciem kosztów amortyzacji pojazdów, które oznacza zmniejszenie wartości rzeczy w określonym czasie na skutek ich użytkowania. Wykonawca nie może ponosić przedmiotowych kosztów, bowiem nie jest właścicielem pojazdów. Koszty jakie ponosi wykonawca to koszty najmu i leasingu pojazdów, którymi dysponuje, a te są znacznie większe niż ewentualne koszty amortyzacji. Co istotne, wykonawca w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny nie ujął nawet kosztów najmu pojazdów, mimo że z treści wykazu pojazdów wynika, że aż 27 pojazdów wynajmuje od innych podmiotów. Wskazywane w wyjaśnieniach „koszty amortyzacji i eksploatacyjne” w wysokości 1000,00 zł na pojazd nie mogą obejmować kosztu wynajmu, ten jest bowiem znacznie wyższy. W realiach rynkowych wynajęcie jednego autobusu to koszt co najmniej 2 500,00 zł miesięcznie. Wykonawca wynajmuje 27 spośród 29 autobusów, którymi dysponuje. Zakładając minimalny koszt wynajmu jednego autobusu wynoszący 2 500,00 zł to ogólny koszt jaki wykonawca poniesie w związku z wynajmem pojazdów wyniesie 1 620 000,00 zł. Wykonawca nie uwzględnił przedmiotowego kosztu w swojej wycenie.

Odwołujący podniósł także, że koszty związane z podatkiem od środków transportu wykonawca określił na poziomie 700 zł rocznie za jeden autobus i 300 zł rocznie za bus. Tymczasem faktyczna wysokość podatku od środków transportu w miejscu siedziby wykonawcy jest ponad dwukrotnie wyższa. Odwołujący wskazał na załączoną do odwołania uchwałę Rady Miejskiej w Leśnej z dnia 29 listopada 2016 r. w sprawie określenia wysokości stawek podatku od środków transportowych, zgodnie z którą wysokość podatku od autobusów wynosi, w zależności od liczby miejsc do siedzenia poza miejscem kierowcy: mniejszej niż 22 miejsca - 1.300,00 zł; równej lub wyższej niż 22 miejsca - 1.700,00 zł. Wykonawca będzie zatem musiał zapłacić w okresie realizacji zamówienia podatek od środków transportu w wysokości 90 200,00zł, a nie tak jak wskazał w wyjaśnieniach 36 200,00 zł. Powyższe świadczy nie tylko o istotnym zaniżeniu przedmiotowego kosztu, lecz także o nierzetelności wykonawcy i braku należytej staranności przy wyjaśnianiu rażąco niskiej ceny.

Dalej Odwołujący wskazał, że PKS w Leśnej w swoim wyliczeniu w ogóle nie ujął albo ujął w nieznacznym stopniu koszty administracyjne. Zdaniem Odwołującego przy realizacji tak złożonego zamówienia, wykonywanego w okresie dwóch lat, bez wątplenia koszty te są jednymi z podstawowych. Bez przeznaczenia odpowiednich środków na zapewnienie szeroko rozumianego administrowania zamówieniem nie sposób wykonać go prawidłowo. Przede wszystkim Odwołujący wskazał na koszty koordynowania pracy kierowców. Zaangażowanie licznej grupy kierowców do realizowania przejazdów wymaga również zatrudnienia dyspozytorów kierujących kierowców do poszczególnych linii i pojazdów. Jest to konieczne do zapewnienia prawidłowej organizacji przejazdów oraz uniknięcia opóźnień i innych utrudnień. Każdy profesjonalny wykonawca działający w branży transportu osobowego ma świadomość, że sprawne i prawidłowe wykonanie usług przewozu na wielu liniach w tym samym czasie wymaga odpowiedniego skoordynowania i

zorganizowania - w tym celu konieczne jest zapewnienie personelu zajmującego się prawidłowym zorganizowaniem całościowym usługi przewozów oraz zabezpieczeniem sytuacji awaryjnych. Wykonawca PKS w Leśnej nie uwzględnił przedmiotowych kosztów w swojej wycenie. Odwołujący wskazał także na koszty obiegu dokumentów i prowadzenia księgowości - zatrudnienie licznej grupy kierowców do realizowania przejazdów wymaga również obsługi kadrowej prowadzenie dokumentacji pracowniczej, księgowości. Są to czynności, do których wykonania konieczne jest zaangażowanie pracy osób kadrowych i księgowych, ewentualnie skorzystania z usług zewnętrznego biura księgowego. Generuje to dodatkowe koszty po stronie wykonawcy, niemniej nie zostały one ujęte w wycenie PKS w Leśnej. Następnie Odwołujący wskazał na koszty prowadzenia warsztatu oraz zaplecza technicznego - użytkowanie licznej floty pojazdów wymaga zapewnienia serwisu. Jak wynika z wykazu środków transportu złożonych przez wykonawcę — średnia wieku pojazdów jakimi dysponuje wynosi ok. 20 lat, co oznacza, że pojazdy w okresie 2 lat trwania zamówienia będą z pewnością wymagały napraw. Im starszy pojazd, tym bardziej jest awaryjny i tym częściej wymaga serwisu. Ponadto każdy z pojazdów wymaga okresowej kontroli. Tymczasem wykonawca przyjął bardzo niskie koszty eksploatacji (które połączył z amortyzacją, która w jego przypadku nie wiadomo na czym miałyby polegać) na poziomie 1000,00 zł miesięcznie. Taka kwota nie jest w stanie pokryć napraw i wymiany części. Założenie wykonywany w tym przypadku należy uznać za mało realne - szczególnie jeśli weźmie się pod uwagę fakt, że dysponuje on flotą pojazdów już wysłużonych (średnia wieku pojazdów ok. 20 lat). Odwołujący wskazał ponadto na koszty pośrednie, w tym koszty zarządu, koszty obsługi biura, parkingu. Zgodnie z informacjami z KRS wykonawca posiada dwuosobowy zarząd. Koszty wynagrodzenia członków zarządu nie zostały uwzględnione w wycenie wykonawcy. Wykonawca nie uwzględnił w wycenie podstawowych kosztów jakie są związane z prowadzeniem biura. Podniósł, że w dwuletnim okresie wykonywania zamówienia koszty z tym związane jawią się jako istotne. Suma wszystkich kosztów, o których mowa powyżej stanowi w ocenie Odwołującego istotny element ceny oferty. Jednocześnie uwzględnienie przedmiotowych kosztów jest konieczne do zapewnienia prawidłowej realizacji zamówienia. Tymczasem PKS w Leśnej nie uwzględnił tych kosztów w swojej wycenie, co przemawia za koniecznością uznania ceny tego wykonawcy za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że wykonawca PKS w Leśnej w swojej wycenie nie uwzględnił szeregu kosztów, które wykonawca poniesie w trakcie wykonywania zamówienia, a część kosztów bezzasadnie zaniżył. Oznacza to, że nie dość, że nie sprostął ciężarowi wykazania braku rażąco niskiej ceny, to ponadto wykazał, że jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia, jego oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny. Odwołujący przedstawił w tabeli zbiorcze zestawienie kosztów nieuwzględnionych lub zaniżonych w ofercie wykonawcy PKS w Leśnej wraz z porównaniem do minimalnych wysokości tych kosztów. Wskazał, iż zsumowane koszty z dają łącznie kwotę około 3 900 000,00 zł. Ponadto wykonawca zaniżył koszt zakupu paliwa oraz koszty pracownicze, bowiem przyjął zbyt małą liczbę kierowców do wykonania zamówienia. Cena wykonawcy została zatem zaniżona w znacznym stopniu. Wskazuje na to również okoliczność, że w toku aukcji elektronicznej przeprowadzonej w postępowaniu - wykonawca obniżył swoją cenę aż o 2 800 000,00 zł. W tych okolicznościach cena wykonawcy powinna zostać uznana za rażąco niską i nieuwzględniającą szeregu kosztów jakie wykonawca poniesie przy wykonywaniu zamówienia.

Odwołujący wskazał ponadto, iż brak uwzględnienia w cenie oferty ww. kosztów oznacza niezgodność oferty z warunkami zamówienia. Wskazał w tym zakresie na pkt 19.3 SWZ, cz. I pkt 2 lit. b OPZ (załącznik nr 1 do SWZ), cz. II pkt 3 OPZ. Nieuwzględnienie przez wykonawcę PKS w Leśnej odpowiedniej liczby kierowców i pojazdów przeznaczonych do realizowania zamówienia a także wszelkich kosztów wskazanych w przedstawionej w odwołaniu tabeli, co potwierdziły złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia ceny, oznacza, że treść jego oferty nie odpowiada warunkom zamówienia. Wykonawcy mieli obowiązek uwzględnienia wszystkich kosztów związanych z zamówieniem w ramach zaoferowanej ceny. Tymczasem wyjaśnienia wykonawcy i przyjęta przez niego cena jednoznacznie wskazują na nieuwzględnienie w wycenie pełnego zakresu zamówienia, tj. wszystkich kosztów które wystąpią w ramach jego realizacji. Wykonawca przyjął niewłaściwy zakres zamówienia -znacznie zaniżony - co jednoznacznie potwierdziła treść złożonych przez niego wyjaśnień. Ponadto brak wykazania przez wykonawcę, iż uwzględnił wyżej wskazane koszty w swojej wycenie stanowi dowód błędu w obliczeniu ceny. Odwołujący wskazał na wyrok KIO z dnia 16 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1249/19, wskazując, iż w niniejszej sprawie (tak jak w przywołanym wyroku) również mamy do czynienia z przyjęciem nieprawidłowego zakresu zamówienia. Wykonawca PKS w Leśnej nie rozpoznał prawidłowo zakresu zamówienia, czego skutkiem było nieuwzględnienie prawidłowej liczby kierowców i pojazdów oraz pominięcie w wycenie szeregu istotnych kosztów, jakie poniesie wykonawca realizujący przedmiotowe zamówienie. Konsekwencją powyższego, jest błąd w obliczeniu ceny. Cena tego wykonawcy została skalkulowana w taki sposób, który nie uwzględnia pełnego zakresu zamówienia oraz warunków jego realizacji.

Podsumowując wszystkie ww. okoliczności, Odwołujący wskazał, iż nieprawidłowe dane w wyjaśnieniach dotyczące nieprawidłowej ilości kierowców powodują zaniżenie ceny o co najmniej 700 000,00 zł, niedoszacowanie dotyczące nieprawidłowo określonego wynagrodzenia kierowców wynosi: przy 27 kierowcach - około 250 000,00 zł; przy 35 kierowcach - około 1 000 000,00 zł; nieprawidłowe dane w wyjaśnieniach dotyczące zakupu paliwa powodują zaniżenie o około 580 000,00 zł; pozostałe koszty, które nie zostały w ogóle uwzględnione w wyjaśnieniach a powinny zostać uwzględnione: 3 900 000,00 zł. Przy wskazaniu w wyjaśnieniach kosztów na poziomie 4 370 738,80 zł - łącznie kwota niedoszacowania kosztów w warunkach tego konkretnego wykonawcy wynosi około 5,5 mln zł. Takiej kwoty wykonawca w ogóle nie ujął w wyjaśnieniach. Jego wyjaśnienia mają charakter pozorny- wykazał wyłącznie koszty na 4 370 738,80 zł, co jest nielogiczne i nieprawidłowe. Odwołujący wskazał także, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie jest możliwe ponowne wezwanie wykonawcy PKS w Leśnej do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny czy wezwanie tego wykonawcy do uzupełnienia wyjaśnień już złożonych. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dopuszcza się możliwość doprecyzowania wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ale wyłącznie w przypadku, gdy pierwsze wyjaśnienia były konkretne i zawierały dowody - taka sytuacja nie zachodzi w niniejszej sprawie. Wyjaśnienia wykonawcy PKS w Leśnej potwierdziły wręcz, że przyjęte przez wykonawcę założenia są nierealne i wyraźnie zaniżone, a w konsekwencji cena jego oferty wyliczona w oparciu o te założenia jest rażąco niska. O braku możliwości ponownego wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny przesądza zdaniem Odwołującego ogólnikowość pierwotnych wyjaśnień, ich nierzetelność, nieprawidłowość założeń w stosunku do zakresu przedmiotu zamówienia oraz brak przedłożenia jakichkolwiek dowodów. W tych okolicznościach oferta wykonawcy powinna zostać odrzucona, ponowne wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny stanowiłoby naruszenie przepisów ustawy Pzp. Odwołujący wskazał w tym zakresie na wyroki Izby z dnia 23 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 846/20 oraz z dnia 24 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1345/18. Odwołujący reasumując wskazał, iż cena zaoferowana przez wykonawcę PKS w Leśnej w niniejszym postępowaniu jest ceną rażąco niską. Wycena wykonawcy nie uwzględnia wszystkich aspektów wykonania zamówienia, a jego założenia

są nierealne - w szczególności w zakresie liczby kierowców skierowanych do wykonania zamówienia oraz kosztów paliwa i norm spalania pojazdów. Złożone wyjaśnienia nie zawierały żadnych dowodów, były ogólnikowe i nie odzwierciedlały pełnego zakresu zamówienia. Złożonymi wyjaśnieniami wykonawca nie tylko nie wykazał, że zaofiarowana przez niego cena nie jest rażąco niska, ale wręcz potwierdził jej nierynkowy charakter i nierealność założeń. W tym stanie rzeczy oferta wykonawcy PKS w Leśnej powinna zostać odrzucona jako oferta z rażąco niską ceną. Wobec treści wyjaśnień wykonawcy nie byłoby zgodne z ustawą Pzp ponowne wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jak również wezwanie do uszczegółowienia wyjaśnień już złożonych. Ponadto oferta wykonawcy PKS w Leśnej powinna zostać odrzucona jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny i niezgodna z warunkami zamówienia.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy PKS w Leśnej jako najkorzystniejszej w postępowaniu, która to oferta powinna zostać odrzucona oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. pomimo że po wezwaniu do wyjaśnień i odrzuceniu oferty wykonawcy PKS w Leśnej jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą. Odwołujący wskazał, iż powyższy zarzut ma charakter wynikowy w stosunku do pozostałych zarzutów. Gdyby Zamawiający prawidłowo ocenił ofertę wykonawcy PKS w Leśnej odrzuciłby ją jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, błąd w obliczeniu ceny oraz jako niezgodną z warunkami zamówienia. Wówczas to oferta Odwołującego jako oferta najkorzystniejsza powinna zostać wybrana w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający w dniu 30 sierpnia 2021 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości.

Odnosząc się do zarzutu 1 Zamawiający podniósł, że pojęcie rażąco niskiej ceny nie zostało zdefiniowane w prawie zamówień publicznych ani w dyrektywach unijnych i stanowi pojęcie subiektywne, które każdorazowo należy odnieść do przedmiotu zamówienia oraz sytuacji rynkowej. Choć ustawodawca nie zdefiniował pojęcia rażąco niskiej ceny, jednak w świetle ugruntowanego orzecznictwa i dorobku doktryny należy uznać, że ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. W orzecznictwie wskazywano, iż o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Uwzględniając powyższą wykładnię pojęcia rażąco niskiej ceny oraz fakt, że PKS w Leśnej od lat funkcjonuje na lokalnym rynku przewozów, co sprawia, że posiada znajomość tego rynku, dostępność sprzętu, personelu i doświadczenie wyniesione z poprzednich kontraktów, na podstawie których PKS w Leśnej realizował dotychczas usługi przewozowe adekwatne do przedmiotu niniejszego zamówienia, Zamawiający uznał, że cena kwestionowana przez Odwołującego w Postępowaniu ma charakter rynkowy i została skalkulowana w sposób rzetelny, zapewniający PKS w Leśnej zysk z realizacji zamówienia, tym bardziej, że jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 11 marca 2013 r., KIO 420/13, czynniki umożliwiające obniżenie ceny oferty nie muszą być dostępne wszystkim wykonawcom w równym stopniu, a nawet gdy są dostępne, nie muszą w taki sam sposób przełożyć się na cenę oferty.

Zamawiający wskazał, iż przy ocenie oferty PKS w Leśnej Zamawiający wziął również pod uwagę możliwość przeszacowania przez Zamawiającego wartości zamówienia. Wartość szacunkowa zamówienia jest pewną projekcją Zamawiającego, opartą o założenia i szacunki, która nie zawsze musi znaleźć odpowiedź w treści cen składowych w warunkach konkurencji. Oczywistą i nie budzącą wątpliwości jest przy tym konieczność dokonywania oszacowania przez Zamawiającego wartości zamówienia z uwzględnieniem zasady ostrożnej wyceny przedmiotu zamówienia, w sposób uśredniony i nie nadmiernie optymistyczny, skoro odnosi się ona do niedających się przewidzieć zachowań wykonawców, działających w ramach rynku konkurencyjnego. Oczywistym jest zatem, że wartość szacunkowa zamówienia nie może odpowiadać najniższej spodziewanej cenie, a stanowi raczej wyraz uśrednionych oczekiwań co do odpowiedzi wykonawców. Należy więc stwierdzić, że składanie ofert z ceną niższą od wartości oszacowanej przez Zamawiającego jest w postępowaniach przetargowych przedsiębiorstwa zjawiskiem naturalnym, które nie może być automatycznie postrzegane jako okoliczność uzasadniająca wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 września 2013 r., KIO 2181/14). Zamawiający, przygotowując niniejsze postępowanie zakupowe, dokonał rozeznania rynku poprzez ogłoszenie na internetowym portalu Zamawiającego zapytania o informacje cenowe, podając szczegółowy opis przedmiotu zamówienia. W odpowiedzi na powyższe Zamawiający otrzymał informacje cenowe, na podstawie których wyliczył średnią arytmetyczną cen jednostkowych 1 miejscokilometra (cena przewozu 1 osoby na odległość 1 kilometra). W wyniku odpowiedzi na zapytanie o informacje cenowe Zamawiający pozyskał bardzo rozbieżne informacje cenowe, w tym również znacznie niższą (0,051 zł za 1 miejscokilometr) niż oferta PKS w Leśnej (0,1249 zł za 1 miejscokilometr). Powyższe okoliczności utwierdziły Zamawiającego, że zaofiarowana przez PKS w Leśnej cena jest ceną rynkową i według oceny Zamawiającego jest adekwatna do przedmiotu zamówienia. Reasumując, w ocenie Zamawiającego wykonawca PKS w Leśnej wykazał, że wykonanie zamówienia nie nastąpi poniżej kosztów wytworzenia, wykazując, jakie ponosi koszty oraz uzasadniając, że cena jest realna z punktu widzenia racjonalnej gospodarki przedsiębiorcy, jakim jest PKS w Leśnej. Cena pozwoli wykonawcy na wygenerowanie zysku, w związku z czym uznać należy, iż nie jest rażąco niska.

Odnosząc się do zarzutu nr 2 Zamawiający wskazał, iż działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1) PZP celem ustalenia, czy oferta wykonawcy PKS w Leśnej nie zawiera „rażąco niskiej ceny” w stosunku do przedmiotu zamówienia, wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie wskazanych w wyjaśnieniach czterech elementów. Przedmiotowe składniki cenotwórcze zostały wskazane przez Zamawiającego jako te, które pozwalają na weryfikację złożonej oferty pod względem ustalenia, czy oferta wykonawcy nie zawiera „rażąco niskiej ceny”. Zamawiający podkreślił, że od wielu lat zapewnia przewozy swoim pracownikom, w tym pracownikom dwóch Oddziałów zlokalizowanych w Bogatyni, stąd też posiada rozeznanie w ich rynkowych cenach. Wykonawca na wezwanie złożył szczegółowe wyjaśnienia celem ustalenia przez Zamawiającego, czy złożona oferta nie zawiera „rażąco niskiej ceny” w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący na potwierdzenie swojej tezy o nieprawidłowej ocenie wyjaśnień złożonych przez PKS w Leśnej, przytoczył w odwołaniu wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2016 r. (Sygn. akt: KIO 596/16). Jednak w tamtym postępowaniu wykonawca, który składał wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, inaczej niż PKS w Leśnej, w swoich wyjaśnieniach nie przedstawił żadnych kalkulacji, a jedynie własne oświadczenie i jak słusznie zauważyła Izba takie wyjaśnienia należy uznać za gołosłowne. W tym samym

wyroku Izba wskazała również, że cyt.: „Mogą oczywiście pojawić się w wyjaśnieniach takie okoliczności, w przypadku których złożenie dodatkowych dowodów nie jest niezbędne, a samo oświadczenie wykonawcy pokazuje prawidłowość kalkulacji ceny. Jeżeli jednak wykonawca powołuje się na takie okoliczności jak szczególnie niskie koszty zakupu materiałów/środków potrzebnych do wykonania zamówienia, innowacyjną politykę czy dysponowanie własnym sprzętem może i powinien załączyć do wyjaśnień stosowne umowy, oferty, dokumenty wewnętrzne firmy, które potwierdzą powyższe okoliczności.” PKS w Leśnej w swoich wyjaśnieniach nie powołuje się na żadne szczególne okoliczności, które pozwoliły na zaofiarowanie takiej ceny, a które wymagałyby przedstawienia specjalnych dowodów. PKS w Leśnej przedstawił kalkulację własnych kosztów, które Zamawiający mógł ocenić bez dodatkowych dowodów, jak np. liczba kierowców, koszt wynagrodzeń kierowców, czy ceny i zużycie paliwa, ponieważ wiarygodność tych danych Zamawiający mógł potwierdzić na podstawie ogólnodostępnych źródeł. Podobnie przytoczone przez Odwołującego wyroki KIO z dnia 17 czerwca 2019 r. (Sygn. akt: KIO 992/19) oraz z dnia 27 czerwca 2019 r. (Sygn. akt KIO 1048/19), w których KIO nakazała odrzucenie ofert ze względu na rażąco niską cenę, również zapadły w innych okolicznościach faktycznych, a mianowicie w przypadku KIO 992/19 - w sytuacji, w której wykonawca złożył ofertę niezgodną z SIWZ, stąd w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny ewidentnie nie zawarł wszystkich kosztów niezbędnych do pokrycia, a w przypadku KIO 1048/19, wykonawca w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny przyjął m.in. nierealny poziom wynagrodzeń pracowników, co przyznał sam Zamawiający uwzględniając odwołanie.

Zamawiający podkreślił, że PKS w Leśnej jako podwykonawca od kilku lat świadczy usługę przewozów pracowniczych na rzecz Zamawiającego. Okoliczność ta sprawia, że PKS w Leśnej posiada wiedzę co do specyfiki świadczenia tej usługi, która pozwoliła przygotować realną wycenę usługi. Ocena złożonych wyjaśnień w świetle wskazanych powyżej uwarunkowań faktycznych pozwala stwierdzić, że cena zaofiarowana przez PKS w Leśnej gwarantuje wykonanie przedmiotu zamówienia z należytą starannością i zgodnie ze wszelkimi wymogami przedstawionymi przez Zamawiającego w SWZ oraz projekcie umowy. W ocenie Zamawiającego przedstawiona w ofercie cena nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu Zamówienia. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów Odwołującego w zakresie złożonych przez PKS w Leśnej wyjaśnień, Zamawiający wskazał, że:

1)liczba kierowców realizujących przejazd;

W ocenie Zamawiającego, Odwołujący, kwestionując wyjaśnienia PKS w Leśnej w tym zakresie, przyjął błędne założenie, że zatrudnieni przez PKS w Leśnej kierowcy będą świadczyli usługę tylko i wyłącznie na rzecz Zamawiającego w ramach realizacji tego zamówienia w pełnym wymiarze swojego czasu pracy. Właściwym założeniem jest przyjęcie dla skalkulowania ceny ilości etatów niezbędnych do realizacji zamówienia. Oceniając wyjaśnienia PKS w Leśnej Zamawiający przyjął, że do kalkulacji ceny uwzględniono 27 pełnych etatów na stanowisku kierowca-mechanik, co nie oznacza, że PKS w Leśnej do realizacji zamówienia będzie wykorzystywał tylko 27 pracowników. Oznacza to, że PKS w Leśnej może realizować usługę większą liczbą pracowników wykorzystując część ich nominalnego czasu pracy. Jak wskazano już w pkt 1 powyżej, PKS w Leśnej jest lokalnym przewoźnikiem, dla którego realizacja niniejszego zamówienia będzie współdzielona z innymi przewozami, co pozwala na elastyczne wykorzystanie posiadanych zasobów osobowych. Stąd też Zamawiający pozytywnie ocenił wyjaśnienia PKS w Leśnej w zakresie kalkulacji kosztów wynagrodzenia pracowników (etatów). Analizując kwestię liczby kierowców niezbędnych dla realizacji przedmiotu zamówienia, należy uwzględnić specyfikę sieci przewozowej i długość poszczególnych linii. Przewozy są realizowane zgodnie z potrzebami pracy zmianowej Zamawiającego. Dowóz i odwóz pracowników odbywa się w godzinach: 6.00, 7.00, 14.00, 15.00 i 22.00. Wobec powyższego należy stwierdzić, że jeden kierowca może świadczyć usługi na dwóch liniach w ciągu jednego dnia, np. kierowca obsługujący linię 25 (kierunek: Bogatynia) przywozi pracowników na godz. 6.00, następnie odwozi pracowników z nocnej zmiany o godz. 6.25 i później ten sam kierowca obsługuje linię 30 (kierunek: Bogatynia), przywożąc pracowników na godz. 7.00. Przedstawiony w przykładzie przewóz realizowany jest przez jednego kierowcę z wykorzystaniem jednego autobusu. Dodatkowo Zamawiający uzyskał informację od obecnego przewoźnika, realizującego zamówienie, o dokładnie takim samym zakresie, że średnia dobowo ilość kierowców niezbędnych do realizacji zamówienia wynosi 25, co potwierdza prawidłowość założeń przedstawionych przez PKS w Leśnej.

2)koszt wynagrodzeń kierowców;

Zamawiający uznał, że wskazana w wyjaśnieniach PKS w Leśnej kwota 3.614,40 zł/miesięcznie stanowi wynagrodzenie brutto pracownika, w związku z tym spełniony został warunek zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie. Stąd też Zamawiający pozytywnie ocenił wyjaśnienia PKS w Leśnej w zakresie kalkulacji kosztów wynagrodzenia pracowników. Odwołujący wskazał, że mediana wynagrodzeń kierowców jest wyższa niż wskazane przez PKS w Leśnej wynagrodzenie kierowców. Zamawiający wskazuje, że jest to sytuacja normalna i istniejąca w statystyce systemu wynagrodzeń kierowców. Mediana jest to wartość środkowa, która dzieli dany zbiór liczb na pół. Nie jest to średnia arytmetyczna. Mediana oznacza, że zarówno powyżej jak i poniżej jej wartości znajduje się równa liczebność danych. Oznacza to, na rynku wynagrodzeń kierowców autobusów są zarówno wynagrodzenia wyższe, jak i niższe. Jest to sytuacja naturalna. Odwołujący przyjął medianę jako średnią, co jest niezgodne z definicjami tych miar. Są to dwie różne miary statystyczne, bardzo często pokazujące znacznie różne od siebie wartości.

3)pozostałe koszty pracownicze;

Odwołujący wskazał, że PKS w Leśnej nie uwzględnił kosztu zatrudnienia kierowców rezerwowych w czasie nieobecności kierowców podstawowych. W ocenie Zamawiającego liczba kierowców jest wystarczająca, co szczegółowo zostało opisane w punkcie 1. Odwołujący wskazał, że PKS w Leśnej nie uwzględnił kosztów obowiązkowych szkoleń BHP kierowców. Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Gospodarki i Pracy w sprawie szkolenia w dziedzinie bezpieczeństwa i higieny pracy (Dz.U. z 2004 nr 180 poz. 1860 z późn. zm.), w zależności od rodzaju wykonywanej pracy (stanowiska) pracownik musi przechodzić szkolenia BHP co 3 lub co 5 lat, co oznaczać może, że w okresie wykonywania zamówienia może nie wystąpić konieczność organizowania takich szkoleń. Poza tym, Pracodawca może być organizatorem szkolenia BHP, co oznacza, że nie zawsze muszą być ponoszone dodatkowe koszty. Zamawiający uznał, że ewentualne koszty, o ile w ogóle wystąpią, są włącznie w działaność PKS w Leśnej Tym bardziej, że realizacja umowy przez kierowców PKS w Leśnej nie ogranicza możliwości świadczenia przez nich pracy przy innych usługach świadczonych przez PKS w Leśnej dla innych zamawiających.

Świadczenie usługi na rzecz Zamawiającego w ramach realizacji tego zamówienia nie musi oznaczać pracy w pełnym wymiarze czasu pracy danego kierowcy.

4)koszty zakupu paliwa;

Zamawiający oceniając wyjaśnienia PKS w Leśnej w zakresie kosztów zakupu paliwa dokonał analizy na rynku paliw w oparciu o dane dostępne w Internecie, w tym Polskiej Izby Paliw Płynnych. W okresie, w którym została złożona oferta PKS w Leśnej (podczas przeprowadzonej w dniu 26.05.2021 r. aukcji elektronicznej), średnia cena detaliczna oleju napędowego (na takim paliwie należy się skupić, ponieważ wg wiedzy Zamawiającego pojazdy przewidziane do realizacji usługi są wyposażone w silniki wysokoprężne, a nie benzynowe, jak sugeruje Odwołujący) dla Dolnego Śląska, miasto Wrocław, wynosiła 5,14 zł/litr (netto 4,18 zł/litr), co obrazuje przedstawiony w odpowiedzi na odwołanie wykres. Zamawiający, wiedząc, że PKS w Leśnej jest dużym przewoźnikiem na terenie powiatu zgorzeleckiego, założył, że przedsiębiorstwo transportowe, jakim jest PKS w Leśnej zaopatruje się w paliwa w ilościach i cenach hurtowych, a nie detalicznych, a także, jak wspomniano powyżej, że podstawowym paliwem wykorzystywanym przez PKS w Leśnej jest olej napędowy, a nie benzyna Pb95 - jak przyjął Odwołujący w treści odwołania. Zamawiający przedstawił hurtowe ceny oleju napędowego, aktualne na dzień 26.05.2021 r., oferowane przez dwóch największych w Polsce producentów paliw płynnych: olej napędowy Ekodiesel: 4.049 zł netto/m<sup>3</sup> (4,049 zł netto/l); PKN Orlen S.A. (Zamawiający podał link do strony internetowej); olej napędowy Eurodiesel: 4.048 zł netto/m<sup>3</sup> (4,048 zł netto/l); Lotos S.A. (Zamawiający podał link do strony internetowej). Powyższe ceny są niższe niż przyjęta przez PKS w Leśnej (4,40 zł/litr). Zamawiający pozytywnie zweryfikował ilość paliwa, którą przyjął PKS w Leśnej, biorąc pod uwagę fakt, że przewozy będą się odbywać głównie w terenie pozamiejskim, nie obejmując również przejazdów autostradami i drogami szybkiego ruchu, na których z uwagi na duże prędkości poziom spalania paliwa jest wysoki. Zdaniem Zamawiającego należy także wziąć pod uwagę, że wzór umowy (załącznik nr do SWZ, 5 16) zawiera klauzulę waloryzacyjną, w której w ust. 5 ustalone są zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją umowy.

5)koszty amortyzacji i eksploatacyjne, koszty związane z podatkiem od środków transportu, koszty administracyjne;

PKS w Leśnej wskazał w wyjaśnieniach główne koszty, jakie poniesie w związku z realizacją zamówienia. Suma tych kosztów wynosi 4.370.738,80 zł, tj. 49,89% ceny oferty. Wobec tego Zamawiający uznał, że w pozostałej części oferty ujęte są pozostałe koszty stałe, w tym te, na które wskazuje Odwołujący. Zamawiający uwzględnił, że PKS w Leśnej jest przewoźnikiem lokalnym i nie będzie ponosił dodatkowych kosztów organizacji bazy transportowej i zaplecza technicznego. Inaczej sytuacja kształtuje się w realiach Odwołującego, który jako przewoźnik oddalony od miejsca świadczenia usługi o ponad 600 km, aby móc podjąć się realizacji przedmiotowego zamówienia zgodnie ze złożoną ofertą, czyli bez udziału podwykonawców, musi ponieść znaczne koszty logistyczne, w szczególności organizacji bazy transportowej i zaplecza technicznego oraz „przetransportowania” całej floty pojazdów i zasobów ludzkich, a następnie koszty utrzymania swojego potencjału (zakwaterowania, parkowania) w okresie realizacji zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu nr 3 Zamawiający wskazał, iż dokonał oceny oferty złożonej przez PKS w Leśnej i uznał, że oferta spełnia wszystkie wymogi SWZ i nie zachodzą wobec tej oferty przesłanki odrzucenia. Zamawiający w SWZ nie wymagał przedstawienia kalkulacji ceny, stąd nie może być mowy o błędach w obliczeniu ceny. Jedynym wymaganiem było, aby wykonawcy podali w ofercie, oprócz łącznej ceny, cenę jednostkową jednego miejscokilometra handlowego. Zgodnie z opisem kryterium „cena”, łączna cena oferty musiała stanowić iloczyn ceny jednostkowej netto (bez VAT) za 1 miejscokilometr handlowy oraz szacowanych miejscokilometrów handlowych w trakcie realizacji zamówienia w ilości 64.916.597,50. PKS w Leśnej podał w swojej ofercie cenę jednostkową jednego miejscokilometra handlowego, przemnożył ją przez ilość szacowanych miejscokilometrów handlowych i prawidłowy wynik podał jako łączną cenę ofertową. Zupełnie chybiony jest zdaniem Zamawiającego zarzut Odwołującego, że „Wykonawca PKS w Leśnej nie rozpoznał prawidłowo zakresu zamówienia, czego skutkiem było nieuwzględnienie prawidłowej liczby kierowców i pojazdów oraz pominięcie w wycenie szeregu istotnych kosztów, jakie poniesie wykonawca realizujący przedmiotowe zamówienie. Konsekwencją powyższego, jest błąd w obliczeniu ceny” - poparty wyrokiem KIO z dnia 16 lipca 2019 r. (Sygn. akt: KIO 1249/19). Zamawiający wskazał, iż aktualnie PKS w Leśnej świadczy tę usługę na rzecz Zamawiającego w charakterze podwykonawcy, więc ma doskonałe rozeznanie zakresu i całej specyfiki przedmiotu zamówienia, w przeciwieństwie właśnie do Odwołującego, który jak wynika z założeń przyjętych w odwołaniu, błędnie odczytuje wymagania opisane w SWZ.

Odnosząc się do zarzutu nr 4 Zamawiający wskazał, iż zarzut braku wyboru oferty Odwołującego jest bezzasadny z uwagi na procedurę odwróconą, jaką Zamawiający przyjął do przeprowadzenia niniejszego postępowania. Nawet zakładając, że oferta PKS w Leśnej zostałaby odrzucona, z czym Zamawiający się nie zgadza, wybór oferty Odwołującego mógłby być dokonany dopiero po złożeniu przez niego stosownych dokumentów i ich ocenie przez Zamawiającego, mając na uwadze, że w przedmiotowym postępowaniu stosuje się procedurę odwróconą.

W dniu posiedzenia Odwołujący złożył pismo procesowe, stanowiące replikę na odpowiedź na odwołanie oraz zawierające dowody.

**Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Wobec spełnienia wymogów określonych art. 525 ust. 1-3 ustawy Pzp Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia dokonane przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Leśnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Leśnej (dalej jako „Przystępujący”) po stronie Zamawiającego i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym. Wykonawca ten, prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia, nie stawił się.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i wyeliminowania z postępowania oferty Przystępującego wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1

ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców, informację o cenach ofert po aukcji elektronicznej, wezwanie skierowane do Przystępującego w przedmiocie ceny oferty wraz z udzielonymi wyjaśnieniami, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, protokół postępowania. Izba dopuściła i przeprowadziła ponadto dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego w postaci uchwały Rady Miejskiej w Leśnej, wydruków kalkulatorów płacy minimalnej, wydruków ofert pracy kierowców autobusów z proponowanymi wynagrodzeniami, oferty na wynajem autobusów, na okoliczności wynikające z ich treści. Za niemający znaczenia dla rozstrzygnięcia Izba uznała złożony przez Odwołującego podczas rozprawy wyciąg z wyroku KIO z dnia 23 czerwca 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1443/21, Izba orzekając nie jest bowiem związana wyrokami zapadłymi na kanwie innych postępowań o udzielenie zamówienia. Z kolei opracowany przez Odwołującego harmonogram czasu pracy kierowców załączony do odwołania jako stanowiący oświadczenie własne Odwołującego, Izba uznała za uzupełnienie jego stanowiska procesowego.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem Zamówienia jest świadczenie usług w zakresie grupowego przewozu osób do pracy i z pracy na rzecz PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Turów Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia został zawarty w załączniku nr 1 (OPZ) i nr 8 (Specyfikacja przewozów) do SWZZ zgodnie z postanowieniami Rozdziału 19 SWZ cena oferty będzie stanowiła maksymalną wartość wynagrodzenia wykonawcy. W Formularzu ofertowym wykonawca zobowiązany był do podania ceny oferty netto wyliczonej zgodnie z pkt 19.3, a także ceny jednostkowej netto za 1 miejscokilometr handlowy. Cena oferty uwzględnia wszelkiego rodzaju opłaty oraz podatki oraz wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, ewentualne upusty i rabaty oraz pozostałe składniki cenotwórcze. Wykonawca w ofercie podaje również cenę jednostkową netto za 1 miejscokilometr handlowy, który będzie służył do rozliczania umowy. Cena oferty netto stanowić będzie iloczyn ceny jednostkowej netto za 1 miejscokilometr handlowy oraz szacowanych miejscokilometrów handlowych w trakcie realizacji zamówienia w ilości 64.916.597,50. Cena jednostkowa netto za 1 miejscokilometr handlowy nie ulega zmianie przez okres realizacji (wykonania) zamówienia, z zastrzeżeniem warunków zmiany ceny wynikających z umowy w sprawie zamówienia, której wzór stanowi załącznik nr 2 do SWZ. W zaofiarowanej całkowitej cenie brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia muszą być zawarte wszelkie podatki, cła i inne zobowiązania publiczno-prawne wynikające ze stosownych ustaw oraz wszelkie koszty wykonawcy związane z realizacją przedmiotu zamówienia i wykonaniem wszelkich zobowiązań umownych. Jedynym kryterium oceny ofert była cena brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia. W Rozdziale 21 SWZZ Zamawiający przewidział dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej, która zostanie przeprowadzona, jeżeli złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu.

Wartość szacunkowa zamówienia ustalona została na kwotę 14 301 126,43 zł. Zamawiający wskazał, iż zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 15 445 216,54 zł brutto.

W postępowaniu wpłynęły trzy oferty – oferta Odwołującego z ceną 11 217 588,05 zł brutto, oferta Przystępującego z ceną 11 568 137,68 zł brutto i oferta wykonawcy FHU M. F. z ceną 12 619 786,55 zł. Po przeprowadzeniu w dniu 26 maja 2021 r. aukcji elektronicznej ceny ofert kształtowały się następująco (według kolejności): oferta wykonawcy FHU M. F. z ceną 8 731 786,55 zł brutto, oferta Przystępującego z ceną 8 760 137,68 zł brutto i oferta Odwołującego z ceną 11 217 588,05 zł brutto.

Zamawiający wszczął procedurę wyjaśnienia ceny oferty w stosunku do wykonawcy FHU M. F. i w stosunku do Przystępującego. Zamawiający w dniu 25 czerwca 2021 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny w złożonej ofercie, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zamawiający poprosił o złożenie wyjaśnień dotyczących w szczególności: 1) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 2) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 3) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska. Wyjaśnienia powinny dotyczyć odrębnie każdego z ww. punktów.

Przystępujący w dniu 5 lipca 2021 r. przedstawił wyjaśnienia, w których wskazał, że cena oferty w kwocie 8 760 137,68 zł brutto wynika z poniższej kalkulacji:

- 1) Wynagrodzenia kierowców + pochodne – 2 342 131,20 zł. Do realizacji zamówienia niezbędnych jest 27 pracowników „kierowca-mechanik” zatrudnionych na pełny etat. Koszt jednego pracownika to 3 614,40 zł/miesięcznie. Wyliczenie kosztów wynagrodzenia pracowników. 27 (pełny etat) x 3 614,40 zł x 24 miesiące = 2 342 131,20 zł.
- 2) Cena oferty nie zawiera składników pochodzących z pomocy publicznej. Do linii wskazanych w postępowaniu nie będzie dotacji lub innych bezzwrotnych świadczeń stanowiących rekompensatę za realizację usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym lub rekompensatę za realizację usług publicznych w sektorze transportu lądowego. Firma pozyskuje środki z Krajowego Funduszu Szkoleniowego na zabezpieczenie finansowe szkoleń okresowych kierowców oraz badań lekarskich i psychologicznych. Otrzymana subwencja z Polskiego Funduszu Rozwoju w 2020 r. na czas pandemii COVID-19 umożliwiła zapewnienie niezmiennego stanu zatrudnienia.
- 3) Wyliczenie kosztów wynagrodzenia pracowników w pkt. 1 zawiera koszty dodatkowe wynikające z przepisów z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego zgodnie z miejscem, w którym realizowane jest zamówienie.
- 4) PKS w Leśnej Sp. z o.o. do realizacji zadania pn. „Świadczenie usług w zakresie grupowego przewozu osób do pracy i z pracy na rzecz PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Turów” spełnia obowiązujące wymogi z zakresu ochrony środowiska.
- 5) Koszt paliwa – 1 234 679,60 zł netto. Wyliczenie kosztów paliwa. 1 122 436 km x 0,25 l (średnie zużycie paliwa na 1 km) x 4,40 zł (cena 1 litra paliwa netto) = 1 234 679,60 zł Dane przyjęte do wyliczenia: szacowana łączna ilość kilometrów zgodnie z załącznikiem nr 2 do umowy w okresie zamówienia wynosi 1 122 436 km.
- 6) Koszty amortyzacji i eksploatacyjne (opony, oleje, płyny, części) - ok 793 928,00 zł netto Do obsługi zadania niezbędne jest 25 autobusów i 2 busy. Wyliczenie kosztów:

- a) Ubezpieczenie OC + NNW 1 632,00 zł rocznie/jeden autobus/bus, tj. 27 szt. x 1 632,00 zł x 2 lata = 88 128,00 zł,
- b) podatki od środków transportowych 700,00 zł rocznie/jeden autobus, 300,00 zł rocznie/ jeden bus, tj. 25 szt. x 700,00 zł x 2 lata + 2 szt. x 300,00 zł x 2 lata = 36 200,00 zł,
- c) przegląd techniczny 400,00 zł rocznie/jeden autobus/bus, tj. 27 szt. x 400,00 zł x 2 lata = 21 600,00 zł,
- d) inne koszty amortyzacji i eksploatacyjne (oleje, opony, płyny, części...) 1 000,00 zł miesięcznie/jeden autobus, tj. 27 szt. x 1 000,00 zł x 24 miesiące = 648 000,00 zł.

Przystępujący oświadczył ponadto, iż zaoferowana przeze niego cena w postępowaniu pozwoli na rzetelne wykonanie przedmiotu zamówienia oraz wypracowanie zamierzonego zysku.

Zamawiający w dniu 15 lipca 2021 r. powiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Ponadto poinformował wykonawców o odrzuceniu oferty wykonawcy FHU M. F. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawarty w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Izba uznała za wykazane zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zarzuty dotyczące dokonania przez Zamawiającego nieprawidłowej oceny wyjaśnień złożonych przez Przystępującego odnośnie ceny jego oferty.

Przywołując aktualnie obowiązujące regulacje prawne dotyczące badania cen ofert należy wskazać, że zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zgodnie z ust. 2 tego przepisu w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1. Jak stanowi ust. 3 wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy. Zgodnie z ust. 4 ww. przepisu w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6. W świetle art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W myśl ust. 6 tego przepisu odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy miała kwestia rozkładu ciężaru dowodu w zakresie wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz w postępowaniu odwoławczym.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia ciężar ten spoczywa na wykonawcy, który został wezwany do wyjaśnień w tym przedmiocie, na co wskazuje wprost art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie poglądem, który zachowuje aktualność również na gruncie nowej ustawy Pzp, złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została. Powyższe ma bardzo istotne znaczenie, ponieważ to wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający dokonuje oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, czy też rażąco niskie ich istotne części składowe. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Podkreślić trzeba, iż nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (por. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp).

Podkreślić należy, że wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty co do zasady jest konsekwencją stwierdzenia faktu, że cena ta w sposób zauważalny odbiega od wartości zamówienia czy średniej arytmetycznej cen innych ofert. W odpowiedzi na takie wezwanie wykonawca zobowiązany jest zatem wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należytą realizację całego zamówienia, uwzględnia wszelkie niezbędne do tego elementy, jak również wykazać dlaczego był w stanie zaoferować cenę na takim, a nie innym poziomie, czyli poziomie odbiegającym od wartości zamówienia lub cen innych złożonych w postępowaniu ofert. Nie mniej istotne znaczenie ma również ustawowy obowiązek złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Obowiązek ten wynika wprost z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie jednoznacznie wskazano, iż „zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich

istotnych części składowych”, a potwierdzeniem istnienia powyższego obowiązku jest również art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, wskazujący na konieczność odrzucenia oferty „jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu”. Ustawa Pzp nie określa katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Oznacza to więc, że każdy dowód, który w ocenie wykonawcy potwierdza argumentację przedstawioną w wyjaśnieniach, może okazać się przydatny i pomocny przy dokonywanej przez zamawiającego ocenie. Natomiast ustawa wyraźnie nakłada na wykonawców obowiązek przedstawienia dowodów na poparcie stawianych twierdzeń, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne jako składane przez podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Zamawiający musi mieć możliwość zweryfikowania czy okoliczności, na które powołują się wykonawcy, znajdują odzwierciedlenie w rzeczywistości.

W dalszej kolejności należy zwrócić uwagę na kwestię rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym. Zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Jak stanowi art. 535 ustawy Pzp dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Z kolei zgodnie z art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. W świetle powyższych regulacji ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywał co do zasady na wykonawcy, który te ofertę złożył, a jeżeli wykonawca ten nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego - na zamawiającym. Wskazany obowiązek dowodowy ma dla wyniku postępowania odwoławczego zasadnicze znaczenie. Jak zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 21 sierpnia 2019 r., sygn. akt XXIII Ga 573/19, „ciężar udowodnienia faktu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniesienia realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik procesu.” Kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego powoduje, że rolą stron, między którymi toczy się spór, jest udowodnienie swoich racji i obrona prezentowanych stanowisk, zaś rola Izby sprowadza się jedynie do oceny prezentowanego w toku postępowania odwoławczego materiału dowodowego. Bierność stron w przedstawianiu twierdzeń i dowodów na ich poparcie ma zatem kluczowy wpływ na rozstrzygnięcie.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy Izba stwierdziła, że wykonawca PKS w Leśnej nie sprostął spoczywającemu na nim ciężarowi wykazania, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny ani składając wyjaśnienia w toku postępowania o udzielenie zamówienia, ani w postępowaniu odwoławczym.

Izba oceniła przedstawione przez Przystępującego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny za lakoniczne i niepełne, a nadto nie poparte jakimikolwiek dowodami. Zdaniem składu orzekającego nie sposób podzielić stanowiska Zamawiającego, który uznał złożone wyjaśnienia za szczegółowe. Zamawiający dokonując oceny tych wyjaśnień całkowicie pominął okoliczność, iż wykonawca wezwany do wyjaśnienia kalkulacji ceny oferty przedstawił jedynie informacje dotyczące wybiórczych elementów składowych ceny (wynagrodzenie pracowników, koszty paliwa, koszty amortyzacji/eksploatacyjne), których łączna wartość stanowiła jedynie ok. połowę ceny oferty, nie wyjaśniając jakiego rodzaju koszty uwzględniono w pozostałej kwocie. Nawet uznając, że wskazane przez Przystępującego elementy stanowiły istotne części składowe ceny, to nie sposób stwierdzić, aby pozostała część ceny ofertowej do takich istotnych elementów się nie odnosiła skoro stanowiła prawie połowę tej ceny. Przystępujący nie wskazał w treści wyjaśnień nawet przyjętego poziomu zysku, ograniczając się do gołostownego zapewnienia, że „zaoferowana cena pozwoli na wypracowanie zamierzonego zysku”. Informacji o tym, jaki ten zamierzony zysk jest w wyjaśnieniach nie zawarto.

Izba stwierdziła także, że przyjęte do kalkulacji koszty nie zostały przez Przystępującego ani szerzej wyjaśnione, ani poparte dowodami. W szczególności wskazać należy tutaj na koszt zatrudnienia jednego pracownika ustalony przez Przystępującego na kwotę 3 614,40 zł. Przystępujący nie wyjaśnił, co konkretnie kwota ta uwzględnia, poza ogólnym stwierdzeniem, że zawiera ona bliżej nieokreślone „koszty dodatkowe wynikające z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego”. Na gruncie wyjaśnień brak jest możliwości jednoznacznego ustalenia czy jest to kwota brutto wynagrodzenia pracownika, czy kwota pokrywająca łączne koszty pracodawcy związane z zatrudnieniem pracownika. Przyjmując natomiast założenie, że jest to łączny koszt pracodawcy (czyli uwzględniający wszelkie niezbędne w świetle przepisów koszty związane z zatrudnianiem osób mających realizować zamówienie obciążające wykonawcę jako pracodawcę) stwierdzić należy, że wynagrodzenie brutto pracownika kształtowałoby się w takim wypadku na poziomie 3000 zł, a zatem byłoby dość zbliżone swą wartością do wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalonego obecnie na kwotę 2 800 zł brutto. Przystępujący nie załączył jednak do wyjaśnień jakichkolwiek dowodów, które uwiarygadniałyby możliwość zatrudnienia kierowców z kategorią prawa jazdy D za takie wynagrodzenie (2 202,72 zł netto). Odwołujący zaś w postępowaniu odwoławczym przedstawił dowody przeciwne, z których wynika, że tego rodzaju kwota odbiega od warunków rynkowych. Podkreślić należy, iż w sytuacji gdy przyjęta cena oferty rodzi podejrzenie rażąco niskiej, a stanowiące jej element koszty związane z wynagrodzeniem pracowników odbiegają od rynkowych warunków, zadaniem Przystępującego było przedstawienie wiarygodnych dowodów dotyczących przyjętego na potrzeby kalkulacji ceny oferty wynagrodzenia pracowników. Nie było to w ocenie Izby obiektywnie utrudnione - dowodami takimi mogły być chociażby zawarte umowy o pracę, listy płac, wyciągi z ksiąg rachunkowych czy nawet oferty pracy na tego rodzaju stanowiska. Jakkolwiek nie każda okoliczność zawarta w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wymaga poparcia dowodami, to jednak w przypadku, gdy wykonawca powołuje się na przyjęte przez niego określone istotne czynniki cenotwórcze jak wspomniana wysokość wynagrodzenia pracowników (ale też w tym przypadku np. koszty paliwa), to powinien uwiarygodnić stosownymi dokumentami przyjęte założenia. Konieczność przedstawienia dowodów potwierdzających, że cena nie jest rażąco niska wynika nie tylko z ustawy, ale wynikała także z treści wezwania skierowanego do Przystępującego przez Zamawiającego. Przystępujący do wyjaśnień nie załączył żadnych dowodów.

Ponadto w ocenie Izby okoliczność, że wyjaśnienia Przystępującego były niepełne pośrednio potwierdza stanowisko Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie. Zamawiający powoływał się bowiem na szereg okoliczności i obiektywnych czynników sprzyjających Przystępującemu, mogących wpływać na poziom ceny oferty i sposób jej kalkulacji, które jednak znane były Zamawiającemu z innych źródeł i w żaden sposób nie wynikały z treści wyjaśnień przedstawionych przez Przystępującego. Dotyczy to w szczególności okoliczności, że Przystępujący posiada doświadczenie w realizacji przedmiotu zamówienia (realizuje jako podwykonawca przewozy na

rzecz Zamawiającego obecnie), wobec czego zna specyfikę zamówienia, w tym poziom faktycznego zaangażowania potencjału kadrowego i sprzętowego, jak również okoliczności, że Przystępujący jest przedsiębiorcą lokalnym, wobec czego posiada znajomość rynku, dostępność personelu, sprzętu, bazy transportowej i nie ponosi kosztów związanych z ewentualną relokacją zasobów. Wyjaśnienia do powyższych kwestii w ogóle nie referują. Podobnie z treści wyjaśnień w żaden sposób nie wynika podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, że realizacja przedmiotowego zamówienia przez Przystępującego równoległe z innymi przewozami pozwala na elastyczne wykorzystanie przez niego posiadanych zasobów osobowych. Nie negując, że powyższe czynniki mogły wpływać na obniżenie ceny oferty, to nie zostały one wskazane w treści wyjaśnień. Podkreślić należy, że jeżeli w stosunku do danego wykonawcy zachodzą pewne okoliczności czy też istnieją pewne obiektywne czynniki, które nie są dostępne innym wykonawcom, a które powodują, że cena oferty tego wykonawcy mogła zostać obniżona w porównaniu do cen ofert jego konkurentów czy szacunkowej wartości zamówienia, to wykonawca ten wezwany do wyjaśnień ceny oferty, wobec której zachodzi podejrzenie, że jest ona rażąco niska, powinien wykazać te obiektywne czynniki oraz sposób, w jaki wpłynęły one na obniżenie ceny całkowitej oferty. W przedmiotowej sprawie Przystępujący w ogóle nie powołał się na tego rodzaju obiektywne czynniki, mimo, że – jak wynika z twierdzeń Zamawiającego – w istocie one zachodziły. Natomiast opieranie się przez Zamawiającego na jego własnej wiedzy, z pominięciem faktycznej treści przedstawionych wyjaśnień, nie zasługuje na aprobatę. Prowadzi ono do niezasadnego uprzywilejowania sytuacji Przystępującego w postępowaniu względem sytuacji innych wykonawców, uprzywilejowanie takie wynika bowiem wyłącznie z faktu, że Zamawiający w oparciu o dotychczasową współpracę posiada wiedzę o doświadczeniu i zasobach Przystępującego.

W ocenie Izby na gruncie tak przedstawionych wyjaśnień nie da się pozytywnie zweryfikować realności zaofferowanej przez Przystępującego ceny. Zamawiający dysponował wyłącznie głośnymi zapewnieniami wykonawcy, do tego niepełnymi, a wskazane przyjęte do kalkulacji kwoty nie zostały przez Przystępującego wyjaśnione ani poparte dowodami. Dokonywana przez Zamawiającego ocena siłą rzeczy opierać musiała się na domysłach i jego własnym przekonaniu co do możliwości zrealizowania przedmiotu zamówienia za zaofferowaną cenę, ewentualnie w tym przypadku także na wcześniejszej współpracy z Przystępującym i wiedzy co do posiadanych przez niego zasobów, czego nie sposób pogodzić z zasadą równego traktowania wykonawców.

Należy także wskazać, iż mając na uwadze brzmienie art. 537 pkt 2 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta Przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny w postępowaniu odwoławczym spoczywał na Przystępującym. Przystępujący był bowiem uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego, gdyż zgłosił przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego, które Izba uznała za skuteczne. Pomimo tego Przystępujący wykazał się postawą bierną, nie złożył w sprawie pisma procesowego, w którym odniósłby się do zarzutów odwołania ani nie stawiał się na rozprawie. Przystępujący *de facto* sam pozabawił się w ten sposób możliwości obrony swojej oferty i odparcia twierdzeń przedstawionych w odwołaniu, co niewątpliwie przełożyło się na wynik postępowania odwoławczego, Zamawiający bowiem - jako podmiot jedynie oceniający wyjaśnienia dotyczące ceny oferty, a nie je tworzący - siłą rzeczy nie mógł dysponować pełną wiedzą co do przyjętego przez Przystępującego sposobu kalkulacji ceny, przyjętych elementów składowych ceny czy obiektywnych okoliczności wpływających na możliwość zaofferowania przez Przystępującego ceny oferty na takim, a nie innym poziomie.

Zamawiający, jakkolwiek podjął próbę obrony oferty Przystępującego w postępowaniu odwoławczym, to nie wykazał, aby dokonana przez niego ocena wyjaśnień Przystępującego była prawidłowa. Pomijając okoliczność, na którą wskazano szczegółowo już powyżej, iż Zamawiający w swoim stanowisku procesowym znacznie wykraczał poza treść zawartą w wyjaśnieniach Przystępującego i opierał się na okolicznościach znanych mu z innych źródeł, to Izba miała na względzie, że zasadnicza część argumentacji Zamawiającego mająca uzasadniać realność ceny oferty Przystępującego sprowadzała się do kwestii kosztów, jakie Odwołujący musiałby zdaniem Zamawiającego ponieść z uwagi na konieczność relokacji działalności, których to kosztów nie ponosi Przystępujący jako wykonawca operujący na rynku lokalnym. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał jednak jakiego rzędu mogą być to koszty, a zatem jakie oszczędności po stronie Przystępującego powyższa okoliczność może generować w porównaniu do konkurentów nie działających na lokalnym rynku, w szczególności zaś nie wykazał, iż ewentualne koszty związane z rozpoczęciem świadczenia usług przewozu w innym miejscu miałyby uzasadniać różnicę między ceną oferty Odwołującego i Przystępującego rzędu 2,5 mln zł. Odwołujący powyższemu zaprzeczył, wskazując, iż posiada doświadczenie w relokacji swoich zasobów i nie wiąże się to z tak znacznymi kosztami.

Izba ponadto za niewiarygodne uznała twierdzenia Zamawiającego o możliwym przeszacowaniu wartości zamówienia. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wprost wskazał, że od wielu lat zapewnia przewozy swoim pracownikom, w tym pracownikom dwóch oddziałów zlokalizowanych w Bogatyni, stąd posiada rozeznanie w ich rynkowych cenach. Skoro zatem Zamawiający posiada wiedzę i doświadczenie w powyższym zakresie, to ustalając wartość szacunkową zamówienia w oparciu o informacje otrzymane w ramach przeprowadzonego rozeznania rynku, musiał mieć wiedzę czy ustala tę wartość na adekwatnym, rynkowym poziomie. Powoływanie się obecnie na okoliczność, że wartość szacunkowa zamówienia mogła być zawyżona stanowi w ocenie Izby jedynie wyraz przyjętego na potrzeby postępowania odwoławczego sposobu argumentowania.

Izba stwierdziła również, że Zamawiający nie odparł twierdzeń Odwołującego, podważających przyjęte przez Przystępującego na potrzeby kalkulacji ceny oferty założenia. W szczególności Zamawiający nie uwiarygodnił swoich twierdzeń, że przyjęta przez Przystępującego liczba etatów prawniczych niezbędnych do obsługi przewozów była wystarczająca. Zamawiający powołał się na liczbę pracowników wykonawcy obecnie świadczącego przewozy, której jednak nie poparł żadnymi dowodami. Zamawiający nie odparł także przedstawionych przez Odwołującego szczegółowych wyliczeń co do tego, ilu kierowców niezbędnych jest do obsługi danej linii, z uwzględnieniem ustawowych regulacji w zakresie norm czasu pracy. W kontekście możliwości obsługi przez jednego kierowcę większej liczby linii Zamawiający przywołał wyłącznie jeden przykład (linia 25 i linia 30), pomijając podnoszoną przez Odwołującego okoliczność, że zasadnicza większość kursów odbywa się równoległe (o tych samych porach). W ocenie Izby Zamawiający nie dowiódł, aby przyjęta przez Przystępującego liczba etatów była prawidłowa, zaś Odwołujący wykazał okoliczność przeciwną, podważając założenia zawarte w wyjaśnieniach Przystępującego. W zakresie zaś przyjętych przez Przystępującego kosztów wynagrodzenia pracowników Izba powołuje się na wcześniej wyrażone stanowisko, podkreślając dodatkowo, iż Odwołujący przedstawiając dowody podważał rynkowość przyjętej przez Przystępującego stawki wynagrodzenia kierowcy, Zamawiający zaś twierdzeń tych nie odparł ani nie złożył dowodów. Sam fakt, że wynagrodzenie to nieznacznie przekracza ustawowo ustalone minimalne wynagrodzenie za pracę, nie powoduje automatycznie, że jest to stawka rynkowa, za którą kierowcy (posiadający prawo jazdy kat. D) faktycznie świadczą (będą

świadczą) pracę na rzecz Przystępującego. Jak zaś wskazano już powyżej, Przystępujący w ramach złożonych wyjaśnień ani stawki tej nie omówił, ani nie poparł dowodami. Odnosząc się zaś do kosztów paliwa Izba stwierdziła, iż jakkolwiek Zamawiający uprawdopodobnił realność przyjętej w kalkulacji Przystępującego stawki za paliwo oraz wskazał na możliwość waloryzacji wynagrodzenia w przypadku zmian cen paliw, to nie odniósł się szerzej do twierdzeń Odwołującego o nieprawidłowo przyjętym przez Przystępującego, a ponadto niczym nie popartym, poziomie zużycia paliwa przez pojazdy, które Przystępujący zamierza wykorzystać do realizacji zamówienia.

Słusznie także zauważył Odwołujący, iż w treści wyjaśnień Przystępującego brak jest jakichkolwiek informacji w zakresie kosztów związanych z wynajmem 27 pojazdów, brak jest także jakichkolwiek dowodów mających potwierdzać poziom tych kosztów. Powyższe niewątpliwie stanowi istotny składnik cenotwórczy po stronie Przystępującego skoro wynajmuje on aż 27 z 29 pojazdów dedykowanych do realizacji zamówienia, niemniej koszt ten nie został w ogóle omówiony w wyjaśnieniach. Zgodnie z przedstawioną kalkulacją kosztów amortyzacji i eksploatacyjnych wydatków związanych z wynajmem pojazdów nie został tam ujęty. Zamawiający – mając wiedzę o tym, że Przystępujący co do zasady nie dysponuje pojazdami własnymi, okoliczność taka wynikała bowiem z wykazu floty pojazdów – oceniając wyjaśnienia dotyczące ceny oferty Przystępującego całkowicie pominął okoliczność, iż wyjaśnienia te nie odnoszą się do kosztów związanych z najmem pojazdów. Zamawiający do przedmiotowej kwestii nie odniósł się także w ogóle w odpowiedzi na odwołanie, podczas rozprawy zaś wskazał jedynie, iż w zakresie wynajmu pojazdów Przystępujący współpracuje z podmiotem powiązany, co wpływa na wysokość ceny. Powyższe stanowisko Zamawiającego nie tylko potwierdza lakoniczność i niepełność wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, ale również po raz kolejny wskazuje, że Zamawiający dokonując oceny tych wyjaśnień opierał się na własnej wiedzy, a nie ich faktycznej treści. Nie zasługuje na aprobatę również stanowisko Zamawiającego, iż wszelkie koszty stałe, w tym te na które wskazywał Odwołujący, nieujęte w kalkulacji przedstawionej w ramach wyjaśnień, zostały ujęte w pozostałej części ceny oferty Przystępującego. Twierdzenie to stanowi niczym nie poparte, hipotetyczne założenie, które jest niemożliwe do zweryfikowania na gruncie przedstawionych przez Przystępującego wyjaśnień. W oparciu o nie Zamawiający nie był w stanie ustalić, jakie konkretnie elementy składowe ceny zostały uwzględnione przez Przystępującego w pozostałej części ceny oferty (czyli w tym przypadku aż w połowie tej ceny).

Mając na uwadze wskazane okoliczności Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Jedynie uzupełniająco Izba wskazuje, iż za niezasadne uznała twierdzenia Odwołującego o braku uwzględnienia w kalkulacji kosztów podatku od środków transportu. Stanowisko Odwołującego zostało oparte o błędne założenie, że koszty takie powinny zostać uwzględnione w odniesieniu do wszystkich 29 pojazdów, podczas gdy z wykazu floty pojazdów Przystępującego wynika, że Przystępujący dysponuje na podstawie leasingu wyłącznie dwoma pojazdami, zaś pozostałe 27 pojazdów wynajmuje. Powyższe koreluje z treścią wyjaśnień, z których wynika, iż koszt podatku dla dwóch leasingowanych pojazdów (dla jednego autobusu i jednego busa) został przez Przystępującego uwzględniony. Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że Przystępujący powinien uwzględnić w ramach kalkulacji pełną kwotę podatku, możliwe bowiem jest, że z uwagi na wykorzystanie tych samych pojazdów do realizacji innych przewozów, koszt ten podlega proporcjonalnemu rozdzielaniu. Przy czym, jak wskazano już powyżej, okoliczność taka z treści wyjaśnień Przystępującego nie wynika, podobnie jak w wyjaśnieniach tych nie odniesiono się do kosztów związanych z najmem pojazdu, co potwierdza, że nie były one kompleksowe, lecz wybiórcze.

Za nieudowodniony Izba uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 i art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, z kolei zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Zarzut ten został przez Odwołującego oparty na założeniu, iż Przystępującego nie uwzględnił w cenie oferty określonych kategorii kosztów. Odwołujący szerzej tych zarzutów jednak nie uzasadnił, nie wskazując dlaczego jego zdaniem ewentualny brak wyszczególnienia w treści wyjaśnień określonych kosztów miałby przesądzać o tym, że Przystępujący przewidział realizację zamówienia niezgodnie z warunkami zamówienia czy też błędnie obliczył cenę oferty. W ocenie Izby z samego faktu, że przedstawione przez Przystępującego wyjaśnienia w zakresie ceny oferty nie były kompleksowe, wyczerpujące i nie zostały poparte dowodami nie sposób wywodzić w sposób automatyczny – jak zdaje się to czynić Odwołujący – skutku w postaci nieuwzględnienia w cenie oferty określonych kategorii kosztów, czy zaoferowania przedmiotu świadczenia niezgodnego z warunkami zamówienia. Ww. przepisy mają charakter sankcyjny, a zatem stwierdzenie niezgodności oferty z warunkami zamówienia, czy też błędu w obliczeniu ceny lub kosztu, musi być niewątpliwe i jednoznaczne. W przedmiotowym przypadku okoliczność taka nie została wykazana.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu w części i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 i § 7 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczególnych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „Rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzygnęła o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 Pzp 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). 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 § 7 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia w takim przypadku Izba rozdziela 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.

Mając na uwadze wskazane regulacje Izba rozdzieliła koszty postępowania stosunkowo obliczając proporcję liczby

zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła. Ponieważ odwołanie zostało uwzględnione z zakresie dwóch z trzech zarzutów (zarzut nr 1 i 2), a oddalone w zakresie jednego zarzutu (zarzut nr 3), Izba kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego w części 2/3 i Odwołującego w części 1/3. Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp Izba uznała za zarzut o charakterze wynikowym, stanowiący konsekwencję trzech przedstawionych w odwołaniu zarzutów i powiązany ściśle z tymi zarzutami, wobec czego nie podlegał on odrębnemu uwzględnieniu przy rozliczeniu kosztów postępowania. Ponieważ Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania w łącznej wysokości 18 600 zł (z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika), zaś odpowiadał za nie jedynie w 1/3 części, Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 12 400 zł tytułem zwrotu należnej części uzasadnionych kosztów postępowania poniesionych przez Odwołującego.

**Przewodniczący:.....**